



Derechos y constitución en tiempos de crisis

José Ángel Marín Gámez

Profesor titular de Derecho Constitucional.

Universidad de Jaén (España)

jamarin@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8132-1786>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

Extracto

Los desastres naturales y desgracias colectivas, las pandemias y las crisis económicas generan más que inquietud entre la ciudadanía y, además, provocan desafección institucional y restan credibilidad al sistema cuando la gestión pública de las situaciones críticas es defectuosa o adolece de rigor constitucional. En esta línea nuestro modelo constitucional, sin llegar a demudarse, se ha resentido por la pandemia de la covid-19. Ello se evidenció por la insuficiencia del estado de alarma al abordar dicha crisis y ante la problemática del control jurisdiccional realizado al respecto por el Tribunal Constitucional. Los desaciertos detectados en el derecho de necesidad frente a la pandemia obligan a reconsiderar sus claves jurídicas de cara a similares situaciones críticas futuras, en aras de modular la restricción de libertades o suspensiones de derechos fundamentales que eventualmente pudieran darse. De modo que se suscita una reinterpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones básicas del Estado. Propongo, pues, una reflexión jurídica antes de que acontezca otra desgracia colectiva y se puedan aplicar estándares constitucionales adecuados para la actuación del poder público.

Palabras clave: derecho constitucional, pandemia, estado de alarma, Tribunal Constitucional, derecho excepcional.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-09-2023

Cómo citar: Marín Gámez, J. Á. (2023). Derechos y constitución en tiempos de crisis. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 61-106. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19331>



Rights and constitution in times of crisis

José Ángel Marín Gámez

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

Abstract

Acts of God and global calamities, pandemics and economic crises bring on unease amongst citizens and, furthermore, cause institutional disaffection and detract credibility from the system whenever public management of critical situations is defective or lacks constitutional accuracy. In this line, our constitutional model, albeit not altered, has resented the covid-19 pandemic. This was made clear because of the shortages of the state of alarm in order to deal with the aforementioned crisis and the judiciary review addressed by the Constitutional Court. The shortfalls detected in the laws of exception quarrelling with the pandemic compel us to reconsider its legal keys to face similar critical events in the future, thus being able to modulate the restrictions on Liberty or the suspension of fundamental rights that might, eventually, occur. So, a reinterpretation of the laws of exception and the role of the fundamental State institutions arouses. I encourage, then, a legal reflection on the subject, before any other collective tragedy happens, so that an adequate constitutional standard on government action is implemented.

Keywords: constitutional law, pandemic, state of emergency, Constitutional Court, law of the exception.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-09-2023

Citation: Marín Gámez, J. Á. (2023). Derechos y constitución en tiempos de crisis. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 61-106. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19331>



Sumario

1. Planteamiento general
2. Derecho excepcional como categoría jurídica
3. Derecho de excepción en el constitucionalismo histórico español
4. Acotaciones sobre el régimen jurídico vigente
5. Una panorámica doctrinal sobre el canon de constitucionalidad
 - 5.1. Crisis de los controladores aéreos y estado de alarma
 - 5.2. Estado de alarma por la covid-19 en marzo 2020
 - 5.3. Ulterior estado de alarma: Real Decreto 926/2020, de 25 de noviembre
6. Pronunciamientos de la justicia constitucional
 - 6.1. La STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma covid-19
 - 6.2. La STC 168/2021 sobre el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020
 - 6.3. La STC 183/2021 sobre el Real Decreto 926/2020
7. Síntesis de los votos particulares en las SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021
8. Conclusiones: Reformulación del derecho de crisis a la luz constitucional

Referencias bibliográficas

Ninguna fuerza doma, ningún tiempo consume,
ningún mérito iguala el nombre de la libertad.

Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*

1. Planteamiento general

Hemos iniciado este trabajo con una cita de *El Príncipe*¹, obra de un autor que empleó su saber en el asesoramiento áulico y en la exhortación a sus coetáneos sobre los peligros que siempre acechan a las libertades humanas. Esa máxima de Maquiavelo, que hoy continúa vigente, nos invita a reflexionar sobre el poder y sus abusos. De ahí la cita en los tiempos que corren, quizá más tecnológicos que aquellos en que vivió su autor, pero igualmente procelosos, no solo en clave jurídica. Sirva, pues, este prelude para plantear nuestro estudio sobre las derivadas jurídicas de marzo de 2020. En España los efectos de la pandemia de la covid-19 condujeron 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 decretado para combatir la propagación de la enfermedad covid-19 puso a prueba el civismo ciudadano y, desde luego, la entereza jurídica y constitucional de las instituciones que articulan la vida social. Aquel confinamiento de la población y sus efectos en los derechos subjetivos no dudo que pudieran tener el loable objetivo de intentar romper la cadena de contagio por coronavirus, de evitar el colapso del sistema sanitario y salvar vidas de los denominados grupos de riesgo, pero, ¿a qué precio jurídico y con qué coste constitucional?

Disponemos ahora de perspectiva sobre aquellas decisiones en las que se veían directamente concernidos derechos fundamentales y libertades públicas, tal vez –incluso– los cimientos constitucionales. Pero, como los efectos de la pandemia aún se

¹ Nicolás Maquiavelo (1469-1527) no solo fue una de las figuras más relevantes del realismo político incardinado en el Renacimiento italiano, sino que nos legó su emblemático tratado de doctrina política, *El Príncipe*, que, aunque fue redactado en torno al año 1513, fue publicado póstumamente, en 1531, y no en su ciudad natal, Florencia, sino en Roma.

