

Constitucionalismo y derechos en tiempos de pandemia: “*Salus Publica Suprema Lex*”

Constitutionalism and rights in times of pandemics: “*Salus Publica Suprema Lex*”

José Ángel Marín Gámez^{*1}

¹ Universidad de Jaén, España

* Profesor Titular de Derecho Constitucional

Cómo citar:

Marín Gámez, J. A. (2022). Constitucionalismo y derechos en tiempos de pandemia: “*Salus Publica Suprema Lex*”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, e7529. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7529>

Recibido: 06 marzo 2022 / Aceptado: 08 abril 2022

Resumen

Los dilemas jurídicos suscitados en nuestro modelo constitucional por la pandemia Covid-19, han evidenciado la insuficiencia del estado de alarma ante emergencias de calado. En el texto se analiza la cuestión fáctica y la problemática del control jurisdiccional llevada a cabo por el Tribunal Constitucional español al respecto. Detectados errores de diseño en el derecho de necesidad para combatir las pandemias, se suscitan algunas claves jurídicas para su ajuste futuro, toda vez que las restricciones contempladas en el caso presente, constituían una suspensión de derechos fundamentales y libertades públicas que excedían de la mera limitación, y que, por tanto, las hacía contrarias a la Constitución, en tanto que allí se establece que la suspensión de ciertos derechos esenciales solo puede darse bajo los estados de excepción y sitio. Así pues, ante esta controversia relativa a la interpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones, formulamos una reforma del derecho excepcional en España para afrontar pandemias y situaciones de alcance vinculadas a dichas emergencias con respeto a los postulados de la Constitución española de 1978.

Palabras clave: Constitución, Tribunal Constitucional, pandemia, estado de alarma, suspensión de derechos fundamentales, derecho excepcional

Abstract

The legal dilemmas raised in our constitutional model by the Covid-19 pandemic have shown the insufficiency of the state of alarm in the face of major emergencies. The text analyzes the factual issue and the problem of jurisdictional control carried out by the Spanish Constitutional Court in this regard. Detected design errors in the right of necessity to combat pandemics, some legal keys are raised for its future adjustment, since the restrictions contemplated in the present case constituted a suspension of fundamental rights and public liberties that exceeded the mere limitation, and that, therefore, made them contrary to the Constitution, insofar as it is established therein that the suspension of certain essential rights can only occur under states of exception and siege. Thus, in the face of this controversy regarding the interpretation of the right of exception and the role of institutions, we formulate a reform of the exceptional law in Spain to deal with pandemics and far-reaching situations linked to said emergencies with respect to the postulates of the Spanish Constitution of 1978.

Keywords: Constitution, Constitutional Court, pandemic, state of alarm, suspension of fundamental rights, exceptional law

Sumario

I. Introducción. II. Derecho de excepción como categoría jurídica. III. Derecho de excepción en el constitucionalismo histórico español. IV. Anotaciones sobre Derecho positivo y régimen jurídico vigente. V. Una panorámica doctrinal sobre el canon de constitucionalidad. 1. Crisis de los controladores aéreos: primer estado de alarma. 2. Estado de alarma por Covid-19 en marzo 2020. 3. Ulterior estado de alarma: Real Decreto 926/2020, de 25 de noviembre. VI. Jurisprudencia constitucional. 1. La STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma Covid-19. 2. La STC 183/2021, de 27 de octubre, sobre el segundo estado de alarma. VII. Una reformulación del derecho de crisis a la luz constitucional. VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En este prelude hagamos un recordatorio de almanaque, pues marzo del año 2020 no está tan lejano. Los efectos pandémicos del Covid-19 en España llevaron al Ejecutivo a declarar el 14 de marzo del 2020 el estado de alarma en todo el territorio nacional. Se optó por dicho instrumento para hacer frente a una crisis sanitaria de entidad. El confinamiento al que fuimos sometidos para combatir la propagación de la enfermedad Covid-19, puso a prueba el civismo ciudadano y, desde luego, la integridad jurídica y constitucional de las instituciones que articulan la vida social. Aquel confinamiento de la población y sus derivadas en los derechos subjetivos podían tener el loable objetivo de intentar romper la cadena de contagio por coronavirus, evitar el colapso del sistema sanitario y salvar vidas de los denominados grupos de riesgo, pero ¿a qué precio jurídico, a qué coste constitucional? Procuraremos dar respuestas a dicha interrogante, ahora que tenemos alguna perspectiva sobre tales decisiones limitativas de derechos, y pese a que aún estamos inmersos en los efectos de la pandemia. Pero antes, viajemos en el tiempo. Rebobinemos:

Antes de la invención del fuego el mundo ya era un lugar proceloso; después no ha dejado de serlo y la mano del ser humano ha operado como multiplicador de ello. Si repasamos la peripecia humana sobre el planeta que habitamos encontraremos destellos del raciocinio que, en principio, caracteriza a nuestra especie, pero del que no siempre damos muestras.

Diversidad de autores han reflexionado sobre las contingencias y adversidades que la Humanidad ha sufrido y sobrellevado. También sobre

el elenco de enfermedades que han ido apareciendo y su repercusión en los grupos humanos, enfermedades transmisibles que se extendían y en poco tiempo mermaban la población sin distinguir fronteras, enfermedades que -convertidas en pandemias- cambiaban el destino de las personas y de sociedades enteras.¹

Ante la evidencia de que la enfermedad es consustancial y forma parte de la historia de la Humanidad, lo que constatamos en la actualidad es la persistencia –más o menos atenuada- del llamado coronavirus. Pero lo cierto es que desde que el ser humano empezó a agruparse y a crear núcleos de convivencia, en definitiva, desde que empezamos a organizarnos en sociedad sobre un mismo espacio territorial, las enfermedades contagiosas adquirieron un singular protagonismo. Y así conforme la población mundial fue creciendo, cuando una enfermedad se extendía y afectaba a varias regiones del mundo, convirtiéndose en una verdadera amenaza para la población, se empezaron a documentar las primeras pandemias. Las sucesivas pandemias, de un modo u otro, siempre han transformado la realidad social en la que aparecieron y, por tanto, han cambiado o influido decisivamente en el curso de la historia.²

De ahí la reflexión que propongo ante una crisis como la actual que concurre con la epidemia del Covid-19, que como sabemos es una más de las padecidas por la Humanidad. Quizá, lo relevante para los términos del presente análisis jurídico, es que esta pandemia está poniendo a prueba la solidez de la ingeniería constitucional y, desde luego, de algunas democracias occidentales³ que se creían consolidadas (como la española). Creo que sin algo de perspectiva y sin cierta recapitulación histórica sería difícil centrar el sentido de nuestro planteamiento.

Además, al margen de las calamidades naturales y biológicas, tenemos constancia histórica de episodios ominosos generados directa y únicamente por proceder humano; alguno de estos holocaustos son cercanos en el tiempo.⁴ Así existe registro de las execrables experiencias del nazismo, fascismo, comunismo, ultranacionalismo, populismo y otros fanatismos que pusieron en peligro y continúan siendo una amenaza para el modelo democrático constitucional.⁵ Si bien hoy día todos esos radicalismos y sus variantes o “marcas blancas”, convenientemente actualizados por cierta cosmética, son igualmente regresivos y comprometedores. De ahí que sea necesario prestar atención a su concurso en el caldo de cultivo que propicia la actual crisis sanitaria (Nogueira López, 2020).

Pero para comprender el fenómeno sugiero algún análisis de cómo hemos llegado hasta aquí. Lo que está en juego no es baladí. Se trata de desentrañar,

en alguna medida, qué está ocurriendo con democracias que pasan por tales y pueden no serlo, ya que dan pábulo y alojan soluciones totalitarias quizá sin ser conscientes de ello, o que, en el peor de los casos, juegan “de farol” en el sistema democrático. (A este respecto dejo apuntado que, a veces, desde el interior del sistema democrático –cuando este se desvirtúa– se reactivan dinámicas que recuerdan el “*panem et circenses*” que cifró el poeta latino Juvenal en su Sátira X).

Rebobinemos un tanto todavía: Las leyes físicas, la biología, la irracionalidad y más tarde el descubrimiento de las ventajas de la razón y de la compasión, han definido a los humanos como especie. Y ahí andamos, a veces avanzando y otras en regresión. La historia universal es a un tiempo crónica del desatino egoísta, de la comprensión propia y también de la aceptación recíproca. Así viene siendo desde la revolución cognitiva que nos sacó de la caverna y nos condujo a la revolución científica y tecnológica de nuestros días, pasando por otras revoluciones igualmente cruciales como la agrícola e industrial, por no hablar ahora de otros eventos revolucionarios más o menos violentos y sus cicatrices sociales.

Creo que resulta innegable que la Humanidad hace milenios que tomó conciencia de sí misma y desde entonces estableció reglas (no necesariamente normas escritas o jurídicas) sobre el cómo de la vida en sociedad. Desde entonces contamos con pautas morales, políticas y jurídicas que ahora llamamos normas constitucionales, normas que consideramos legítimas además de legales, y sin las que el grupo dejaría de ser lo que hemos comprendido que es: un agregado de personas dotadas de derechos inalienables que conforman un orden determinado cualificado por el respeto a los derechos individuales y la procura del bien común. Así, a lo largo de siglos hemos evolucionado y creamos tribus, ciudades, reinos, naciones y estados. Creímos en dioses y en ideas, confiamos en el dinero como aglutinante de todo ello y nos sometimos a convenciones, calendarios y también a horarios.

Pero, como indicaba al inicio, el mundo no ha dejado de ser un lugar proceloso necesitado de revalidar su lógica cada cierto tiempo, es decir, necesitado de establecer algún orden, y en el que la relación entre gobernante y gobernado ha estado recorrida por innumerables contingencias, unas naturales y otras provocadas –de propósito o inconscientemente– por el llamado *homo sapiens*. De hecho, con cierta periodicidad *sapiens* manda a paseo lo logrado. Y en ese recurrente despeñarse en el que periódicamente incurrimos, intervienen la usura de las pasiones, la ambición de poder y desde luego la irracionalidad. Pero, y de ahí el sentido de este texto, cuando estos factores se instalan en el ideario de los dirigentes de modo más o menos confesable, o tiene cabida en las

dinámicas institucionales, entonces, sobrevienen edades oscuras y genocidios que irradian en el colectivo el retorno a aquella caverna de la que un día partimos impulsados por la civilización y el raciocinio.

Es probable que en la actualidad y debido al aldabonazo de la pandemia Covid-19, nos encontremos ante uno de esos periplos regresivos de los que la historia da muestras cíclicas. Y que como casi siempre ocurre, en la actualidad esté sucediendo de modo paulatino e imperceptible para muchos. Baste recordar que el populismo nazi de Hitler es paradigma de cómo se puede llegar a dictador a través de la democracia; no olvidemos que Hitler asaltó el poder por un procedimiento democrático, aunque primero intentó imitar a Mussolini con su Marcha sobre Roma, pero le salió mal y entonces se apuntó a la dinámica democrática, que –por cierto- le duró tres meses: el tiempo justo para cambiar algo la legislación e imponer el Estado de excepción (Eslava Galán, 2021, pp. 10 y ss).

II. DERECHO DE EXCEPCIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA

Por lo general, las crisis no vienen precedidas por un edecán con librea que las anuncia a bombo y platillo. Tampoco ha sido así en el trance de una crisis profunda -diría de magnitud colosal- como la actual. Esta crisis pandémica atañe a lo sanitario, pero percute con fuerza en los demás ámbitos, en lo clínico, desde luego, pero también en lo material y en lo anímico. El asunto tiene particular incidencia y genera inquietud dado lo atrabiliario de la clase política que ha de lidiar con esta pandemia y sus efectos. Ya hemos indicado que *sapiens* ha dominado el mundo porque es el único animal capaz de razonar, de cooperar a gran escala y en gran número, capaz de elaborar ficciones y entes referenciales que, aunque existen solo en su imaginario, son útiles para la existencia individual y colectiva. Entre estos entes y ficciones cito dioses, religiones, dinero, instituciones, naciones, estados o derechos humanos. Y, además, hace algo más de dos siglos, tras las revoluciones francesa y norteamericana, formulamos una estructura política novedosa cimentada en la liberalidad del individuo, la igualdad, la solidaridad y el respeto a normas constitucionales.⁶

Pero lo inquietante en la actual coyuntura es cómo gestionar la crisis pandémica, y las derivadas de la misma, sin poner en riesgo la ingeniería social de base constitucional y, por ende, restringir, suspender o eliminar las garantías jurídicas que son propias de las normas constitucionales.⁷

De este tiempo pandémico lo preocupante para un estudioso del Derecho Constitucional, son las querencias totalitarias que asoman a su albur. En tiempo

críticos, los juristas encargados de la *res publica* tienen la responsabilidad de salir al paso de tales propensiones y de la regresión que llevan aparejada.

En España el Derecho de excepción español contempla tres estados: alarma, excepción y sitio. El primero de ellos, el estado de alarma se prevé para hacer frente a distintos supuestos y, entre ellos, a las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones graves de contaminación. El alcance de la crisis sanitaria generada por la pandemia Covid-19 llevó a decretar el estado de alarma por segunda vez en los más de 40 años de vigencia de la Constitución Española de 1978. La primera vez que el Poder Ejecutivo declaró el estado de alarma se produjo en 2010, como respuesta a la huelga de los controladores aéreos. Sin embargo, los otros dos estados de anomalía constitucional, estados de excepción y sitio, nunca han sido declarados.

En todo caso, no deja de ser extraordinaria la declaración de cualquiera de los estados excepcionales, incluso la del más leve de ellos. La práctica constitucional española se pone en juego con la activación de un procedimiento excepcional que altera la vida cotidiana y, desde luego, el funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, pues entre sus efectos se afecta a la capacidad de control por parte del Congreso de los Diputados y del Poder Judicial sobre la acción gubernamental, actor principal –que lo es– en la estimación, declaración y desarrollo del estado de alarma. También se pone en liza la relación entre el Gobierno y los entes territoriales autonómicos. Siendo así, parece una obviedad que se tengan muy en cuenta los postulados constitucionales cuando se adoptan medidas de impacto en la cotidianidad ciudadana, medidas sobre los individuos y sobre la comunidad, sobre el devenir social, económico y jurídico del país, como lo son la limitación de derechos fundamentales, o constricciones de la libertad de circulación, el confinamiento forzoso de los ciudadanos, la intervención de industrias, la paralización de la actividad económica no esencial, etcétera.

Recordemos que el Derecho de excepción se configura como una garantía frente a las situaciones anómalas o crisis constitucionales imprevistas, en cuya virtud se suspende la vigencia de ciertos derechos fundamentales y libertades básicas que consagra la Constitución. De ahí que el presupuesto fáctico haya de ser de suficiente entidad como para que se acuerde su aplicación, es decir, deben concurrir circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad constitucional (Carro Martínez, 1987). De ahí que suscite debate la incidencia de las medidas adoptadas sobre los derechos de los ciudadanos y sobre el funcionamiento de las instituciones, acordadas a propósito del estado de alarma.

El estado de excepción y el de sitio son –diría, afortunadamente– ignotos en nuestro país desde la promulgación de la Constitución española de 1978. Mientras que el estado de alarma ha sido declarado en dos ocasiones: en diciembre de 2010, como respuesta a la crisis de los controladores aéreos y, como hemos dicho, recientemente, en marzo de 2020, ante la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. Resulta palmario que la declaración de cada uno de esos tres estados de anormalidad constitucional obedece a presupuestos diferentes, y tampoco cabe decir que son graduales o estadios progresivos por fases dentro de una única escala.⁸ A cada circunstancia anómala corresponde un estado de los previstos en el art. 116 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, es decir, la apreciación casuística de cada situación determina una declaración u otra y comporta las medidas o restricciones que respectivamente puedan establecerse.

III. DERECHO DE EXCEPCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

Una somera panorámica histórica sobre el Derecho de excepción en nuestro país, indica que la normativa de alto nivel relativa a los estados excepcionales, no es una novedad y, además, viene de largo. La suspensión de garantías constitucionales es tan vetusta que se remonta a los primeros documentos constitucionales que rigieron en España. Lo que no debe de extrañar dado lo azaroso de nuestra historia constitucional, siempre discontinua y trufada de sobresaltos que por otra parte y a lo largo del tiempo, no han sido más que un espejo de las convulsiones políticas hispanas de los dos siglos precedentes; vaivenes demostrativos de las tensiones sociales y políticas que han recorrido nuestro país en el periplo del XIX y el XX. Tan así ha sido durante dicho periplo, que no sería aventurado afirmar que lo excepcional⁹ ha sido la regla en nuestra historia, y la normalidad constitucional una auténtica rareza.

La excepcionalidad jurídica y la suspensión de garantías jurídicas en determinadas circunstancias y, sobre todo, para la persecución de delitos, es una constante que se repitió en las diferentes Constituciones de la primera mitad del siglo XIX, sin que se apreciaran cambios sustanciales en su regulación.¹⁰ Además, los estados excepcionales y la suspensión de derechos que conllevan, históricamente, estuvieron previstos para las crisis de orden público, mientras que se acudía a la legislación ordinaria de índole sanitaria para reaccionar ante epidemias. El tratamiento de uno y otro tipo de crisis estuvo diferenciado y continuando el parámetro francés, el orden público recogía tradicionalmente las nociones actuales de seguridad y tranquilidad pública, salud pública y moralidad pública, mientras que el concepto de orden

público al que se han vinculado tradicionalmente los estados de crisis se circunscribían a su vertiente de seguridad pública solamente.

Ya la Constitución de Cádiz, en 1812, establecía en su art. 308 el Derecho de excepción “si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado”. Tras la de Cádiz, la Constitución de 1869, permite la suspensión temporal de ciertos derechos como del *habeas corpus*, de la inviolabilidad del domicilio y de residencia y de las libertades de expresión, reunión y asociación, si bien lo condiciona a una ley de orden público preexistente a tales restricciones, legislación que debería habilitar la suspensión de garantías constitucionales, la cual debería de ser efectuada también mediante ley (art. 318). Se aprueba en 1870 la Ley de Orden Público, que estaría en vigor hasta 1933 y, por tanto, también durante la vigencia de la siguiente Constitución del año 1876, que se remitía a la regulación anterior, eso sí, permitiendo al Poder Ejecutivo la suspensión de las garantías ante tesituras determinadas. Así, la normalidad constitucional pretendía dejar de ser un espejismo en el trasunto histórico, con el consiguiente beneficio para los derechos subjetivos a finales del siglo XIX.

La instauración del régimen del General Primo de Rivera (1923), dejó en suspenso la Constitución de 1876 y dio pábulo a la excepcionalidad de derechos constitucionales. Tras ello, la Segunda República, “una emergencia fáctica que surge al margen de toda norma constitucional”, se declara 14 de abril del 1931 y al día siguiente su gobierno se inviste de “plenos poderes”, con posibilidad de someter los derechos individuales “a un régimen de fiscalización gubernativa”. El nuevo orden se alimenta de los precedentes históricos reseñados, y con base en ellos establece su propio Derecho de excepción. Se articula así la Ley de Defensa de la República (de 21 de octubre de 1931), que se elevó al rango a través de la disposición transitoria segunda en la Constitución del 1931; una regulación que con cierta arbitrariedad privaría de eficacia número notable de derechos constitucionales, confiriendo facultades gubernamentales para multar, confinar o extrañar a quienes cometieran actos de agresión contra la República, suspendiendo el derecho de reunión, manifestación o asociación sin intervención del Poder Legislativo, y dejando todo ello en manos de un decreto del Gobierno.

Más tarde, con la entrada en vigor de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que no sería derogada hasta el 1959, tiene lugar un relevante hito legislativo regulador de tres estados excepcionales —ordinario, de prevención y de alarma— de carácter civil, y un estado —de guerra— de carácter militar.

Lo diverso entre esos cuatro estados responde a la gravedad de los efectos a adoptar para afrontar un presupuesto de hecho común (como ya hiciera la precedente Ley de Orden Público de 1870). Interesa subrayar que esta norma define el orden público como “el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución” (Carro Martínez, 1987, p. 243).

Los sucesivos gobiernos de la Segunda República hicieron uso frecuente de las medidas de excepción aludidas. El momento histórico era inestable en nuestro país, y poco después de comenzada la guerra civil, el general Franco asume todos los poderes del nuevo Estado, y en virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936 se le nombra “Generalísimo” de todos los Ejércitos. Esta situación plenipotenciaria fue ulteriormente confirmada en términos legislativos, primero, por el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en cuyo art. 35 se establecía la posibilidad de suspender, total o parcialmente, sólo algunos de los derechos reconocidos en el propio Fuero. Suspensión o limitación de derechos que habría de ser temporal y hecha por el Gobierno mediante un Decreto-Ley que taxativamente debía determinar la duración y el alcance de la medida.

El régimen salido de la contienda civil española da lugar a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, norma que permitía al Gobierno declarar o levantar los estados de prevención, alarma y guerra previstos en la Ley de Orden Público de 1933. Dicha norma de 1933 fue más tarde sustituida por la Ley 45/1959 de Orden Público, que, en su capítulo III, regulaba el estado de excepción y, en su capítulo IV, el estado de guerra. El estado de excepción se declaraba mediante Decreto-ley y podía ser de aplicación, entre otros supuestos, según lo aconsejare la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública (art. 25.1). En este orden de cosas, la Ley Orgánica del Estado de 1967 preveía, en su art. 10.d), que el Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, podía adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional se vieran amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada de todo ello a las Cortes.

Con la muerte del general Franco y la aprobación de la Constitución vigente de 1978, se apertura una nueva regulación de los llamados tres estados de anomalía constitucional: alarma, excepción y sitio. Sin embargo, la lógica excepcional que contempla el art. 116 de nuestra Constitución se asienta sobre los precedentes normativos citados con anterioridad. Regulación que, con las lógicas influencias de las Constituciones del entorno europeo, hace suya la necesidad de establecer, con el más alto rango normativo, un

ordenamiento de excepción que permitiera adoptar medidas extraordinarias para situaciones críticas que pusieran en peligro el orden constitucional mismo. Quizá por ello, en la elaboración del art. 116 de la Constitución no se aprecian alteraciones sustanciales respecto de la versión ofrecida por el Anteproyecto. Así, la redacción prevalente tras los trabajos parlamentarios en Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, se limitó a sustituir el término estado de guerra por el de estado de sitio, si bien incorporó garantías significativas sobre las facultades de las Cortes, en cuya virtud las Cámaras debían pronunciarse sobre la proclamación de todos los estados excepcionales y no podían ser disueltas durante su vigencia. En opinión de Carro Martínez, “La inclusión de este precepto en la Constitución está justificada porque es un hábito, prácticamente en todas las Constituciones que históricamente han regido en España. También porque nuestra realidad política está impregnada en muy amplia extensión, de excepciones y anormalidades. Finalmente, constituye una vía o modo de previsión y de protección de las libertades y de la propia Constitución contra las emergencias” (Carro Martínez, 1987, p. 246). Y de ahí que, a la postre, prosperasen las tesis favorables a incluir el estado de alarma junto con el estado de excepción y de sitio, como estados excepcionales que en cumplimiento del mandato constitucional del art. 116, serían desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981.

IV. ANOTACIONES SOBRE DERECHO POSITIVO Y RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Sobre el Derecho de excepción hemos de partir de la base constitucional establecida en el art. 116 de nuestra Carta Magna, que en sus distintos apartados regula con el mayor rango normativo esta materia y, desde luego, el estado de alarma. Además, atendamos desde el primer momento a que el art. 169 de nuestra Constitución prohíbe la reforma de la misma mientras dure o esté vigente cualquiera de los estados excepcionales previstos en el art. 116 de la Constitución.¹¹

Por su parte, la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, dedica tres artículos (1 a 3, ambos inclusive) comunes a los tres estados excepcionales regulados. Así, el estado de alarma se regula en el Capítulo II de la misma ley, entre los artículos 4 y 12, ambos inclusive. Del mismo modo, el estado de excepción se regula en el Capítulo III de la misma ley, entre los arts. 13 y 31, ambos inclusive. Siendo destacable que la declaración del estado de excepción puede generar importantes efectos sobre diversos derechos fundamentales, dentro de los términos fijados por el art.

55.1 CE y la propia LO 4/1981, así como dentro del alcance que permita la autorización del Congreso de los Diputados (cfr. art. 13.3 de la Ley Orgánica 4/1981). El último de los estados excepcionales citados previstos en nuestra Constitución es el estado de sitio, que se regula en el capítulo IV de la Ley Orgánica 4/1981, entre los arts. 32 y 36, ambos inclusive. El estado de sitio permite la máxima restricción permitida de los derechos fundamentales, pues a todo el catálogo de derechos cuya suspensión se habilita bajo el estado de excepción deben sumarse las garantías jurídicas del detenido previstas en el art. 17.3, lo que deja indemne sólo el *habeas corpus* establecido en el art. 17.2 CE. En definitiva, el estado de sitio constituye –por así decirlo– la razón final o última *ratio* del sistema, solo aplicable cuando se considere insuficiente la normativa anterior, es decir, la propia del estado de alarma y de excepción, e implica una militarización sin ambages de la coyuntura determinada en que opera esta situación de anormalidad constitucional (Lafuente Balle, 1990, pp. 27-56).¹²

El Reglamento del Congreso de los Diputados, en sus arts. 162 y 165, estipula el procedimiento interno que ha de seguirse en este órgano con respecto a los estados excepcionales citados. Y, a mayor abundamiento, en lo atinente al estado de excepción y de sitio, en caso de suspender algún derecho de los reconocidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, debe concluir con una comunicación por parte del Estado signatario al Secretario General del Consejo de Europa en tal sentido.