dejan sentir y no se descartan ulteriores oleadas o contingencias críticas, quizá sea aconsejable un sucinto periplo a través del tiempo. Diversidad de autores, como el propio Maquiavelo, han reflexionado sobre las adversidades y enfermedades que la humanidad ha padecido. Resulta muy extensa la nómina de dolencias transmisibles o infecciosas que se propagaban y han mermado la población sin distinguir fronteras, afecciones que –convertidas en pandemias– cambiaban el destino de personas y de comunidades enteras². Así lo hemos constatado en la actualidad con la persistencia del llamado coronavirus. Las sucesivas pandemias y su capacidad devastadora, de un modo u otro, siempre han transformado la realidad social en la que aparecieron y, por tanto, han influido decisivamente en el curso de la historia³. De ahí la reflexión que propongo ante una crisis como la reciente. La pandemia de la covid-19 no es una más que una de las acaecidas y de ninguna manera excluye otras. Quizá, lo relevante para el análisis jurídico es que esta pandemia pone a prueba la solidez de la ingeniería constitucional y, desde luego, de democracias occidentales⁴ –como la española–, que se creían afianzadas e inmunes. Por mi parte creo temerario dar por concluso el edificio de la democracia constitucional, cuando aquel nunca está acabado. De ahí la necesidad de ofrecer una perspectiva en este sentido. Además, al margen de las calamidades naturales o biológicas, tenemos constancia histórica de episodios ominosos generados directa y únicamente por la acción u omisión humana, y no olvidemos que son cercanos en el tiempo algunos de estos holocaustos⁵. Existe registro de las execrables experiencias del nazismo, fascismo, comunismo, ultranacionalismo, populismo y otros fanatismos que fueron y continúan siendo una amenaza para el modelo democrático

² 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 nuestro tiempo, ofrece en su libro *Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad* (2015, Debate - Penguin Random House), 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 el *Homo sapiens* domina el mundo porque es el único animal capaz de cooperar flexiblemente en gran número, gracias a su capacidad única de creer 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.

³ Aludimos a 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.

⁴ Cfr. Faramiñán Gilbert (2020a, pp. 8-12). En esta línea la obra coordinada por Salamero Teixidó (2020, pp. 309-336).

⁵ Sin ir más lejos, y sobre el holocausto del nazismo, la obra de Eslava Galán (2021). También, sobre las amenazas contemporáneas ante las ya conocidas y las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres, la obra de Beck (2002, pp. 113 y ss.).

constitucional⁶. Hoy día esos radicalismos y sus variantes o «marcas blancas», convenientemente actualizados por cierta cosmética, son igualmente regresivos y comprometedores. De ahí la obligación de prestar atención a su concurso en el caldo de cultivo que propicia esta crisis sanitaria⁷, además de la conmoción provocada por la reciente coyuntura bélica derivada de la contienda entre Rusia y Ucrania.

La humanidad hace tiempo que tomó conciencia de sí misma y desde entonces contamos con pautas morales, políticas y jurídicas que ahora llamamos normas constitucionales, normas legítimas sin las que dejaríamos de ser lo que somos: un agregado de personas dotadas de derechos inalienables que conforman un orden civilizado cualificado por el respeto a los derechos individuales y la procura del bienestar común. 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 orden, y en el que la relación entre gobernante y gobernado ha estado recorrida por innumerables contingencias, unas naturales y otras provocadas por nosotros mismos. De hecho y con cierta periodicidad, el *homo sapiens* arroja por la borda lo logrado. Y en ese recurrente desbarajuste interviene la pulsión irracional, la usura de las pasiones o el abuso del poder. Es probable que en la actualidad, debido al aldabonazo de la pandemia de la covid-19 y de la crisis bélica entre Rusia y Ucrania, nos encontremos ante uno de esos periplos regresivos de los que las crónicas dan cuenta cíclicamente. Recordemos que el populismo nazi de Hitler es paradigma de cómo se puede llegar a dictador a través de las urnas; 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 optó por la dinámica electiva, 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.). En definitiva, no va de suyo que el XXI sea el siglo del civismo, el respeto y la concordia constitucional⁸.

⁶ 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, que aprovechan cualquier pretexto, incluida la pandemia de la covid-19, en el trabajo de Faramián Gilbert (2002a, pp. 109-144).

⁷ Cfr. Nogueira López (2020).

⁸ En tiempos de incertidumbres y riesgos diversos, como los actuales, la obra de Sánchez Barroso (2021, pp. 6 y ss.); más todavía teniendo en cuenta que en nuestro país parece haberse relegado el papel del Parlamento al de actor secundario frente al Ejecutivo, expansivo y escasamente controlado. Tendencia que se correlaciona en materia de derecho de necesidad con el riesgo ante la interpretación y el erróneo fundamento otorgado hasta ahora al llamado «principio de precaución», una norma que inspira y vertebraba el derecho ordinario y extraordinario frente a riesgos inciertos. Y, en visión comparativa integrada, Melero de la Torre (2020); en la formulación que ofrece su reseña de una teoría del constitucionalismo cimentada en la idea de que el mantenimiento de un régimen jurídico de derechos fundamentales exige la colaboración de todos los poderes del Estado desde su propia competencia y legitimidad, si bien se trata de un texto que ofrece una visión del modelo *commonwealth* como un esquema coherente de protección de derechos fundamentales, en el que la colaboración e interdependencia institucionales se asumen como