V. UNA PANORÁMICA DOCTRINAL SOBRE EL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Antes de que a finales de 2021 los Ejecutivos autonómicos adoptaran “toques de queda” en relación con los coletazos de la pandemia Covid-19, o de que el Gobierno de Cataluña anunciara en diciembre del mismo año 2021 nuevas restricciones a la movilidad nocturna –según mi criterio– en flagrante contradicción con la normativa constitucional, es decir, acordando serias restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas sin contar siquiera con la cobertura legal del estado de alarma (Garrido López, 2021).¹³ Previo a ello, la perplejidad jurídica causada por las medidas adoptadas debido a la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 y sus derivadas, ya causaron una considerable alteración en el orden jurídico y constitucional. Aquellas primeras medidas adoptadas en marzo de 2020, asombraron a los juristas¹⁴ más avezados y sembraron el desconcierto en el ciudadano medio.

1. Crisis de los controladores aéreos y estado de alarma

Hablar de Derecho excepcional, en general, y en concreto de estado de alarma, representaba -al inicio de la pandemia y hasta cierto punto- un ejercicio de ficciones jurídicas, ya que sobre el estado de alarma solo contábamos con episodio de la situación decretada el 4 de diciembre de 2010 con ocasión de la crisis de los controladores aéreos. En aquel caso¹⁵ una serie de conflictos laborales habidos entre empresa gestora de los aeropuertos de interés general en España (AENA) y los controladores civiles de tránsito y navegación aérea, llevó a los últimos a la dejación de funciones y abandono de sus puestos de trabajo, provocando el cierre del espacio aéreo español. Entonces y mediante Real Decreto 1673/2010, apoyándose en el art. 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981, el Gobierno declaró el estado de alarma, esgrimiendo la paralización de un servicio público esencial, como es el transporte aéreo.¹⁶ La medida consistió en el citado decreto todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasaban a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar y, por ende, quedaban sujetos a las órdenes directas de las autoridades designadas en dicho decreto y, por tanto, sometidos a las leyes penales y disciplinarias castrenses. Algo curioso de aquel caso fue que, aunque el art. 7 de la Ley Orgánica 4/1981 no prevé expresamente otra Autoridad competente delegada que no sea un Presidente de Comunidad Autónoma, dicha delegación recayó entonces en el Jefe de Estado Mayor del Aire y en las autoridades militares designadas por el mismo. Era un modo soterrado de “exhortar” a los controladores aéreos a que volviesen a sus puestos en las torres de control, pues estos habían quedado sometidos a las órdenes de la autoridad militar, así como a la contundencia de las leyes penales y disciplinarias militares. Con todo, superar aquella crisis exigió, además de los quince días previstos en la declaración del estado de alarma, la autorización del Congreso para prorrogar la alarma durante cuatro semanas más.¹⁷

2. Estado de alarma por Covid-19 en marzo 2020

Referimos a continuación el estado de alarma editado en marzo de 2020, que a estas alturas de evolución de la pandemia –diría- que hemos casi metabolizado, pero que dejó en el aire preguntas sobre el tratamiento jurídico de esta distopía pandémica. El *factum* de la epidemia (y sus rebrotes en sucesivas oleadas) originó en marzo de 2020 que las autoridades adoptasen medidas que la “amnesia colectiva” ha ido olvidando, pero que exigen un mínimo comentario jurídico pues –según los casos- considero que han quebrado los precintos constitucionales y amenazado los derechos fundamentales.

Mientras la sociedad española iba masticando el anuncio de la pandemia y sus efectos mostraban la tragedia, hubo algo sorprendente a ojos de quien redacta: Por un lado, la imprevisión de las autoridades en distintos ámbitos, y, por otra, la docilidad ciudadana que fue asumiendo –quizá con una resignación propia de otros momentos históricos- las cortapisas que se establecían a sus derechos. Es evidente que cuando en los tiempos actuales se dictan medidas draconianas, quienes las dictan parten o presuponen el sentido cívico de la ciudadanía que, aun con excepciones, ha mostrado en lo que llevamos de pandemia una responsabilidad encomiable.

El Real Decreto RD 463/2020, de 14 de marzo, acordaba un conjunto de medidas para hacer frente a una crisis sanitaria de primera magnitud, y entre dichas medidas se encontraba el confinamiento general de la población residente en España, si bien se anotaban en el mismo algunas salvedades. Sobre la adopción de medidas, nadie en su sano juicio negaría la necesidad de establecer restricciones ante la magnitud de la pandemia. Desde luego que tienen lógica medidas puntuales sobre los derechos de circulación y reunión. Pero no olvidemos que los derechos fundamentales forman parte de la “*mandorla*” constitucional y, por tanto, no cabe desactivarlos o descartarlos sin más, sino en situaciones excepcionales limitarlos justificadamente. Sin embargo, en marzo de 2020 asistimos en España a una suerte de neutralización de aquellos derechos, eso sí, con permisiones más o menos laxas dejadas a la interpretación de los esforzados agentes del orden. Fueron ellos los que tuvieron que descifrar en cada caso de los que enfrentaron los retruécanos de una normativa aprobada apresuradamente. (Por suerte nuestro país es un Estado de Derecho que cuenta con cuerpos policiales y militares respetuosos con el orden constitucional que, en general, han sabido lidiar con rocambolescas situaciones).

La cuestión se torna más inquietante al pensar en coyunturas futuras análogas –como son los rebrotes, los habidos y los futuros- y dejar al albur de los poderes públicos de turno la adopción de cualquier medida y su aplicación. La necesaria prudencia del gobernante es imprescindible en crisis como las vividas y, por cierto, todavía no periclitadas. Y en este punto los índices de prudencia equivalen a preservar los derechos básicos, en lugar de precipitarse en recortes del contenido esencial de los mismos. En coyunturas desfavorables como la que tratamos (crisis sanitaria, económica, social y jurídica), conviene apelar a las claves constitucionales para evitar abusos de poder también en situaciones extremas; sobre todo cuando el cóctel crítico derivado de la pandemia ha demostrado que puede zarandear -si no lo ha hecho ya- las bases jurídicas del Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

Muchos constitucionalistas fuimos conscientes desde el primer momento (marzo 2020) que con la declaración del estado de alarma se ponía en juego el ejercicio ordinario de derechos fundamentales y libertades tan esenciales como la libertad ambulatoria. No en vano el art. 116 de la Constitución establece los requisitos formales para la declaración del estado de alarma: Regulación por ley orgánica y aprobación por decreto por plazo limitado dando cuenta al Congreso y siendo precisa su autorización para prorrogarlo. En lo que atañe a la afectación de derechos básicos, el art. 55.1 de la Constitución establece que la serie de derechos fundamentales que se citan explícitamente -entre ellos, la libertad de circulación y los derechos de manifestación y reunión- solo podrán ser suspendidos cuando se declare del estado de excepción o sitio. De modo que, *a sensu contrario*, podemos afirmar que el estado de alarma no supone la suspensión de tales derechos (STC 83/2016, de 28 de abril).

Sin embargo, la Ley Orgánica 4/1981 que regula los estados de anormalidad constitucional (alarma, excepción y sitio) contempla que el decreto de alarma puede acordar medidas como son limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionar su ejercicio (art. 11). Al respecto la citada STC 83/2016 considera que la declaración de alarma no permite la suspensión de ningún derecho básico, y la Ley Orgánica 4/1981 hace referencia a "medidas de limitación o restricción" de su ejercicio, no a su suspensión general. Es decir, los derechos siguen estando vigentes y se restringen puntualmente. Uno de los motivos señalados en la Ley Orgánica 4/1981 para decretar la alarma es precisamente la concurrencia de crisis sanitarias o epidemias. Ello comporta que el incumplimiento o resistencia a las órdenes correlativas al estado de alarma se sanciona de acuerdo con lo dispuesto en las leyes (art. 10.1). No obstante, en las semanas iniciales del confinamiento nos acercamos al millón de actas de sanción en toda España. Cifra abultada que contrasta con el sentido cívico general de la ciudadanía. Considero que el indicado es un desfase numérico sancionador, como luego se encargaron de corregir los tribunales.

La crisis sanitaria de Covid-19 dio lugar al Real Decreto 463/2020 y sus sucesivas modificaciones y prórrogas,¹⁸ con las consiguientes limitaciones de la libre circulación y reunión de la población que, no obstante, a partir de mayo de 2020 se fueron relajando paulatinamente. Ello no impidió que la mayor parte de las denuncias relacionadas con su incumplimiento se hayan tramitado por desobediencia a la autoridad o sus agentes, infracción calificada como grave por el art. 36.6 de la controvertida Ley de seguridad ciudadana (Ley Orgánica 4/2015), obviando así las posibilidades sancionadoras previstas en la Ley del sistema nacional de protección civil (2015) y la Ley de salud pública

(2011). En dicho trance la actuación policial fue –como hemos reseñado– ponderada e incluso pedagógica. Pero tengamos presente que la desobediencia y la resistencia a la autoridad sólo puede entenderse como desobediencia a una orden concreta y puntual de agente de la autoridad, y que cualquier otra lógica interpretativa conduce a un abuso del lenguaje en perjuicio de la seguridad jurídica. Así, la resistencia o desobediencia solo cabe en relación a una orden concreta de un agente y, en todo caso, la desobediencia debe ser clara, inequívoca y manifiesta. Es decir, la infracción concurrirá cuando un sujeto, habiendo incumplido las limitaciones del estado de alarma, sea requerido por un agente para su cumplimiento y desatienda dicho requerimiento policial.¹⁹

(Más adelante y en epígrafe jurisprudencial, dedicaremos el oportuno tratamiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, que declara inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por Covid-19).

De modo que el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede calificarse automáticamente como infracción del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, y de ahí la inseguridad jurídica de que advertimos en su día,²⁰ inseguridad que afecta al orden social y a la esencia misma de la dignidad humana, pues ausente la seguridad no hay ejercicio posible e igualitario de los derechos subjetivos. De modo que los derechos fundamentales y libertades públicas no son viables sin seguridad ya que solo dentro de un marco de certeza jurídica adquieren sentido estos. La magnitud de la crisis sanitaria requería de prontas medidas de confinamiento, aislamiento social y algunas restricciones de derechos, pero no la exclusión de los mismos.

Recordemos que el estado de alarma no se decreta para plantear una nueva legalidad, sino que plantea una excepcionalidad al Derecho vigente, que además de estar limitada en el tiempo ha de interpretarse en sentido estricto dado que la libertad de circulación y demás derechos continúan siendo la regla y, por tanto, solo pueden ser limitados de manera ponderada y en cuanto sea preciso para frenar la epidemia. Es decir, no hay desobediencia ni resistencia a la autoridad –en clave administrativa²¹ sancionadora– si no concurre una voluntad resuelta de contradecir las indicaciones u órdenes de los agentes de la autoridad. Del mismo modo que no cabe deducir resistencia, desobediencia o atentado –en clave penal– contra dichos agentes si no media enfrentamiento directo y grave con la fuerza policial actuante. De modo que si el legislador considera necesarias nuevas sanciones o castigos específicos por conductas

contrarias al estado de alarma, deberá aprobar la correspondiente legislación al respecto y no utilizar de modo torticero la normativa existente.²²

3. Ulterior estado de alarma: Real Decreto 926/2020, de 25 de noviembre

Conforme se sucedían los acontecimientos pandémicos las autoridades políticas de nuestro país adoptaban decisiones al respecto. Así llegó la declaración de un nuevo estado de alarma y fue aprobado el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Nada cabía objetar a la decisión gubernamental, pues la segunda andanada de Covid-19 más que ola semejaba *tsunami*. Pero, la cuestión no residía en si el estado de alarma era o no el instrumento constitucionalmente adecuado para hacer frente a una pandemia de gran calibre. La cuestión fue otra.

Previo al 25 de octubre de 2020, diversos territorios autonómicos venían adoptando medidas limitativas del derecho fundamental a la libre circulación (cercos perimetrales y “toques de queda” que –no olvidemos- equivalen a prohibir o restringir derechos fundamentales. O sea, se estaban constriñendo o –en algunos casos- cercenando facultades constitucionales básicas ante la presencia de un motivo poderoso o convulsión como era la renovada virulencia de la pandemia, y ello bajo vigilancia policial o del ejército. Hasta aquí nada que objetar si no fuera porque asistíamos a una indisimulada disparidad de criterios judiciales vertidos al respecto, una vez se sometía a los jueces la pertinencia de las decisiones territoriales. Así, algunos tribunales avalaron y otros no esas medidas autonómicas, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica que –insistimos- exige un Estado de Derecho.