2. Derecho excepcional como categoría jurídica

Sean del tipo que sean, 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 global y profunda como la vivida. La referida pandemia atañe a lo sanitario, pero percute con fuerza en muchos otros ámbitos y, desde luego, en la esfera constitucional⁹. Así, lo inquietante en la actual coyuntura es cómo gestionar esta crisis pandémica, sus derivadas, y otras afines, sin poner en riesgo la ingeniería social de base normativa y, por ende, restringir, suspender o eliminar las garantías jurídicas que son propias de las normas constitucionales¹⁰. De este periplo pandémico lo preocupante para un estudioso del Derecho Constitucional son las querencias totalitarias que asoman a su albur. En tiempo críticos, los juristas dedicados a la *res publica* tienen la responsabilidad de salir al paso de tales propensiones y de la regresión que implican. En sintonía con el planeamiento gradualista de las situaciones de excepcionalidad, recordemos que nuestra Constitución –diferenciándose de otras de su entorno– prevé específicamente supuestos escalonados en los preceptos 55.1 y 116, que también son cualitativos en cuanto a la suspensión de la normalidad constitucional ante graves crisis que afecten a la misma, y que no cabe traspasar en abstracto ante tesis críticas (Sánchez Barrilao, 2020, p. 865). Y como señala el profesor citado, el derecho de excepción supone, en lo básico, una restricción constitucional del propio sistema constitucional, particularmente respecto de derechos esenciales –aunque no solo–, con la que solventar y superar un momento de grave crisis para el sistema constitucional; y de ahí los riesgos que toda excepción constitucional supone, consiguientemente, sobre las limitaciones y controles con las que la propia Constitución prevé dichos supuestos. Ese es el verdadero reto del Estado democrático de derecho: atender, desde las claves arquitectónicas de la democracia y el constitucionalismo, a las eventuales crisis internas y externas que pudieran acontecer.

su razón última. En definitiva, como indica la aludida reseña bibliográfica, dicha reconstrucción pretende servir de base para elaborar una teoría plausible de la legalidad dentro del debate sobre el paradigma constitucionalista contemporáneo. Según esta teoría, el constitucionalismo de los derechos fundamentales no sería más que una ampliación comunicativa o deliberativa del orden del derecho, entendido como legalidad o *rule of law*. Planteamiento, este último, que por su visión comparativa consideramos de interés doctrinal en la materia.

⁹ Cruz Villalón (1981), Gómez Sánchez (2018), Jiménez Campo (1999) y Balaguer Callejón (2008); también Jiménez Ruiz y Marín Gámez (2014).

¹⁰ En extensión referencial, Cruz Villalón (1984); en particular sobre la relevancia constitucional del estado de alarma desde el momento en que no permite la suspensión de ningún derecho, ni –indica el profesor citado– provocar alteraciones en la distribución de poderes entre los supremos órganos del Estado, pues según Cruz Villalón (1981, pp. 123-124), quizá sea el estado de alarma el que explique la presencia del término «limitaciones» en el artículo 116.1 de la CE, que abarcaría tanto a las suspensiones de derechos como a unas situaciones transitorias de los mismos, que no diesen pie a considerarlos como «suspendidos», como originalmente señala en su trabajo previo sobre la concepción señaladamente gradualista del estado de alarma.

En España el derecho excepcional 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 de la covid-19 llevó a decretar el estado de alarma por segunda vez en los más de 40 años de vigencia de nuestra Constitución 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 anormalidad 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 incide en 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 (Guerrero Vázquez, 2021). 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, entre otras. Recordemos que el derecho excepcional 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 el debate sobre la incidencia de las medidas adoptadas en los derechos de los ciudadanos y, también, sobre el funcionamiento de las instituciones; medidas que fueron 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 nuestra Constitución¹¹, 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, recientemente, en marzo de 2020, ante la crisis sanitaria provocada por la 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

¹¹ Sobre la excepcionalidad jurídica a la que aludimos en el texto, resultan relevantes las aportaciones científicas de Garrido López (2021b y 2021c). También Díaz Revorio (2021).

son graduales o estadios progresivos por fases dentro de una única escala¹². A cada circunstancia anómala corresponde un estado de los previstos en el artículo 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.

3. 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 novedad. Es más, 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 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 siglo XIX y el XX. Tan así fue durante dicho arco, que no sería aventurado afirmar que lo excepcional (Nogueira López, 2020, pp. 23 y ss.; León Alonso, 2016) ha sido la regla en nuestra historia, y una rareza la normalidad constitucional.

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 regulación¹³. Además, los estados excepcionales y la suspen-

¹² Sobre esta cuestión gradual nos saca de dudas Fernández Segado (1981). También Tomás Villarroya. 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 el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, y prorrogado, previa autorización del Congreso de los Diputados, por el 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, pp. 361-393), donde apunta la insuficiencia del estado de alarma ante una emergencia como la del momento álgido de la 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.

¹³ De obligada consulta el documento elaborado por Lecumberri Beascoa (2020). En perspectiva comparada conviene prestar atención al *Stringency Index of the Blavatnik School of Government* (Universidad de Oxford), que compara cronológicamente, al menos, 17 medidas empleadas por más de 160 Estados

sión 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.

La Constitución española de 1812 establecía en su artículo 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 el del *habeas corpus*, el de la inviolabilidad del domicilio y de residencia y el 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 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 tesis 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 el 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 de rango a través de la disposición transitoria segunda en la Constitución del 1931; una regulación que con cierta arbitrariedad privaría de eficacia un 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, mani-

durante la pandemia. Y el referente bibliográfico *Sustainable Development Report 2020* de la Universidad de Cambridge, oportunamente citado por Agustín Ruiz Robledo (2019, nota 6, p. 86), donde señala textualmente que dicho informe tiene un apartado especialmente dedicado a las repuestas que los Estados de la OCDE han dado a la pandemia, en el que la gestión del Gobierno español no parece muy bien valorada.

festación 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 designa como «Generalísimo» de todos los Ejércitos. Esta situación plenipotenciaria fue posteriormente confirmada en términos legislativos, primero, por el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en cuyo artículo 35 se establecía la posibilidad de suspender, total o parcialmente, solo 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 origina 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, se prevé en el artículo 10 d) de la Ley Orgánica del Estado de 1967 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 de Franco y la aprobación de la Constitución vigente de 1978, se apertura una nueva regulación de los llamados tres estados de anormalidad constitucional: alarma, excepción y sitio. Sin embargo, la lógica excepcional que contempla el artículo 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 artículo 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 (1987), incluir «este precepto en la Constitución está justificado 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» (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 artículo 116, serían desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981.