De aquel modo se producía una quiebra de la seguridad jurídica que había que restablecer cuanto antes, y, claro, ello sólo era posible mediante un nuevo decreto de alarma. Pero aún no repuestos de ese sobresalto constitucional, nos topamos con que el Decreto de alarma, aprobado el 25 de octubre, es un dechado de defectos y lagunas en su articulado, quizá fruto de una precipitación que ya no era tan disculpable, y que ponía en solfa el primado de las directrices técnicas y jurídicas. Procuraré sintetizar, pero aquel decreto de octubre erigía un nuevo estado de alarma que, curiosamente, delegaba en las Comunidades Autónomas facultades restrictivas de los derechos fundamentales para las que éstas no tienen competencias y, además, tampoco les pueden ser transferidas.

En esta ocasión y desde las instancias políticas, se apelaba a la denominada co-gobernanza; evocador vocablo si no fuera porque en nuestro país anda carente de contenido, y cuyo dudoso contorno conceptual resta efectividad a

su acción frente a los estragos del virus. La llamada co-gobernanza en España es hoy por hoy una entelequia, debido a la múltiple (y pujante) concurrencia etno-territorial (últimamente también provincial y local). A ello se suman las deficiencias (si no completa ausencia) de una cultura cívica que esté basada en la lealtad constitucional de la que son tributarios los distintos territorios. Recordemos que en España falta el *foedus*, es decir, la expresión consagrada en la letra de la Constitución que anude el pacto territorial en términos de lealtad constitucional con la unidad del Estado dentro del reconocimiento de la diversidad territorial. No se olvide que el vocablo latino *foedus* significa precisamente eso: pacto. Y que en los países donde existe un pacto federal de los territorios que lo integran, resulta relativamente fácil la puesta en común intergubernamental orientada a esa co-gobernanza que acabamos de referir. Pero España no es Alemania, donde la lealtad federal²³ (*Bundestreue*) resulta indiscutida. En un modelo federal como el germano no cabe poner en solfa la integridad del Estado, y ello ni desde dentro ni desde fuera de las instituciones territoriales, ya que existe cultura cívica sobre los cimientos del Estado, cultura cívica que proporciona a los germanos un elevado grado de homogeneidad interna. De ahí que los *länder* tengan en Alemania amplias competencias respecto –por ejemplo- a la gestión de la salud pública, dado que allí la dinámica territorial no está encanallada como –por desgracia- pudiera ya estarlo en España. De ahí que seguramente sea artificioso hablar en España de co-gobernanza sin matizaciones.²⁴

A estas alturas de maduración constitucional, pocos dudan en España de que la organización territorial ha de ser plural. Ello supondría dinamitar uno de los activos constitucionales y democráticos más valiosos de la sociedad española tras 1978. Sin embargo, las claves territoriales continúan irredentas en algunos territorios, adquiriendo en casos un cariz disparatado, que –por cierto- dan lugar a que se alcen gritos jacobinos que, por lo demás, se van radicalizando en la crítica a la fragmentación y atomización territorial. Bien es cierto que la pluralidad territorial nunca estará del todo a salvo de embates doctrinarios más o menos centralizadores. Pero en la actual coyuntura y ante la gestión de la crisis provocada por la pandemia Covid-19, todo cuanto arroje sombras sobre el modelo territorial, viene a perjudicar los principios constitucionales que le sirven de base. Más aún, cuando la regencia partidaria de las distintas Comunidades Autónomas pone en evidencia que lo que principalmente pretenden, unos y otros, es erosionar al adversario político, sea cual sea.

A finales del año 2020, conforme avanzaba el desconcierto, la incertidumbre y el agravamiento de la pandemia, si algo quedaba claro es que todos los

territorios –y el propio Ejecutivo central- se aplicaban tanto en remediar por su cuenta la crisis sanitaria, económica y social, como en eludir responsabilidades ante aquel avance de la pandemia. Y en dicha inercia se evidenció que la mejor salida podría ser la llamada co-gobernanza. Quedando así siempre la pelota, de uno u otro modo, en tejado ajeno. Asistimos entonces a un giro de acontecimientos propiciado por el R.D. 926/2020, de 25 de octubre, y al hecho de que las Comunidades Autónomas activaran restricciones de derechos fundamentales, acordando incluso cercos perimetrales, cierres de fronteras territoriales y confinamientos autonómicos. Insisto, todas ellas medidas para las que, desde mi óptica, carecen de competencias ni les pueden ser transferidas.

Las mismas dudas generó entonces la actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por no ser considerado foro para tal “co-gobernanza” y, desde luego, para la adopción de medidas restrictivas de derechos básicos. Otra cosa es que en su seno se puedan poner en común problemas comunes. Pero las limitaciones de derechos fundamentales son decisiones que competen al Gobierno dentro de sus atribuciones constitucionales, competencias que vendrían avaladas, en su caso, por los instrumentos legales pertinentes como el Real Decreto que declara el estado de alarma. En este sentido el art. 116 de la Constitución y el art. 11 de la Ley Orgánica 4/81 reguladora del estado de alarma, son por sí solos elocuentes. El segundo precepto citado prevé que el decreto de declaración o de prórroga podrá “limitar la circulación de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos”. De ahí la cobertura que en toda regla ofrece el aludido Real Decreto 926/2020 al establecer restricciones a la libre circulación en horario nocturno (artículo 5), a la entrada y salida de municipios y comunidades autónomas (artículo 6), y a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados (artículo 7). Restricciones todas ellas que así gozan de cobertura constitucional, aunque adolecen de las oportunas garantías a las que obliga la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). Lo que no equivale a que las limitaciones de derechos han de ser iguales o idénticas en toda España, sino que, en paridad de condiciones relativas a la crisis sanitaria, la restricción de derechos sea de similar alcance. Faltaban, pues, en el Decreto 926/2020 algunos aspectos ineludibles referidos a los criterios científicos (hospitalarios, epidemiológicos, asistenciales, entre otros), de cuya objetividad se obtiene la conclusión de reducir o no franjas horarias del “toque de queda”, o de los que depende acordar un confinamiento perimetral y su extensión geográfica. Efectos podrían continuar reverberando en un futuro inmediato, sobre todo si la pandemia se agudiza puntual o episódicamente.

Si el objetivo del estado de alarma es habilitar al Gobierno y a las Cortes para limitar excepcionalmente derechos fundamentales, no para extinguirlos, ni para confundir a la ciudadanía y, desde luego, no para delegar en los territorios autonómicos dicha facultad restrictiva saltándose la Constitución, que es lo que –según mi criterio– se ha hecho a ciencia y paciencia de los técnicos y de las Comunidades afectadas, en un ejercicio inédito de evitación de ulteriores responsabilidades. Tal delegación es abiertamente inconstitucional. Es contrario a la Constitución dado que resulta inadmisibles que se atribuya a los gobiernos autonómicos la potestad discrecional de establecer los criterios que limiten, restrinjan o extiendan derechos fundamentales como la libertad de circulación.

La declaración ajustada a Derecho del estado de alarma no tiene por qué ir en perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Más bien al contrario. En ejercicio de las competencias que les corresponden a los gobiernos autonómicos estos podrán continuar con la gestión de los respectivos sistemas sanitarios, además de implementar o ejecutar las medidas limitativas de derechos fijadas en el Decreto que declara el estado de alarma. De otro modo, con criterios dispares dejados al albur de cada territorio, o, si la declaración del estado de alarma no incluye los criterios determinantes de las limitaciones de derechos, se produce una quiebra de la debida igualdad de trato jurídico que merece la ciudadanía más allá del territorio donde habite. Si se obvia la aplicación de criterios uniformes y se altera el régimen sancionador específico que tipifique cada uno de los posibles incumplimientos, como ya señaló el profesor Javier Tajadura (2020),²⁵ sin un decreto que regule con precisión la limitación del derecho a la libre circulación (y otros conexos), con un decreto que nos permita saber qué podemos hacer y qué no, y cuáles son las consecuencias de los eventuales incumplimientos, salta por los aires el principio de seguridad jurídica en el que se basa la confianza de los ciudadanos en el Derecho.

Flaco favor se hace al orden constitucional si no constaban –como sucedió– en el propio Decreto de alarma las pautas objetivas de las restricciones, o si persisten disparidades (discriminaciones) carentes de justificación en la regulación de las eventuales limitaciones de derechos fundamentales. La Constitución española y la Ley Orgánica 4/1981, habilitan al Gobierno para decretar la alarma, pero en el Decreto se deben fijar expresamente los indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo, no siendo ello tarea que se pueda encomendar para que un futuro –incierto– sea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el encargado de fijarlos. En

definitiva, no cabe delegar ni mucho menos deslegalizar elemento crucial para la limitación de derechos básicos.

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. La STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma Covid-19

La STC 148/2021, y en buena medida el sentido de los votos particulares que la acompañan, gira en torno a la adecuación constitucional de las restricciones impuestas por el primer estado de alarma Covid-19, con la libertad ambulatoria establecida por el RD 463/2020, es decir, en si hubo o no suspensión de dicho derecho fundamental. La resolución ha suscitado un debate que incide en la interpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones, pues el Tribunal ha manifestado sus reparos –y se mostró dividido– sobre la constitucionalidad del uso del estado de alarma para combatir y atajar al coronavirus.

Esta resolución de la Alta Instancia y garante constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planeado y, en consecuencia, declara contrarios a la Constitución los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Tribunal Constitucional considera que el confinamiento generalizado de la población –de toda la población y para todo el territorio nacional– impuesto por el art. 7.1 del RD 463/2020, es inconstitucional por contrariar el art. 55.2 CE *a contrario sensu* y el art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/1981 que no permite dicha restricción de la libertad de circulación, sino que se refiere solo a limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. La STC 148/2021 aprecia la exigencia de proporcionalidad en la triple vertiente consagrada por otros precedentes jurisprudenciales relacionados con el caso, es decir, atendiendo a que la medida constitucional fuese idónea para la finalidad perseguida, que además fuese necesaria para alcanzar los objetivos propuestos sin que existieran otras menos gravosas para el derecho fundamental (v.g. una restricción menos intensa de la libertad, en la que la regla fuese la movilidad) y, en tercer lugar, el que se tratara de una medida proporcionada en sentido estricto (causando mayores beneficios -vida, salud- que los perjuicios que infligía); proporcionalidad esta última que es eje argumental para los magistrados disidentes²⁶ con la STC 148/2021.

La STC 148/2021 basa su razonamiento en las restricciones acordadas constituían una suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, y que ello las hacía incompatibles con el art. 55 de la Constitución, precepto que establece que la suspensión de determinados derechos solo puede darse bajo los estados de excepción y sitio. Del tenor de la resolución destacamos algunos de sus pronunciamientos, que por su valor interpretativo adquieren un valor jurisprudencial singular dada la eventual persistencia de los efectos de la pandemia hacia el futuro.²⁷ Así, por un lado, declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no derivada del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad acepta, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales.²⁸

Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la suspensión afectó a la generalidad de la población, y partiendo de esas premisas considera que no pueden revisarse los procesos judiciales concluidos mediante sentencia con efecto de cosa juzgada o las situaciones decididas por actuaciones administrativas firmes por la inconstitucionalidad declarada en la sentencia. Sin embargo, el Juez de la Constitución sí que considera posible revisar los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la ineficacia de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta decisión del Tribunal Constitucional no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio para los casos de quienes “sufren, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables”.

Del citado pronunciamiento cabe destacar que el Tribunal Constitucional:

- a) Otorga valor normativo de ley al Real Decreto 463/2020, que declaró el primer estado de alarma como consecuencia de la pandemia. De modo que el Juez Constitucional incide en que la decisión del Consejo de Ministros reviste la forma de Real Decreto, si bien es “una norma revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma”.
- b) Sobre las restricciones y la posible limitación de derechos fundamentales en el estado de alarma, el Alto Tribunal declara

que el estado de alarma no permite al Ejecutivo la suspensión de libertades públicas y derechos fundamentales, si bien es factible – añade el Tribunal- la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio con modificación, por tanto, de su régimen ordinario. De modo que la limitación o restricción de derechos en el estado de alarma no puede privarlos de su contenido esencial, es decir, no puede llegar hasta la suspensión de derechos, entendiendo por tal la “cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos”.