4. Acotaciones sobre el régimen jurídico vigente

Sobre el Derecho de excepción hemos de partir de la base constitucional establecida en el artículo 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. En este punto cabría señalar que la labor legislativa también en esta materia supone la implicación parlamentaria en la credibilidad y, desde luego, en la confianza en las normas jurídicas que de allí dimanar; entre otras razones, porque en ocasiones la «emotividad política» en sede parlamentaria se plasma en los textos normativos, algo que –a todas luces– debería erradicarse para recuperar la confianza institucional y combatir el descrédito normativo¹⁴.

Además, atendamos desde el primer momento a que el artículo 169 de nuestra Constitución prohíbe la reforma de la misma mientras dure o esté vigente cualquiera de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución¹⁵. 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,

¹⁴ En este sentido –digamos– higiénico, la aportación de Canals i Ametller (2022) cuando alude a la obra *The Crisis of Confidence in Legislation*, editada por De Benedetto, Lupo y Rangone (2021) y publicada por la editorial Nomos-Hart, que recoge las ponencias presentadas en el encuentro Annual Conference of the International Association of Legislation (IAL), celebrado en Roma poco antes del inicio de la pandemia de la Covid-19, en octubre de 2019.

¹⁵ En sintonía una vez más con el documento de Lecumberri Beascoa (2020, pp. 16 y ss.).

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 artículos 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 artículo 55.1 de la CE y la propia Ley Orgánica 4/1981, así como dentro del alcance que permita la autorización del Congreso de los Diputados (cfr. art. 13.3 LO 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 artículos 32 y 36, ambos inclusive. El estado de sitio permite la máxima restricción de 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 artículo 17.3, lo que deja indemne solo el *habeas corpus* establecido en el artículo 17.2 de la CE. En definitiva, el estado de sitio constituye –por así decirlo– la razón final o *ultima 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)¹⁶. El Reglamento del Congreso de los Diputados, en sus artículos 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.

5. Una panorámica doctrinal sobre el canon de constitucionalidad

Las primeras medidas adoptadas en marzo de 2020 asombraron a algunos juristas¹⁷ y sembraron el desconcierto en el ciudadano medio. Ello se vio agravado a finales de 2021 cuando los Ejecutivos autonómicos adoptaron «toques de queda» en relación con los coletazos de la pandemia covid-19, y, también, cuando el Gobierno de Cataluña anuncia en diciembre del mismo año 2021 nuevas restricciones a la movilidad nocturna. En ambos casos, y según mi criterio, en flagrante contradicción con la normativa constitucional (Matia Portilla, 2021), es decir, acordando serias restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas sin contar siquiera con la cobertura legal del estado de alarma (Garrido

¹⁶ 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 crac del 29, el trabajo de Faramiñán Gilbert (2020b).

¹⁷ Cfr. el trabajo de Presno Linera (2020).

López, 2021a)¹⁸. Pero veamos el contexto en que se produce todo ello, pues la pandemia causada por la covid-19 ha comportado una grave crisis de salud pública que alteró significativamente no solo el discurrir cotidiano de la vida ciudadana, sino también el funcionamiento normal de las instituciones y poderes públicos. De modo que, afrontar una situación tan excepcional exigió del Estado respuestas articuladas en clave excepcional. Hemos indicado que el recurso al estado de alarma fue el mecanismo utilizado como marco rector en la gestión de la pandemia. Excepcionalidad normativa que se empleó con versatilidad inusitada para afrontar un contexto fáctico complejo.

De ahí la obligada perspectiva que planteamos en este epígrafe partiendo del análisis de situaciones análogas en lo normativo, y también la necesidad de un análisis riguroso del impacto que las previsiones contenidas en los distintos decretos de declaración y prórroga de dicho estado excepcional han proyectado en otras situaciones de nuestro sistema constitucional¹⁹.

5.1. Crisis de los controladores aéreos y estado de alarma

Cabe recordar que ni con ocasión de la tentativa golpista del 23-F se activaron los estados de alarma, excepción o sitio del artículo 116 de la Constitución, luego hablar de derecho excepcional, en general, y en concreto de estado de alarma, representaba –al inicio de

¹⁸ Por su atemperado y extensivo análisis de la regulación constitucional de los estados de emergencia, del artículo 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 considero que analiza con sano criterio jurídico las decisiones que adoptan los titulares del poder de excepción y 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.

¹⁹ Desde una perspectiva amplia, la obra colectiva coordinada por las profesoras Carmona Contreras y Rodríguez Ruiz (2022).

la pandemia y hasta cierto punto— un ejercicio de ficciones jurídicas, ya que sobre el estado de alarma solo contábamos con el episodio de la situación decretada el 4 de diciembre de 2010, con ocasión de la crisis de los controladores aéreos. En aquel caso²⁰ una serie de conflictos laborales habidos entre la 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. El colectivo de controladores aéreos venía pugnando por una serie de mejoras retributivas y laborales contempladas en un convenio colectivo firmado con AENA en el año 1999, que podían verse alteradas por decisión gubernamental²¹. Ante la situación de colapso aéreo no quedó entonces más remedio que decretar, primero y como instrumento negociador, la militarización de los aeropuertos. Pero la medida no funcionó como esperaba el Ejecutivo y, seguidamente, se decretó el estado de alarma, por el cual todos los controladores sin excepción pasaban a situación de «movilizados» y sometidos a las autoridades castrenses del Ejército del Aire.