- c) En relación con los derechos fundamentales que fueron suspendidos en el estado de alarma y en aplicación de la hermenéutica anterior, el Juez Constitucional concluye que fueron verdaderas suspensiones y no meras restricciones o limitaciones de su ejercicio las medidas que se acordaron respecto de la libertad de circulación y libertad de elección del lugar residencia. Así, el art. 7 del Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma, no delimitó el derecho a circular libremente en el territorio nacional a un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspendió de raíz, de forma generalizada, para todas las personas, y por cualquier medio. Y otro tanto afirma del derecho a elegir libremente el lugar de residencia que implica una genérica e indiferenciada facultad constitucional para determinar libremente el lugar en que se desee fijar la residencia habitual, lo que incluye como ineludible, la facultad para trasladar, en cualquier momento, dicha residencia habitual a un lugar diferente. Incide el Tribunal Constitucional en que las limitaciones de estos derechos fueron drásticas, hasta el extremo de excepcionar durante un tiempo su contenido esencial para toda la ciudadanía y para todo el territorio nacional. Lo que comporta el juicio de inconstitucionalidad indicado.
- d) El Alto Tribunal tuvo también ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 14 de julio de 2021, sobre los derechos fundamentales que fueron limitados, pero no suspendidos en el estado de alarma. Así, el Tribunal considera que fueron limitados en su ejercicio -pero no suspendidos- los siguientes derechos fundamentales:
- Sobre el derecho de reunión o manifestación en vía pública: Estos derechos no quedaron suspendidos por la declaración del estado de alarma, aunque su ejercicio sí estaba condicionado por las circunstancias sanitarias.

- Sobre el derecho a la educación: La prohibición de la enseñanza presencial supuso una limitación proporcionada del derecho a la educación pero que estuvo acompañada del mantenimiento de modalidades alternativas.
- Sobre el derecho a la libertad de empresa: Este derecho garantiza “el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”. Para el Tribunal Constitucional:
 1. Las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos.
 2. Las medidas adoptadas durante el estado de alarma “constrañen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos” pero no pueden equipararse a la suspensión. Para ello el Tribunal tiene en cuenta que la suspensión de actividades “está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad”, las medidas adoptadas fueron “idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia” y no resultaron desproporcionadas.
- Sobre el derecho a la libertad religiosa: El Tribunal entiende que el Real Decreto contemplaba expresamente la asistencia a lugares de culto y ceremonias religiosas y la imposición de medidas de seguridad, higiene o salubridad en lugares de pública concurrencia no incide propiamente en las libertades que en tales espacios se ejerciten.

En definitiva, el intérprete supremo de la Constitución enfatiza en su STC 148/2021 sobre la categoría jurídica del estado de alarma, la que considera que, siendo necesaria la declaración del mismo, lo era también acertar con las formas jurídicas empleadas en su aplicación.²⁹ De ahí que Tribunal concluyera en este caso que las medidas adoptadas, relativas a la libre circulación de las personas, supusieron –por más temporales que fueran- una auténtica suspensión de derechos fundamentales,³⁰ y no una mera limitación o restricción propias del estado de alarma, quedando pues vedadas para el estado de alarma y sólo siendo factibles, bajo el cumplimiento de otras premisas, mediante los estados de excepción y de sitio.

2. La STC 183/2021, de 27 de octubre, sobre el segundo estado de alarma

El Tribunal Constitucional estimó que el segundo estado de alarma se articuló de modo “inconsistente” y, por tanto, declara inconstitucional tanto dicha prórroga como el nombramiento de autoridades competentes delegadas. El fallo de la STC 183/2021 estima parcialmente el recurso³¹ de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por Covid-19; contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma por el Real Decreto 926/2020. Bien es cierto que la Sentencia que comentamos cuenta con los votos particulares del presidente del Tribunal, Juan José González Rivas, y de los magistrados Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido y María Luisa Balaguer; y de estas discrepancias nos ocuparemos más adelante.

Tras el precedente comentado en el epígrafe anterior sobre el primer estado de alarma, nos referiremos ahora al llamado segundo estado de alarma que fue decretado en octubre de 2020. En esta ocasión el Ejecutivo intentaba atajar los rebrotes de la pandemia y sus consecuencias. En este envite el Juez Constitucional declara inconstitucional tanto la prórroga de seis meses acordada, como el nombramiento de autoridades competentes delegadas que fijaba el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma.

La STC 183/2021 fue redactada por el magistrado Antonio Narváez, quien señala que lo que merece reprobación constitucional no es tanto la duración de la prórroga, por sí sola y sin más, sino el carácter no razonable o infundado, visto el acuerdo adoptado por el Congreso de los Diputados, de la decisión por la que se fijó tal plazo. Indica el ponente que la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero “inconsistente” con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización, y sin coherencia alguna, incluso, con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida. Y añade que la prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las Comunidades Autónomas decidieran. Subraya el magistrado Narváez que merece censura constitucional aquella autorización, pues se concedió sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia.

Un aspecto destacable en la STC 183/2021 es el relativo a la designación de autoridades competentes delegadas, pues la resolución de la Alta Instancia considera que, entre otros motivos, esta decisión contraviene lo dispuesto en la norma jurídica (ley orgánica) a la que el art. 116.1 de la Constitución reserva la regulación de los estados anómalos o de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes. Abunda el pronunciamiento de la Sentencia en que el Poder Ejecutivo se excedió en su cometido, pues acordó con carácter permanente la delegación sin reserva alguna de la supervisión efectiva o de la eventual avocación al propio Gobierno, de lo que las autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos ámbitos territoriales.

La estimación del recurso es parcial y declara nulos varios preceptos incluidos en el Real Decreto 926/2020, como los apartados 2 y 3 del artículo 2, en los que se decía que en los territorios autonómicos sería autoridad competente delegada quien ostentara la presidencia, y que quedaba habilitada para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los arts. 5 a 11. En concreto, anula el apartado 2 del art. 5, que dice que la autoridad competente delegada podrá determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo del confinamiento previsto sea entre las 22.00 horas y las 00.00 horas; y que la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5.00 y las 7.00 horas. Igualmente deja sin efecto el inciso "delegada que corresponda" del art. 6.2 que hacía referencia a que la autoridad delegada, es decir los presidentes de los entes autonómicos, podían limitar la entrada y salida de personas en territorios de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma. También anula el que sean los presidentes quienes decidan previa comunicación al Ministerio de Sanidad que las reuniones de grupos en lugares públicos puedan ser menores a seis personas, y revoca que tenga que ser la autoridad delegada, los presidentes autonómicos, quienes decidan los aforos de lugares de culto. La STC 183/2021 declara también ilegal que las medidas adoptadas tengan una duración no inferior a siete días, ataca por tanto la durabilidad de las medidas restrictivas que planteaba el Ejecutivo nacional, y anula además que sea cada presidente autonómico quien tenga la capacidad de modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas. Además, tumba el criterio de que sean las autoridades competentes delegadas quienes puedan imponer en su ámbito territorial la realización de las prestaciones personales obligatorias que resulten imprescindibles en el ámbito de sus sistemas sanitarios y sociosanitarios para responder a la situación de emergencia sanitaria.

La declaración de inconstitucionalidad se extiende a varios apartados del Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, que autorizaba la prórroga del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 926/2020. En concreto, indica que es inconstitucional el apartado segundo que rezaba que la prórroga se extendería desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021. Y del mismo modo reprueba el contenido del apartado cuarto en cuanto ofrecía nueva redacción a dos artículos del Real Decreto referidos a las autoridades delegadas, y a que en caso de prórrogas el Ministro de Sanidad comparecería quincenalmente ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas. Igual suerte corre el apartado quinto que hacía mención a salvedades que incluía el Real Decreto para las horas de confinamiento.

En otro orden de cosas, con relación al Real Decreto 956/2020, por el que se prorrogó en octubre ese segundo estado de alarma, el magistrado ponente deja constancia de que también es nulo el inciso primero del art. 2 que dice que "la prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00.00 del día 9 de mayo de 2021". Y, declara inconstitucional, además, la disposición transitoria única relativa a la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, dos apartados de la disposición final primera y el apartado tercero de la disposición final primera relativa a que el presidente del Gobierno debía comparecer cada dos meses para dar cuenta ante el pleno de la gestión de la pandemia, mientras que el ministro de Sanidad lo haría mensualmente ante la comisión del ramo.

Se declara, pues la inconstitucionalidad de la prórroga de seis meses del segundo estado de alarma y, en el mismo sentido que ya expresamos más arriba, se formula un reproche constitucional a la denominada "co-gobernanza" con las autonomías en la gestión de la crisis pandémica.

Sin embargo, cuatro votos particulares objetaron el criterio final de la STC 183/2021 por considerar que la defensa del derecho a la salud justifica las medidas adoptadas entre octubre 2020 y mayo 2021. En concreto, los magistrados disidentes fueron el presidente, Juan José González Rivas, y los magistrados Juan Antonio Xiol, Cándido Conde Pumpido y M^a Luisa Balaguer Callejón. Los cuatro magistrados discrepantes sostenían que la decisión ejecutiva era constitucional y, del mismo modo, también lo fue el paraguas legal de la cobertura jurídica que empleó el Ejecutivo para amparar la declaración del segundo estado de alarma por seis meses. Si bien, la cuestión del plazo representó un escollo determinante de que se inclinara la balanza hacia la inconstitucionalidad, por considerar la mayoría del Tribunal

Constitucional “plazo excesivo” del decreto. Lejos de lo acontecido con el primer estado de alarma, que se prorrogaba cada quince días. Ello sumado a la forma en que se adoptó ese periodo, fue concluyente de que la Alta Instancia considerase inconstitucional la medida, al no haberse ejercido un control parlamentario eficaz ni periódico del Congreso sobre la misma. De ahí que el Tribunal estimase que el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga de seis meses. Se insiste en la STC 183/2021 en que “quedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma. Control parlamentario que está al servicio, también, de la formación de una opinión pública activa y vigilante y que no puede en modo alguno soslayarse durante un estado constitucional en crisis”.

De entre los votos particulares aludidos cabe destacar el emitido por el presidente del Tribunal, el magistrado González Rivas, quien se aparta de la decisión del Constitucional por considerar razonable la conexión que existió entre la duración de la prórroga del estado de alarma de seis meses, explicitada en el Real Decreto 926/2020, y las circunstancias que concurrían en ese momento de la emergencia sanitaria. A juicio del magistrado González Rivas, el Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado. Además, el decreto que autorizaba la prórroga no ejerció una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante —el Gobierno— y que podía revocar en cualquier momento. La coincidencia de los magistrados disidentes gira en torno a una postura similar, y concluyen que tanto la prórroga de seis meses como la delegación de competencias a favor de las comunidades autónomas fueron constitucionales. No obstante, el criterio discrepante de González Rivas podríamos sintetizarlo en los siguientes postulados: "Existió una conexión razonable entre la duración prevista de seis meses y las circunstancias que concurrían en aquel momento histórico con la coyuntura de emergencia"... "La duración de seis meses estaba explicitada en el decreto de declaración del estado de alarma prorrogado y, en mi opinión, era razonable"... "El Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado"... "El decreto autorizatorio de la prórroga no ejerció una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante que era el Gobierno y que podía revocar en cualquier momento"... "El marco general fijado en los textos

normativos aplicables, sujetos a constante variabilidad (índices y estadísticas diarias) ofrecieron suficiente certeza".

VII. UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE CRISIS A LA LUZ CONSTITUCIONAL

A) Si ha ocurrido una vez, puede suceder más veces. Por ello indicábamos en los primeros compases de este trabajo que un brote infeccioso es un hecho con recidivas, quizá no idénticas, pero similares, y con parecidas consecuencias de todo orden. Y ya que conocemos que los rebrotes o las futuras pandemias pueden concluir de muchos y variados modos, con unos efectos, con unas decisiones áulicas sobre cómo abordar la pandemia, qué medidas adoptar, qué instrumentos jurídicos emplear y todo lo que ello lleva aparejado, la pregunta que hemos de hacernos está servida, ¿cómo abordar tales situaciones sin pagar un desmesurado precio en términos jurídicos?

Las crónicas nos dan noticia de que las pandemias tienen dos tipos de finales: el clínico o médico, que ocurre cuando las tasas de incidencia y mortandad se desploman, y el social, cuando en la población declina el miedo a la epidemia. Algo así está ocurriendo con las olas menguantes de Covid-19, que ha infligido sufrimiento en la humanidad del siglo XXI, que ha dejado dudas, pero que plantea un desafío jurídico respecto al tratamiento de estas situaciones en el futuro.³² Ciertamente que las pandemias pueden ser episódicas, pero como no son descartables coyunturas análogas, conviene ofrecer alguna propuesta perdurable que no comporte las carencias que el Tribunal Constitucional español y buena parte de la doctrina han evidenciado en este trance, en esta época de Covid-19. Se trata de ofrecer una propuesta que nos permita lidiar en términos constitucionales con cuestiones como la narrada.