En efecto, se trataba de una situación anómala e insólita por ser la primera vez en nuestra historia democrática en la que se decretaba el estado de alarma. Y en aquella tesitura muchas fueron las cogitaciones sobre su posible adecuación legal y constitucionalidad. Sobre tales acontecimientos han reflexionado con rigor los profesores Carlos Vidal y David Delgado, intentando dar respuesta al asunto de 2010, sobre todo incidiendo en la vía procedimental utilizada por el Gobierno y en su interpretación forzada de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados excepcionales configurados en la Constitución, y que puso en cuestión ciertas garantías de nuestro modelo jurídico y constitucional. Al hilo, los autores que acabamos de citar consideran que conseguir la vuelta de los controladores al trabajo mediante su militarización es más que discutible, siendo aquel el elemento crítico de la cuestión, pues tal objetivo es, para ellos, claramente inconstitucional (Vidal Prado y Delgado Ramos, 2011, pp. 255-256).

Aquel precedente generó análisis doctrinales de calado como los que indicamos, donde se incide con tino en la valoración jurídica sobre si eventualmente o en el futuro podría acudir a un instrumento similar en circunstancias —como reseñan los profesores Vidal Prado y Delgado Ramos (2011)— en las que los poderes públicos se viesan ante similar tesitura, o fuesen más allá de un conflicto laboral de calado que afectase a sectores esenciales. Hasta que se produjo esta primera declaración, siempre se había pensado que este instrumento

²⁰ Véase el trabajo de Lecumberri Beascoa (2020, p. 46) y la aportación, en la misma línea, de Faramiñán Gilbert (2020b, p. 8).

²¹ El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, ponía en solfa tal expectativa y dio lugar a que los controladores incrementaran su presión hasta el punto de abandonar su desempeño profesional, alegando masivamente cuadros clínicos de «estrés» de dudosa justificación, lo que provocó el cierre del espacio aéreo español, pues las torres de control aeroportuarias se colapsaban.

específico estaba particularmente concebido para situaciones de caos provocadas fundamentalmente por catástrofes naturales o situaciones pandémicas como la vivida.

En aquel entonces, y mediante Real Decreto 1673/2010, apoyándose en el artículo 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. La medida consistió en el citado decreto por el que 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 artículo 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 15 días previstos en la declaración del estado de alarma, la autorización del Congreso para prorrogar la alarma durante cuatro semanas más²². Lo curioso del caso es que el cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010 fue una estricta decisión política, como indica el auto de archivo dictado en 2014 por el magistrado Vázquez Taín, o sea, un cierre patronal de AENA y no exactamente una huelga como pudo presentarse en su momento; y así lo corroboran más de veinte decisiones judiciales tomadas por distintos juzgados españoles, que han conocido de las eventuales responsabilidades de los controladores aéreos en aquella ocasión.

5.2. Estado de alarma por la covid-19 en marzo 2020

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 quebrantaron los precintos constitucionales, amenazado los derechos fundamentales. Mientras la sociedad española digería el anuncio de la pandemia y sus efectos mostraban la tragedia, apreciamos, 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 hoy se decretan medidas draconianas, quienes las dictan parten o presuponen el sentido cívico de la ciudadanía que, aun con excepciones, suele mostrar –como fue el caso– una responsabilidad encomiable.

²² Ello tuvo lugar mediante el Real Decreto 1717/2010. A este respecto, ilustrativo y en su integridad, el trabajo aludido de Vidal Prado y Delgado Ramos (2011, pp. 244 y ss.).

El Real Decreto 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 sensato negaría la necesidad de establecer restricciones ante la magnitud de la pandemia. En tal tesitura 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 banalización 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).

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). No en vano, desde los primeros compases en marzo de 2020, algunos constitucionalistas advertimos 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 artículo 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 artículo 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 el 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 contempla que el decreto de alarma puede acordar medidas, como 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 dis-

puesto 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 de corte sancionador, como luego se encargaron de corregir los tribunales.

En efecto, la crisis sanitaria de la covid-19 dio lugar al Real Decreto 463/2020 y sus sucesivas modificaciones y prórrogas²³, con las consiguientes limitaciones a 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 artículo 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 instructiva. Pero tenemos presente que la desobediencia y, en su caso, resistencia a la autoridad solo puede entenderse como desobediencia a una orden concreta y puntual emitida por un 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 el requerimiento policial²⁴ concreto. De modo que el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede calificarse automáticamente como infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, y de ahí la inseguridad jurídica que advertimos en su día (Marín Gámez, 2020), 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

²³ La controversia doctrinal entre distintos sectores jurídicos se centró durante meses en la disyuntiva entre la contingencia de la 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 STC de 14 de julio de 2021, que 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 50 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.

²⁴ Quizá convenga recordar al respecto que el vigente artículo 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 con base en aquellas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

fundamentales y libertades públicas no son viables sin seguridad, pues solo dentro de un marco de certeza jurídica adquieren sentido los mismos. La magnitud de la crisis sanitaria requería –claro está– prontas medidas de confinamiento, aislamiento social y algunas restricciones de derechos, pero no la exclusión de los mismos.

Reparemos en 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, ya 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 administrativa²⁵ 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 manera que si el legislador considera necesarias nuevas sanciones (Cano Campos, 2020) o castigos específicos por conductas contrarias al estado de alarma, deberá aprobar la correspondiente legislación al respecto y no utilizar la normativa existente²⁶ de modo torticero.

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

El sucederse de acontecimientos pandémicos hizo que las autoridades políticas fueran adoptando 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 la covid-19 más que ola semejava 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 básicos). O sea, se estaban constriñendo o –en algunos casos– cercenando facultades constitucionales esenciales ante la convulsión de un motivo poderoso: la renovada virulencia de la pandemia; y ello bajo vigilancia policial o del Ejército. Hasta aquí nada que objetar si no fuera

²⁵ 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 (2021a).

²⁶ Quizá no esté de más recordar el alegato de Hannah Arendt (2006) 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.

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 solo 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 estas no tienen competencias y, además, tampoco les pueden ser transferidas.

En esta ocasión, y desde las instancias políticas, se apelaba a la denominada cogobernanza; evocador vocablo si no fuera porque, en España y en términos jurídicos, carece de contenido, y cuyo dudoso contorno conceptual resta efectividad a su acción frente a los estragos del virus. Aquí, la llamada cogobernanza es, hoy por hoy, una entelequia debido a la múltiple (y pujante) concurrencia etnoterritorial (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 cogobernanza que acabamos de referir. Pero España no es Alemania, donde la lealtad federal²⁷ (*Bundestreue*) resulta indiscutida. En un

²⁷ Este principio, como señala el profesor Eliseo Aja, se ha desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pese a que no se encuentra explícito en su Constitución, pero se entiende, especialmente a partir de 1952, que deriva del «principio federal» que recoge el artículo 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 profesor 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 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

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 aquí. De ahí que seguramente sea artificioso hablar en España de cogobernanza sin matizaciones²⁸.

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 cogobernanza²⁹. Quedando así siempre la pelota, de uno u otro modo, en tejado ajeno. Asistimos entonces a un giro de acontecimientos propiciado por el Real Decreto 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 transferidas³⁰.

Las mismas dudas generó entonces la actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por no ser considerado foro para tal «cogobernanza» y, desde

procelosa realidad territorial española, reflejada en la propia terminología que emplea el tribunal: lealtad constitucional, colaboración leal, y otros eufemismos de corte literario (cfr. Observatorio de Derecho Público, <https://idpbarcelona.net/recordatorio-del-principio-lealtad-federal/>).

²⁸ 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 ajenas a la lealtad federal o constitucional aludida. Estos líderes autonómicos (aunque –por fortuna– no todos) están interesados en diferenciarse entre sí y, de paso, rentabilizar su posición territorial 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 poco se avanzará mientras este axioma de nuestro modelo autonómico heterogéneo no supere la contienda con el Estado y, además, desactive el conflicto múltiple de concurrencia etnoterritorial. Es decir, no cabe optimismo mientras los dirigentes autonómicos continúen tomando decisiones más orientadas a distinguirse entre sí que en pos del interés común. Sobre tales ambigüedades, incertidumbres y sus efectos, García Cuadrado (1994, pp. 85 y ss.).

²⁹ Cabe reseñar la aportación de Nader y Fuchs (2021, pp. 444 y ss.) en su estudio comparado sobre la respuesta de los países federales y no federales ante la pandemia, y las connotaciones sobre cogobernanza.

³⁰ Curiosamente, en el País Vasco se aprobó una «ley antipandemias», la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de Covid-19; ley que 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, para la adopción de medidas restrictivas de derechos básicos. Otra cosa es que en su seno se puedan poner en común problemas compartidos. 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 artículo 116 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, 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 (art. 5), a la entrada y salida de municipios y comunidades autónomas (art. 6), y a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados (art. 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 que 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 (Durán Alba, 2021).

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)³¹, 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 en 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 un elemento crucial para la limitación de derechos básicos³².

6. Pronunciamientos de la justicia constitucional

Nos centramos seguidamente en la STC 148/2021, de 14 de julio, sobre la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, y la STC 183/2021 que declara inconstitucional la prórroga de los seis meses del estado de alarma, así como el nombramiento de autoridades competentes delegadas, sin obviar el postulado de la STC 168/2021 relativo al recurso de amparo presentado contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 dentro de este mismo contexto. Y la tercera STC señala que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados, de excepción y de sitio, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados.

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

Este primer pronunciamiento, adoptado por una estrecha mayoría de seis votos a favor y cinco en contra (posiciones contrarias traducidas en sus correlativos votos particulares,

³¹ Sobre la seguridad jurídica que vertebrata todo el ordenamiento jurídico y como principio consustancial al propio derecho, el libro de Cabello Fernández (2021, pp. 12 y ss.); e incidiendo en el criterio garantista Vidal Prado y Delgado Ramos (2011, pp. 264-265).

³² Sobre la entidad de tales derechos, el trabajo de Bilbao Ubillas (2020).

que analizamos después), declara inconstitucional parte del Real Decreto 463/2020 y los términos «modificar o ampliar» del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020. La STC 148/2021, y en gran 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 Real Decreto 463/2020, es decir, en si hubo o no suspensión de dicho derecho fundamental (Prieto Sanchís, 2003, pp. 106 y ss.). 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–³³ 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 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 la pandemia. El Tribunal Constitucional considera que el confinamiento generalizado de la población –de toda la población y para todo el territorio nacional–, impuesto por el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, es inconstitucional por contrariar el artículo 55.2 de la CE *a contrario sensu*, y el artículo 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. gr.* 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 disidentes³⁴ con la STC 148/2021.

La STC 148/2021 basa su razonamiento en que las restricciones acordadas constituían una suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, y que ello las hacía incompatibles con el artículo 55 de la Constitución, precepto que establece que la

³³ Sobre la doctrina constitucional discrepante destilada por el propio Tribunal Constitucional, el trabajo de Ahumada Ruiz (2000).

³⁴ La STC 148/2021 fue aprobada por seis magistrados y tuvo cinco votos en contra, emitiendo cada uno de ellos votos particulares. Sobre la entidad de los votos discrepantes en el Tribunal Constitucional, Cámara Villar (1993). En el caso de la STC 148/2021, los votos discrepantes giran sobre dos hitos argumentales que justifican que el confinamiento total de la población decretado no supone una suspensión de la libertad de circulación *ex artículo 19* de la CE, por más que esta medida sea una restricción extrema de esta libertad; así lo registra en sus notas conclusivas el profesor Álvarez García (2021a, pp. 19-20).

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 futuro³⁵. 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 aceptada, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales³⁶. 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 artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio para los casos de quienes «sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables». Creo que del citado pronunciamiento del Constitucional cabría destacar lo siguiente:

- 1.º 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».