Con tino el profesor Álvarez García (2021) viene insistiendo en que se hace necesaria una norma frente a las pandemias, pues –en efecto– solo contamos con un escueto precepto a tal efecto. El sistema jurídico ha mostrado sus fallas y lagunas, (con el consabido perjuicio para los derechos fundamentales), defectos que como hemos visto pueden ser utilizadas de modo equívoco o torticero por el poder establecido. Dado lo atinado del planteamiento del profesor Álvarez García hacemos nuestro su sugerente alegato orientado a la reordenación del derecho de crisis español en general, y para la mejora de la normativa específica para la lucha contra las grandes epidemias que puedan llegar en un futuro más o menos próximo. El estudio aludido de Álvarez García plantea la creación tanto de un estado constitucional de pandemia como de una autoridad administrativa independiente de los vaivenes gubernamentales

para la gestión de las crisis más extremas y, en particular, para hacer frente a las grandes crisis de salud pública.³³ Y de ello dan cumplida muestra los pronunciamientos del Juez Constitucional en SSTC 148/2021 y 183/2021.

Adoptar medidas sanitarias para combatir una pandemia, en este caso la Covid-19, comporta indefectiblemente afectar a derechos fundamentales. Y no es una mera suposición. Hemos visto durante esta pandemia como la movilidad y la libertad deambulatoria se empañaban, y como diversas restricciones incidían en la libertad de circulación de las personas del art. 19 de la Constitución. Constatamos como las medidas tendentes a evitar aglomeraciones afectaban al derecho citado y también a la intimidad familiar del art. 18.1, a los derechos de reunión y de manifestación del art. 21, a la libertad religiosa del art. 16, al derecho a la educación del art. 27 o a la libertad de empresa, entre otros.

En primer término, las coyunturas críticas provocadas por epidemias dan lugar a medidas sanitarias que regula la legislación ordinaria, y así la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (cláusula general del art. 3 de la citada LOMESP), determina que las autoridades podrán adoptar las medidas sanitarias que consideren necesarias ante eventualidades epidemiológicas o en caso de riesgo de carácter transmisible. Junto a ello, el derecho constitucional excepcional se articula también como mecanismo jurídico para la adopción de tales medidas sanitarias. En dichas situaciones están previstas restricciones, sin duda. Sobre ello no hay discusión.

La cuestión relevante en términos constitucionales es la de los límites en la afectación de los derechos fundamentales que se ponen en juego. Lo que nos planteamos, en definitiva, es si cabe que el vigente derecho positivo de crisis, ordinario o constitucional, permite la adopción de medidas sanitarias como el confinamiento total de la ciudadanía durante períodos prolongados, pues dicha medida incide directamente en el contenido esencial de la libertad circulatoria o deambulatoria de la población. Lo indico porque albergo serias dudas sobre si pueden tomarse medidas sanitarias apoyadas en el derecho excepcional o de crisis ahora vigente, por ejemplo, para evitar las aglomeraciones sociales, suprimiendo o restringiendo absolutamente la asistencia a los encuentros familiares, a reuniones, a manifestaciones, a los templos, a los centros religiosos, a los comercios u otros locales de reunión.

Con anterioridad vimos que, tanto en el modelo histórico como el vigente sistema de derecho constitucional excepcional, se intenta hacer frente a las más graves alteraciones graves del orden público, incluidas las catástrofes naturales

y humanas. Sin embargo, las cuestiones relevantes ligadas a la declaración de los estados de emergencia no se regulan en nuestra Constitución, sino mediante ley orgánica a la que se remite el texto constitucional. Dicha norma de referencia es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Luego el denominado genéricamente derecho constitucional excepcional está en alguna medida en la Constitución, pero también está fuera de ella en una porción sustancial. Por tanto, el modo de encarar estas crisis es a todas luces insatisfactorio, como corroboran los recientes pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional. Resulta llamativo que lo mollar de las cuestiones ligadas a la declaración de los estados excepcionales o de emergencia no se condensen en la Carta Magna, y que se difiera –en número y relevancia– a una ley orgánica aquel contenido. Diríamos que la Ley Orgánica 4/1981 detalla lo sustancial de los estados de alarma, excepción y sitio, mientras la Constitución se ciñe a algunas generalidades del derecho de excepción.

El ordenamiento jurídico español ofrece normativa que permite la adopción de medidas sanitarias, en algunos casos medidas específicas,³⁴ y contiene una estipulación general que permite la adopción de medidas sanitarias a las autoridades del ramo cuando las consideren necesarias para atajar una epidemia.³⁵ Y en tal sentido debió operar la limitación de la circulación o permanencia de personas y de vehículos durante la pandemia Covid-19, no así la suspensión de la libertad circulatoria y de movimientos, y, por supuesto, no considera en ningún momento la suspensión de la libertad religiosa, del derecho a la intimidad personal, del derecho a la educación, entre otras. Luego hemos de poner reparos a la cláusula general señalada, pues la misma permite, de entrada, adoptar las medidas necesarias para hacer frente a cualquier crisis de salud pública de gran alcance, si bien, cuenta con el límite determinado por el principio de proporcionalidad. Límite que atañe a las “facultades de necesidad” aplicadas por el Gobierno y que controla la justicia ordinaria tomando como referencia jurídica que en ningún caso puede alcanzar a una suspensión o supresión de los derechos fundamentales, ya que para ello habría de ser declarado el estado de excepción.

B) En la lucha pandémica, el estado constitucional de alarma tal y como lo regula la Ley Orgánica 4/1981, tiene como límite el art. 55.1 de nuestra Constitución. Es indubitado que las medidas sanitarias adecuadas para encarar epidemias extendidas o extremas, requieren de intensas restricciones de las libertades públicas, restricciones de calado para las que no habilita el estado de alarma, ni tampoco la legislación ordinaria del ramo sanitario. Y curiosamente, la Ley Orgánica 4/1981 sobre los estados excepcionales contempla que el

sistema para luchar contra las epidemias es su primer estadio: alarma. Sin embargo, se ha evidenciado que el estado de alarma no es el instrumento ciertamente útil para combatir una crisis de salud pública de tanto calado, pues impide la adopción de medidas sanitarias intensas como el confinamiento de toda la población, ya que ello comporta la suspensión de un derecho fundamental que el art. 55.1 de la Constitución no admite.

Luego si con el estado de alarma no cabe la suspensión de libertades públicas y derechos fundamentales, tampoco cabría –por razones obvias– la adopción de tales medidas a través de la legislación ordinaria de menor rango normativo. En todo caso, la regulación ordinaria sería hábil para hacer frente a emergencias menos extremas que las comprendidas en el Derecho Constitucional de excepción. En el mismo sentido, cabría objetar que los límites marcados por el art. 55.1 de la Constitución, sean solo aplicables a las emergencias o crisis de orden público, y no al combate frente a emergencias sanitarias de calado.

A la postre, parece que las previsiones del estado de alarma y de la legislación ordinaria del ramo sanitario que venimos citando, han demostrado su insuficiencia ante una pandemia de gran alcance como la provocada por el coronavirus Covid-19. Tales instrumentos normativos podrían ser útiles –no lo dudamos– para otro tipo de contingencias y catástrofes naturales o provocadas por la mano del hombre, para una epidemia más reducida que afecte –por ejemplo– de manera parcial al territorio nacional o durante un corto período, pero no para una calamidad de mayor calado. Se ha constatado que en términos jurídicos, los poderes públicos abordan de modo defectuoso el problema, quizá porque en la actualidad el derecho positivo es inapropiado o insuficiente para atender el interés general ante envites de naturaleza extrema³⁶ por sus efectos o duración.

C) Dado que resultan palmarias las carencias de la actual regulación del derecho de crisis, y no existe en el horizonte cercano ninguna “ley antipandemias” que pueda calificarse como tal, consideramos más que oportuno abordar su sentido jurídico; más aún cuando disponemos de precursores en los modelos jurídicos comparados del entorno occidental.³⁷

De lo que se trataría es de procurar mejoras ante rebrotes de la actual pandemia y, desde luego, para la gestión de futuras crisis sanitarias de alcance global y/o perdurables. En tal sentido reseñamos que durante la primera acometida de la pandemia Covid-19, los países de la Unión Europea no emplearon solo medidas extraordinarias como el estado de alarma para hacer frente al virus. Francia o Alemania usaron con distinta suerte su legislación

ordinaria. De hecho, entre los países miembros del concierto europeo hubo 19 que declararon estados de emergencia para contener la pandemia; 10 de ellos lo tenían ya contemplado en su respectiva Norma Básica, y otros 14 recurrieron a normativa de rango menor u ordinaria, y de los indicados hubo 5 que emplearon ambos mecanismos jurídicos. Los restantes miembros de la Unión Europea carecían de un espectro normativo específico o marco legal previsto ante tales eventualidades, y, en consecuencia, adoptaron medidas *ad hoc* o concretas por vía legislativa de urgencia como decretos leyes o figuras normativas análogas. Ello evidencia una preocupante ausencia de patrones jurídicos sobre la cuestión en los países de nuestro entorno más cercano, con los que compartimos valores y principios, cultura y modos ciudadanos. Luego las diferencias ahondan en la brecha de la Unión, pues no existe unidad de criterio sobre las medidas legales a emplear para combatir pandemias o emergencias similares.

La coincidencia que cabe reseñar es que la mayor parte de los países miembros de la Unión se apoyaron en normativa previa a la pandemia.³⁸ Siendo ejemplo paradigmático y excesivo de la “legislación motorizada” los casos de Italia y España, países que emplearon con profusión los decretos-leyes que el Gobierno puede adoptar al amparo de los arts. 77 y 86, respectivamente, de sus Constituciones. Mientras que Francia o Alemania utilizaron su normativa ordinaria, dado que la Constitución de ninguno de ellos contiene declaración de un estado de alarma por crisis sanitarias. Por su proximidad citaremos también el caso de Portugal, que empleó el estado de emergencia combinado con la legislación ordinaria. Esta misma alternativa fue la acordada por trece países más ya que se consideraba de carácter menos grave que el estado de alarma o de emergencia. Por el contrario, países como Austria, Suecia, Irlanda o Dinamarca optaron en exclusiva por adoptar medidas habilitadoras a través de su legislación ordinaria.

Curiosamente, en el País Vasco se ha aprobado una “ley antipandemias”. Nos referimos a la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de Covid-19 aprobada por el Parlamento vasco, ley que como mínimo cabría calificar de audaz, pues si bien las autoridades autonómicas o, si se quiere, los gobiernos territoriales tienen capacidad jurídica y competencias sanitarias para gestionar una pandemia, no así pueden arrogarse facultades en sentido de restringir derechos fundamentales o libertades públicas. Luego dicha ley contiene extralimitaciones competenciales contrarias a la Constitución, ya que como indicamos anteriormente los ejecutivos autonómicos no pueden limitar la libre circulación o las reuniones sociales.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que hacer frente a una situación de crisis o una pandemia es compatible con ofrecer seguridad jurídica y respetar nuestra Constitución.

El vigente derecho de crisis se ordena según el rango de las normas que lo regulan, y esta ordenación tiene su correlato en el conjunto de medidas que con arreglo a ello cabe adoptar. De modo que en el plano superior se sitúa el derecho constitucional de excepción, que a su vez está ordenado según su incidencia y efectos sobre las libertades públicas y derechos fundamentales. Y así contamos, por un lado, con el estado de alarma, que hemos visto no permite la suspensión de derechos fundamentales; por otro, con el estado de excepción, que permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales previstos en el art. 55.1 de la Constitución; y, por último, el estado de sitio, que comporta una gradación mayor en dichas restricciones, es decir, supone la suspensión de libertades y derechos fundamentales. Mientras que, en plano subordinado o inferior se sitúa la legislación ordinaria, que según la naturaleza de la crisis está conformada por la normativa de salud pública, de protección civil y de seguridad nacional. Normativa que en cualquier caso está impedida para suspender las libertades públicas y derechos fundamentales.

Luego, la elección del estado de alarma para atajar la pandemia Covid-19 fue inapropiada en términos constitucionales. Quizá hubo premura o precipitación –no lo dudamos-, pero la opción no fue la adecuada para dicha situación de emergencia. Y aunque hubiera, como lo hay, un estado previsto para abordar epidemias y crisis sanitarias, el resorte correcto no es el estado de alarma, sino el previsto para hacer frente a contingencias graves de orden público, dado que el alcance de la crisis sanitaria descrita comporta una crisis de orden público. De ahí que estimamos que lo procedente hubiera sido acordar el estado de excepción, toda vez que, según se ha dicho, debió hacerse una interpretación extensa de la noción orden público, sin la cual no cabría un confinamiento total de la población, con la consiguiente suspensión de la libertad de circulación de las personas. Más aún, cuando el instrumento normativo empleado, también imposibilita suspender o prohibir las reuniones privadas por razones amistosas o familiares, es decir, no cabe suspender o neutralizar el ejercicio del art. 18.1 de la Constitución, ya que su art. 55.1 permite suspender el art. 19 de la Norma Básica, mas no otros derechos fundamentales que en todo caso hay que cercenar para poner coto a una pandemia de amplio espectro y prolongada en el tiempo. No cabe, pues, suspender derechos durante el estado de alarma, y las restricciones más severas que pudiera aconsejar la entidad de la pandemia, solo serían posibles durante el estado de excepción y de manera todavía más contundente en el estado de sitio (Álvarez García, 2021, *in fine*).