³⁵ De la exégesis de la STC 148/2021, 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>

³⁶ Véase 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 el 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 artículo 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.

- 2.º 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, entendiéndose por tal la «cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos».
- 3.º 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 artículo 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.
- 4.º 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 juez constitucional: 1. Las normas generales, ordinarias o de carácter excep-

cional, 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 religiosa³⁷: 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 (García Manzano, 2021)³⁸. De ahí que el 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 fundamentales³⁹, y no una mera limitación o restricción propias del estado de alarma, quedando pues vedadas para el estado de alarma y solo siendo factibles, bajo el cumplimiento de otras premisas, mediante los estados de excepción y de sitio⁴⁰.

6.2. La STC 168/2021 sobre el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020

El Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que decidió suspender el cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en

³⁷ Cfr. el extenso trabajo de Gutiérrez del Moral (2021). También Barrero Ortega (2022).

³⁸ Sobre el valor hermenéutico vinculado a ello, el trabajo de León Alonso (2016, p. 235).

³⁹ Sobre la afectación de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional sobre el significado de la limitación y de la suspensión de los derechos fundamentales, en 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).

⁴⁰ Cfr. Presno Linera (2020, pp. 25 y 26).

tramitación motivó la presentación de un recurso de amparo, que se resolvió en la tercera de las sentencias que estamos comentando. La mesa levantó la suspensión el 7 de abril de 2020 y comunicó que entendía que la suspensión que se había producido era «una medida adecuada y proporcionada a las circunstancias sanitarias y de salud pública concurrentes». El tribunal otorga el amparo a los recurrentes entendiendo que dicha suspensión vulneró el derecho fundamental de participación política de los recurrentes (art. 23 CE). A estos efectos recuerda el tribunal su doctrina sobre «el "ius in officium" del parlamentario, cualquiera que sea el órgano legislativo al que pertenezca», entendiendo «que el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, cuyo contenido se extiende al acceso y permanencia en el ejercicio del cargo público, así como a desempeñarlo de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas, correspondiendo establecer su delimitación, sentido y alcance a los reglamentos parlamentarios» (FJ 3.º B). Y el tribunal relaciona ese derecho fundamental con la importantísima función parlamentaria que tienen las Cortes Generales: el control político del Gobierno y, en el caso concreto, del Congreso de los Diputados la función de exigencia de responsabilidad política. Así, indica el tribunal que «en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar, haciéndolo a través de los instrumentos que le reconoce el título V de la CE y mediante el procedimiento que establezca el Reglamento de la Cámara para cada caso» (FJ 3.º B). Esto es especialmente relevante. El sistema parlamentario que nuestra Constitución crea se asienta sobre la doble confianza Parlamento-Gobierno. Desde su origen, desde la investidura del presidente del Gobierno (art. 99 CE), el ejecutivo debe contar con la confianza del Congreso de los Diputados para existir como tal. Además, el Gobierno ha de seguir contando a lo largo de todo su mandato con la confianza parlamentaria, puesto que las Cortes controlan políticamente al Gobierno y garantizan, en su faceta de impulso político, que se respete el pluralismo. Y el ejercicio de esa función de control es esencial, incluso en los momentos extraordinarios que supone la declaración del estado de alarma. Así, indica el tribunal que «si la proclamación de alguno de los tres estados «no modifica» la responsabilidad política del Gobierno y corresponde al Congreso de los Diputados la exigencia de tal responsabilidad a aquel por la gestión de sus funciones, potestades o atribuciones, sin distinción de situaciones, los diputados, en el ejercicio de su derecho de participación política, tienen, como una de sus más caracterizadas funciones, la de controlar y, en su caso, exigir responsabilidad política al Gobierno por su gestión, porque la Constitución (art. 116.6 CE) no ha establecido modulaciones ni alteraciones en su configuración o intensidad a aquella responsabilidad» (FJ 3.º B). El incierto papel de las minorías en las Cortes, incluso de la oposición, y la rígida disciplina de los grupos parlamentarios están modificando la forma de ejercer las funciones parlamentarias, y de manera grave esa situación se ha modificado durante la vigencia del estado de alarma. Con carácter general, los grupos minoritarios en las cámaras no han sido alternativa de gobierno y, por ello, a veces ni siquiera se ha contado con ellos para establecer acuerdos, salvo que sea imprescindible su apoyo a la hora de formar Gobierno. Parece que ha primado exclusivamente la matemática, de tal forma que el objetivo del acuerdo no ha sido tanto el contenido, sino el número de votos necesario para que cualquier iniciativa fuera aprobada. Por ello, el tribunal recuerda que el funcionamiento

del Congreso de los Diputados, junto con el de los demás poderes constitucionales del Estado, «no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados excepcionales (arts. 116.5 CE y 1.4 LOAES) y, como hemos señalado anteriormente, la citada Cámara disponía de medios alternativos para asegurar la continuidad de su funcionamiento durante la vigencia del estado de alarma, por lo que aquel argumento no puede justificar la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria de la Cámara» (FJ 5.º B).

Aunque la Constitución solo se refiere al Congreso, la doctrina entiende que la esa imposibilidad de disolución alcanza también al Senado, puesto que el precepto continúa refiriéndose a que «las Cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones». Y así recordamos al hilo de esta situación que «las cláusulas tendentes a garantizar la existencia y la presencia del Parlamento tienen particular sentido en todos aquellos casos en los que el estado excepcional puede ser declarado, aunque sea provisionalmente, por el Gobierno (Cruz Villalón, 1984, p. 131). La finalidad de los instrumentos de control es conseguir que el pueblo tenga noticia de las actividades del Gobierno, y que se adquiriera acerca de esas actividades una visión crítica. Y esa finalidad adquiere especial notabilidad en momentos graves, puesto que «la función constitucional de control que debe ser ejercitada con la máxima intensidad durante un estado excepcional, como en este caso el estado de alarma, para garantizar de ese modo los derechos de los ciudadanos y el propio Estado de Derecho» (FJ 5.º B). El pluralismo significa, en el ámbito parlamentario, garantía de participación en el control y en las restantes competencias parlamentarias de los grupos, al margen del número de miembros. En cierto sentido, las Cortes Generales se encargan de marcar los límites, condicionar y controlar la actuación del Gobierno.