Las restricciones de derechos fundamentales llevadas hasta su supresión pueden ser parte del derecho de necesidad, pero siempre con la limitación temporal que aconseje la situación crítica dada. El tenor del art. 55.1 de la Constitución y sus limitaciones apriorísticas tienen un sentido, que no es otro que el impedir el uso abusivo del poder en determinadas coyunturas críticas. De ahí la necesidad de una normativa de emergencias sanitarias que contemple tales postulados y garantice el orden constitucional como clave de bóveda de todo el sistema, desde luego, sin renunciar a la lucha efectiva contra graves crisis sanitarias y pandemias. Permaneciendo en un terreno minado de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales contrapuestos, y con la inseguridad jurídica como único referente ante eventuales nuevas pandemias, se hace flaco favor –insisto– a la credibilidad del modelo constitucional occidental del que España es parte.

Habría que preguntarse por el papel de las Fuerzas Armadas en las situaciones más críticas que podrían ser equiparables a tesituras bélicas o contiendas de la misma índole, que por cierto tampoco están contempladas en nuestro ordenamiento, con la excepción de algunos preceptos punitivos dispares de las ordenanzas militares. Luego, se hace necesaria una normativa el derecho constitucional de emergencias que haga compatible los arts. 55 y 116 de la Constitución con situaciones de guerra o análogas, sobre todo si la contingencia sanitaria o pandemia comporta también crisis de orden público. Y, al tiempo, procede articular en sintonía con ello una regulación cierta del derecho sancionador.³⁹

Particular esmero exigiría una regulación –integral– del derecho constitucional de emergencias en lo tocante a los límites temporales y, sobre todo, la duración temporal máxima de las eventuales prórrogas del estado de emergencia. Difícilmente cabría mejorar la normativa antipandemias sin tales previsiones, pues nunca se sabe con antelación cuáles serán las necesidades futuras para combatir enfermedades –quizá– todavía ignoradas.

Ya que no contamos con una regulación europea sobre pandemias,⁴⁰ ni tampoco existe en el ámbito global sobre el que actúa la Organización Mundial de la Salud,⁴¹ y puesto que carecemos de una apuesta trasnacional de la Organización de Naciones Unidas al respecto. Debemos aquietarnos a la normativa de nivel interno y a su orden de prelación jurídico estatal para combatir tales contingencias. En este sentido el profesor Álvarez García⁴² realiza una aportación de interés, que por su valor técnico intrínseco y su visión en perspectiva podríamos hacer nuestra. Indica el administrativista reseñado que “serían necesarios dos tipos de acciones: una primera de naturaleza

organizativa⁴³; y otra segunda, relativa a la adaptación de nuestro derecho de emergencias sanitarias”. De modo que ante la ineficiencia de nuestro vigente derecho constitucional para luchar contra las grandes pandemias, cabría plantearse la conveniencia de mantener los estados de alarma, excepción y sitio para lo que fueron diseñados, es decir, para abordar con garantías jurídicas crisis de orden público, y –quizá– permitiendo que el estado de alarma sirviese para luchar contra catástrofes de etiología natural, como terremotos, inundaciones, estragos o grandes incendios; e incluyendo en la anterior categoría aquellas otras calamidades públicas provocadas por acción u omisión del humana, entre las que estarían los accidentes de entidad causados por fugas nucleares o siniestros de plantas químicas. Mientas que reservaríamos una legislación *ad hoc* para regular aquellas cuestiones de alcance en materia de protección civil, sin que fuera preciso el recurso a los estados de emergencia.⁴⁴ En el bien entendido de que una ley orgánica debería contemplar las grandes restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas que las grandes catástrofes exigen en materia de protección civil.

Por todo ello, y teniendo en cuenta el aforismo “*salus publica suprema lex*”, no parece desatinado postular con el autor citado la conveniencia de reformar la Constitución del 78 en el sentido incorporar un nuevo estado de emergencia que bien podríamos denominar como “estado constitucional de pandemias”, y a su amparo desarrollar legislativamente una ley antipandemias en el sentido antes expuesto, con el fin de que sea posible y ajustada a Derecho la limitación máxima de derechos fundamentales, incluyendo la suspensión temporal del art. 55 de la Constitución, cuando concurren crisis sanitarias extremas que hagan necesaria una lucha radical contra la pandemia de que se trate.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja Fernández, E. (2018). Un recordatorio del principio de lealtad federal. *Observatorio de Derecho Público*. <https://idpbarcelona.net/recordatorio-de-l-principio-lealtad-federal/>
- Aldecoa Luzárraga, F. (2020). El coronavirus está exigiendo más federación europea. *Newsletter CFEME, Revista Europa en Movimiento*, 1 abril, 1-3. https://www.coname.eu/wp-content/uploads/CFEME/2020_04_B3_Newsletter_Movimiento_Europeo_CFEME_DEF.pdf
- Álvarez García, V. (2021). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura.

- Diario del Derecho IUSTEL*. https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1215616
- Arendt, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Balaguer Callejón, F. (2008). Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea. En *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson.
- Cámara Villar, G. (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Carro Martínez, A. (1987). Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional. En *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Eslava Galán, J. (2021). *Enciclopedia nazi: contada para escépticos*. Barcelona: Planeta.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2002). Democracia y tentación totalitaria en Europa. En J. Alberto del Real Alcalá, J. A. López García y R. Ruiz Ruiz (coord.), *La Democracia a Debate*. Madrid: Dykinson.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020a). Europa ante el desafío global de la pandemia Covid-19. *Boletín de la Academia de Yuste*, 4, 219-232. https://www.fundacionyuste.org/wp-content/uploads/2021/05/000-Anuario-Boletin-Yuste-2020_compressed.pdf
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020b). La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la Covid-19. *Fredoom, security and justice: European Legal Studies*, 2, 1-21. <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2020.II.-editoriale.Faraminan.1.pdf>
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11. <https://doi.org/10.5944/rdp.11.1981.8119>
- García Manzano, P. (2021). Las dos lógicas del estado de alarma (comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio). Almacén de Derecho, 10 agosto. <https://almacendederecho.org/las-dos-logicas-del-estado-de-alarma-comentario-a-la-stc-148-2021-de-14-de-julio>
- Garrido López, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.02>

- Garrido López, C. (2021). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Sánchez, Y. (2018). *Constitucionalismo multinivel*. Madrid: Editorial Sanz y Torres S.L.
- Harari, Y. N. (2018). *Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad*. Barcelona: ed. Debate / Penguin Random House.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Jiménez Ruiz, J. L. y Marín Gámez, J. A. (2014). Problemática práctica del constitucionalismo multinivel: ¿caos normativo, desconocimiento práctico o divergencia teórica? *CEF-Legal, Revista Práctica de Derecho*, 160, 113-146. <http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>
- Lafuente Balle, J. M. (1990). Los estados de alarma, excepción y sitio (II). *Revista de Derecho Político*, 31, 27-56. <https://doi.org/10.5944/rdp.31.1990.8441>
- Lecumberri Beascoa, G. y Díez Parra, I. (2020). *El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado. España: estado de alarma*. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo - Unidad Biblioteca de Derecho Comparado.
- León Alonso, M. (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016. Control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4(2), 234-237. <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15309>
- Marín Gámez, J. A. (2020). Estado de alarma 2020: Antígenos y derechos. *Bajo Estrados*, 51, 4-7. <https://www.icajaen.es>
- Muñoz Gómez, A. (2021). El control de constitucionalidad del estado de alarma. Comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio. *Revista de la Facultad de Derecho - Icade*, 112. <https://doi.org/10.14422/icade.i112.y2021.008>
- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus: entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 86-87, 22-31. https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200319_Decalogo_como_actuar_COVID19.pdf

- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. En E. Atienza y J. F. Rodríguez (dirs.), *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1611>
- Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de Las Cortes Generales*, 104. <https://doi.org/10.33426/rcg/2018/104/66>
- Tajadura Tejada, J. (2020, 27 de octubre). Estado de alarma y seguridad jurídica. *Diario del Derecho IUSTEL*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1203960
- Tomás Villarroya, J. (2012). *Breve historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92, 243-265.

Notas

- 1 Yuval Noah Harari, profesor de Historia en la Universidad Hebrea de Jerusalén, especializado en análisis históricos, aunque sus investigaciones actuales se centran en los procesos macrohistóricos y en las relaciones entre historia y biología, considerado uno de los intelectuales más influyentes de nuestro tiempo, ofrece en su libro *Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad*, una panorámica ilustrativa y sintética de la historia de la Humanidad, desde la evolución de las especies humanas arcaicas hasta el siglo actual. La obra se divide en cuatro partes: la revolución cognitiva, la revolución agrícola, la unificación humana y la revolución científica. Su argumento principal es que *Homo sapiens* domina el mundo porque es el único animal capaz de cooperar flexiblemente en gran número, gracias a su capacidad única de crear en entes que existen solamente en su imaginación, como los dioses, las naciones, el dinero o los derechos humanos. Harari afirma que todos los sistemas de cooperación humana a gran escala —incluidas las religiones, las estructuras políticas, las redes comerciales y las instituciones jurídicas— se basan, en última instancia, en ficciones útiles para el funcionamiento del entramado social, económico, político y jurídico.
- 2 Citamos aquellas pandemias de las que tenemos noticia cierta y que pusieron en jaque al género humano: Peste de Justiniano, Peste Negra o Bubónica, Viruela, Nueva Peste Negra, Gripe española, Gripe asiática, Gripe de Hong Kong, Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH), Ébola, Sars, Gripe H1N1 o Gripe porcina, Mers-cov, y recientemente Covid-19.
- 3 Cfr. Faramiñán Gilbert, 2020a.
- 4 Sin ir más lejos y sobre el holocausto del nazismo, la obra de Eslava Galán, 2021.
- 5 Sobre el permanente debate entre democracia y autoritarismos y la apuesta europea por las libertades individuales, conviene tener presente la constante pugna de las tentaciones totalitarias aprovechando cualquier pretexto, incluida la pandemia Covid-19, en el trabajo de Faramiñán Gilbert, 2002.
- 6 Gómez Sánchez, 2018, y Jiménez Campo, 1999; Balaguer Callejón, 2008; también Jiménez Ruiz y Marín Gámez, 2014.
- 7 En extensión referencial, Cruz Villalón, 1984.
- 8 Sobre esta cuestión gradual nos saca de dudas Fernández Segado, 1981. También, Tomás Villarroya, 2012. Y, en la perspectiva de vigencia de la actual Constitución, el análisis sobre la opción del poder constituyente y del legislador, a la vista de la historia constitucional

- española y del derecho comparado, en particular, sobre el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, y prorrogado, previa autorización del Congreso de los Diputados, por Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, en respuesta a la crisis desencadenada por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del abandono masivo de sus puestos de trabajo por parte de los controladores de tránsito aéreo, (que trataremos más adelante en este trabajo), el estudio de Sieira Mucientes (2018) donde apunta la insuficiencia del estado de alarma ante una emergencia como la del momento álgido del Covid-19, y donde se analiza también el procedimiento parlamentario y la problemática del control jurisdiccional y de constitucionalidad, que no existió. En vista de lo anterior se apunta una reforma del derecho de excepción –que compartimos como se verá en nuestras conclusiones al final de este trabajo– para hacer frente a situaciones urgentes de gran alcance, con referencias a las contenidas en la Constitución española de 1931.
- 9 Ver Nogueira López, 2020, pp. 23 y ss., y León Alonso, 2016, pp. 234-237.
 - 10 De obligada consulta el documento elaborado por Gabriel Lecumberri Beascoa, bajo la supervisión de Ignacio Díez Parra (2020), que citamos y seguimos para lo sucesivo.
 - 11 Aludimos una vez más al documento de Lecumberri Beascoa, 2020, pp. 16 y ss.
 - 12 Y en el mismo sentido, sobre el impacto de la pandemia en los derechos y libertades individuales en una coyuntura en la que apenas se empezaba a sortear la crisis económica del 2008, de la que se ha llegado a decir que había sido la moderna versión del crack del 29, el trabajo de Faramiñán Gilbert, 2020b, pp. 9 y 10.
 - 13 Por su atemperado y extensivo análisis de la regulación constitucional de los estados de emergencia, del art. 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que autorizan a los poderes públicos para que –como contiene la reseña del libro citado–, respetando el Estado de Derecho, hagan frente tasada y proporcionalmente a diversas situaciones excepcionales, como emergencias naturales, graves crisis de orden público y agresiones violentas al orden constitucional. Sin embargo, el control jurisdiccional de las decisiones de declaración y de prórroga de dichos estados excepcionales no ha sido previsto ni constitucional ni legalmente. Y la doctrina discrepa tanto de la viabilidad de ese control como del órgano al que encomendarlo. Ello se ha debido a la pluralidad de formas y a la singular naturaleza de las decisiones excepcionales, cuyo titular y procedimiento de adopción difieren dependiendo del estado a declarar. El libro citado de Garrido López analiza con sano criterio jurídico las decisiones que adoptan los titulares del poder de excepción y de las garantías que cabe oponerles para proteger el orden constitucional; y como continúa diciendo su propia reseña, estudia la diversidad, la naturaleza y el régimen jurídico de las decisiones excepcionales previstas en los modelos de Derecho comparado y expone el proceso de racionalización del poder en el modelo europeo de estado de excepción, desde la garantía de la doble reserva de ley hasta el logro de la sumisión, en ciertos países, de las decisiones excepcionales a la justicia constitucional. Compartimos con el autor citado que a partir de este marco de referencia, se debe analizar el alcance y la naturaleza jurídica de las decisiones de declaración y prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio en el régimen constitucional español, así como los problemas teórico-prácticos que, debido a sus singularidades, ha suscitado su contenido y su control jurisdiccional, especialmente tras la declaración y prórroga de sendos estados de alarma en 2010 y 2020 de los que tenemos directa referencia.
 - 14 Cfr. el trabajo de Presno Linera, 2020, pp. 15-28.
 - 15 Ver el trabajo de Lecumberri Beascoa, 2020, p. 46; y la aportación en la misma línea de Faramiñán Gilbert, 2020b, p. 8.
 - 16 Cfr. la STC 83/2016, dictada por el Pleno del Alto Tribunal el 28 de abril de 2016, en el recurso de amparo 4703-2012. Promovido por un demandante -cuya identidad omitimos- y 326 personas más en relación con el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su demanda frente al Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): sometimiento

- al control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de emergencia. En que, a la sazón, el Alto Tribunal desestimó otorgar el amparo constitucional impetrado, y con cuya decisión salda por sus propios fundamentos los dictados en STS 2289/2015, de 22 de abril, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso 153/2011.
- 17 Ello tuvo lugar mediante el Real Decreto 1717/2010. Ilustrativo al respecto el trabajo de Vidal Prado y Delgado Ramos, 2011, pp. 243-265.
- 18 La controversia doctrinal entre distintos sectores jurídicos se centró durante meses en la disyuntiva entre la contingencia v. necesidad del estado de alarma, y la suficiencia de la legislación sanitaria —Ley general de sanidad (LGS), Ley general de salud pública (LGSP), Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP). Al hilo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, ha declarado inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del 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. Dicha resolución de la Alta Instancia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Congreso contra el Real Decreto 463 /2020, de 14 de marzo, que declaró el primer estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, sus prórrogas (RD 465/2020, de 27 de marzo, RD 487/2020, de 10 de abril, y RD 492/2020, de 24 de abril), y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo.
- 19 Quizá convenga recordar al respecto, que el vigente art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981, establece que una vez finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a éstas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.
- 20 Marín Gámez, 2020.
- 21 Sobre los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura, el trabajo de Álvarez García, 2021.
- 22 Quizá no esté de más recordar el alegato de Hannah Arendt sobre la génesis del totalitarismo, su alianza con el miedo colectivo y la mentira institucional como instrumento expansivo del poder psicopático, sus perniciosas derivas, sus despropósitos jurídicos y los experimentos contrarios al orden constitucional de los que ya se ha dado muestras. Cfr. Hannah Arendt, 2006.
- 23 Este principio, como señala el profesor Eliseo Aja, se ha desarrollado principalmente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pese a que no se encuentra escrito en su Constitución, pero se entiende, especialmente a partir de 1952, que deriva del “principio federal” que recoge el art. 20 de la Constitución Alemana. Su sentido primero propugna que la Federación y los *Länder* (Estados miembros) no solo deben cumplir sus obligaciones constitucionales, sino que deben hacerlo teniendo en cuenta el efecto de sus decisiones sobre los demás y también manteniendo en sus relaciones una actitud amistosa que sea favorable a los intereses de los Estados miembros y de la propia Federación. Añade el prof. Aja que la importancia de esta actitud leal es tan grande en los sistemas federales que el principio de lealtad se ha extendido a otros ordenamientos jurídicos, en algunos casos acogido por la jurisprudencia, como en Canadá, en otros asumiéndolo en la propia Constitución, como Suiza (art. 44) y Bélgica (art. 143). En todos implica una relación amistosa hacia los demás estados miembros y hacia la misma Federación, así como una actitud proactiva para facilitar el ejercicio de las competencias de los demás. El eco del principio de lealtad ha llegado también a España para orientar las relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Estado. Como en su origen alemán, el principio no figura en la Constitución española, y aquí ha querido acogerse por el Tribunal Constitucional, pero con distinta suerte ya evidenciada por la procelosa realidad territorial española reflejada en la propia terminología –diríamos- vacilante que emplea el Tribunal: lealtad constitucional, colaboración leal, y otros eufemismos literarios (cfr. Observatorio de Derecho Público, <https://idpbarcelona.net/recordatorio-del-principio-lealtad-federal/>).
- 24 En nuestro país es un hecho que los distintos líderes de las Comunidades Autónomas, erigidos en protagonistas de la política general, devienen en algunos territorios en soberanos de unas taifas que nada han dicho o son extrañas a la lealtad federal o constitucional antes aludida. Estos líderes autonómicos (aunque no todos, por fortuna) están sobre todo preocupados por diferenciarse entre sí y rentabilizar su posición desde sus nacionalidades y regiones en favor

de las formaciones políticas de su militancia; y de ahí la beligerancia intergubernamental, pues son los partidos políticos los que canalizan sus segados intereses a través de las instituciones territoriales que ocupan sus dirigentes. Considero que mientras este axioma de nuestro modelo autonómico heterogéneo no supere la contienda con el Estado y, además, desactive el conflicto múltiple de concurrencia etno-territorial, poco se habrá avanzado. Es decir, no cabe optimismo mientras los dirigentes autonómicos continúen tomando decisiones más orientadas a distinguirse entre sí, que en pos del interés común.

- 25 E incidiendo en el criterio garantista Vidal Prado y Delgado Ramos, 2011, pp. 264 y 265.
- 26 La STC 148/2021 fue aprobada por seis magistrados y tuvo cinco votos en contra, emitiendo cada uno de ellos votos particulares disponible en la Sentencia analizada. Sobre la entidad de los votos discrepantes en las decisiones del Tribunal Constitucional, Cámara Villar, 1993. En el caso de la STC 148/2021, los votos discrepantes se sustancian sobre dos hitos argumentales, que, a la postre, tienden a justificar que el confinamiento total de la población decretado por el estado de alarma no supone una suspensión de la libertad de circulación ex art. 19 CE, por más que esta medida sea una restricción extrema de esta libertad; así lo registra en sus notas conclusivas el prof. Álvarez García, 2021, pp. 19-20.
- 27 De la exégesis de la STC 148/2021 que ofrece el gabinete *DELOITTE* con ocasión de hacerse público el pronunciamiento: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sentencia-tribunal-declara-inconstitucional-estado-de-alarma.html>
- 28 Ver el trabajo de Garrido López (2017) y el más reciente de Muñoz Gómez (2021) en su análisis de la decisión del Alto Tribunal que declaró inconstitucionales algunas de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por Covid-19; STC que apoya sus razonamientos en que dichas restricciones constituían una suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, y ello las hacía incompatibles con el art. 55 de la Constitución, en tanto que establece que la suspensión de determinados derechos solo puede darse bajo los estados de excepción y sitio; pronunciamiento que continúa suscitando controversia en torno a la interpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones.
- 29 Ver García Manzano (2021) y sobre el valor hermenéutico vinculado a ello, el trabajo de León Alonso (2016, p. 235).
- 30 Sobre la afectación de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional también pudo haberse pronunciado y sentar jurisprudencia en torno al significado de la limitación y de la suspensión de los derechos fundamentales en un recurso de amparo que resultó inadmitido. Recurso de amparo donde se suscitaban límites del derecho de manifestación en tiempos de pandemia (ATC 40/2020, de 30 de abril; inadmisión Sala Primera).
- 31 El recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox, planteaba que el segundo estado de alarma era contrario a los arts. 17, 19, 21 y 25 de la Constitución, relativos a los derechos a la libertad y a la seguridad; a la libre circulación; a la reunión y la manifestación pacíficas; y contra las sanciones administrativas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Junto a ello, el recurso sostenía la inconstitucionalidad de la decisión del presidente del Gobierno de comparecer sólo cada dos meses ante el Pleno de la Cámara para dar cuenta parlamentaria del devenir de la situación pandémica y de las medidas acordadas.
- 32 Cfr. Faramiñán Gilbert, 2020a, pp. 1 y ss.; y las conclusiones del prof. Faramiñán Gilbert en 2020b, pp. 18-21.
- 33 En la introducción argumental de Álvarez García, 2021, p. 1.
- 34 Entre las medidas específicas citaremos las reguladas en el art. 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que prevé la inmovilización o incautación, la suspensión del ejercicio de ciertas actividades, la clausura de empresas, de sus dependencias o instalaciones, y también la intervención de medios materiales y personales. Igualmente, el art. 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, concreta un listado de medidas sanitarias específicas con son la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos,

- servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- 35 Entre las medidas generales destacamos las previstas en caso de riesgo de carácter transmisible del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP).
- 36 Para no ser reiterativos baste aludir a que el confinamiento domiciliario para toda la población quizá necesario o indispensable para atajar la pandemia, ha sido declarado inconstitucional y sin base jurídica homologable con nuestro ordenamiento jurídico, (*vid.* la jurisprudencia constitucional antes analizada).
- 37 Cfr. Garrido López (2021) en cuanto al análisis de la diversidad, la naturaleza y el régimen jurídico de las decisiones excepcionales previstas en los modelos de Derecho comparado, y, desde luego, en lo que respecta –como indica su reseña bibliográfica– al proceso de racionalización del poder en el modelo europeo de estado de excepción, desde la garantía de la doble reserva de ley hasta el logro de la sumisión, en ciertos países, de las decisiones excepcionales a la justicia constitucional.
- 38 Así, Alemania, Chipre, Chequia, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y España. En otros casos adaptaron legislación preexistente a la emergencia sobrevenida: Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Hungría, Luxemburgo, Malta, Polonia y Rumanía.
- 39 Con especial atención a la tipología de infracciones y sus correlativas sanciones.
- 40 Si bien se vislumbra en el horizonte cercano la creación de la Agencia de Salud Pública Europea. Sobre este argumento –diríamos– europeísta sanitario, acudo a la opinión de Aldecoa Luzárraga (2020, pp. 1-3).
- 41 Hasta el momento la OMS se ha limitado a actualizar sus directrices sobre planificación operacional para equilibrar las exigencias de la respuesta directa a la pandemia Covid-19, con la necesidad de seguir prestando servicios sanitarios esenciales y mitigar el riesgo de colapso del sistema. Esto abarca una serie de medidas inmediatas específicas que los países deberán considerar a escala nacional, regional y local para reorganizar y mantener el acceso a unos servicios sanitarios esenciales de calidad para toda la población. Para acceder a las directrices completas: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/maintaining-essential-health-services-and-systems>. Para orientaciones sobre la Covid-19: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>.
- 42 Criterio fundado del prof. Álvarez García (2021, *in fine*). Y en sintonía argumental el criterio conclusivo del trabajo de Sieira Mucientes (2018, pp. 392 y 393).
- 43 La cuestión gira sobre la re-organización del aparato administrativo para la lucha contra las pandemias, habida cuenta de que en la pandemia Covid-19, la Administración General del Estado se vio abocada a recuperar competencias sanitarias que ya no tenía por estar transferidas a la Comunidades Autónomas, y para las que no estaba preparada ni en recursos materiales ni humanos (v. gr. el nefasto ejemplo de la adquisición de material clínico y de protección de los sanitarios). Dicha re-organización plantea no pocas dificultades en la actual situación territorial española, y exige una despolitización de la gestión de las crisis de salud pública en favor de un órgano gestor técnico e independiente en esta materia, con el objetivo de evitar la desconfianza ciudadana y los sesgos partidistas en asunto tan sensible.
- 44 Con toda justeza el prof. Álvarez García (2021) ejemplifica con la evacuación masiva de ciudadanos en la isla de La Palma debido a la erupción volcánica de septiembre de 2021, donde no fue necesaria la declaración del estado de alarma.