6.3. La STC 183/2021 sobre el Real Decreto 926/2020

El segundo pronunciamiento del Alto Tribunal que comentamos estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró un ulterior estado de alarma; 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. En esta STC 183/2021 se declara la inconstitucionalidad de la prórroga de los seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas fijado en la norma impugnada. Y un tercer pronunciamiento del Constitucional señala que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados, de excepción y de sitio, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados⁴¹.

⁴¹ A mayor abundamiento, Álvarez Vélez (2021).

El Tribunal Constitucional estimó que, tras el primer estado de alarma, el ulterior 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 recurso⁴² de inconstitucionalidad promovido por más de 50 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 la 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, de cuyas discrepancias nos ocuparemos más adelante.

Tras el precedente comentado en el epígrafe anterior relativo al primer estado de alarma pandémico, 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.

⁴² El recurso de inconstitucionalidad promovido por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox planteaba que el segundo estado de alarma era contrario a los artículos 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 solo cada dos meses ante el pleno de la Cámara para dar cuenta parlamentaria del devenir de la situación pandémica y de las medidas acordadas. Cfr. el trabajo de Cano Campos (2020, pp. 289 y ss.).

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 artículo 116.1 de la Constitución reserva la regulación de los estados anómalos o de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes. Abunda dicha 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 artículos 5 a 11. En concreto, anula el apartado 2 del artículo 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 artículo 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 ulterior estado de alarma, el magistrado ponente deja constancia de que también es nulo el inciso primero del artículo 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 «cogobernanza» con las autonomías en la gestión de la crisis pandémica.

Pese a las sombras y polémicas, las sentencias comentadas arrojan luz sobre cuestiones cruciales en situaciones excepcionales o críticas. De modo que, a las declaraciones de constitucionalidad de algunas de las medidas adoptadas mediante la declaración del estado de alarma, se esclarece el horizonte futuro sobre el alcance de la limitación o suspensión. Al mismo tiempo, el juez de la Constitución alumbró en los fallos comentados aspectos relativos a la alteración del marco constitucional de distribución del poder entre las Cortes y el Ejecutivo, además del ámbito de las relaciones entre el Estado y las autonomías, ya que la excepcionalidad jurídica supone una fractura del marco competencial previsto en la Constitución. Considero relevante, pues, que en estas decisiones el Constitucional haya insistido en la proporcionalidad y la relevancia del control parlamentario sobre los actos gubernamentales, y ello es especialmente importante en situaciones excepcionales, es decir, cuando el ejercicio regular de los derechos básicos o el funcionamiento ordinario de las instituciones no es posible⁴³.

7. Síntesis de los votos particulares en las SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021

En este epígrafe reseñamos las posibilidades efectivas de debate jurisprudencial que se ven propiciadas a través de las opiniones discrepantes relativas a las decisiones del Alto

⁴³ En este punto me permito llamar la atención sobre el denominado «derecho a tener derechos», en el sentido aludido por Arendt (2006, pp. 410-411). Así como las conclusiones alcanzadas por Álvarez Vélez (2021, pp. 571-574).

Tribunal que comentamos, tanto en la STC 148/2021, que fue aprobada por seis magistrados y tuvo cinco votos en contra, emitiendo cada uno de ellos votos particulares, como en la STC 183/2021, en que el juez constitucional estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado frente al Real Decreto 926/2020, 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. En ambos casos se ahonda en la necesidad de análisis y sujeción de la ley a un control de validez jurídica como tema recurrente en materia constitucional y, también, como elemento básico de justificación de la existencia de un verdadero Estado de derecho. De modo que las opiniones discrepantes son, del mismo modo, presupuesto metodológico que debemos tener en cuenta en el análisis de la justicia constitucional⁴⁴.

Con distintos argumentos, todos los discrepantes coinciden en que las medidas decretadas deberían haber sido declaradas constitucionales, ya que no las consideran suspensiones, sino limitaciones de derechos fundamentales, y que por ello fueron adoptadas debidamente en el estado de alarma. Recordemos que la STC 148/2021 fue aprobada por seis magistrados y contó con cinco votos en contra y sus correlativos votos disidentes. En la decisión 148/2021, los votos particulares pivotan sobre el hito argumental que justifica que el confinamiento total de la población decretado no supone suspensión de la libertad de circulación ex artículo 19 de la CE, por más que esta medida sea una restricción extrema de esta libertad. A ello se suman las opiniones críticas (López Basaguren, 2022)⁴⁵ con la jurisprudencia constitucional dictada sobre la materia que se suceden en los posteriores pronunciamientos del Constitucional, y, naturalmente, contradicen la solución jurisprudencial final.

En cuanto a los votos particulares a la STC 168/2021, destaca el formulado por la magistrada Balaguer Callejón, al que se adhiere el juez Xiol Ríos. En él manifiesta su desacuerdo en el otorgamiento del amparo, ya que considera que la Mesa de Congreso actuó adoptando una medida proporcional, dado que –dice– la limitación del ejercicio del derecho a la participación política tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 de la CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 de la CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en circunstancias pandémicas. Erige el segundo de los votos particulares el actual presidente del tribunal, el magistrado Conde-Pumpido, quien usa un argumento afín en cuanto al canon de proporcionalidad y entiende además que la función de control al Gobierno, por exigencia del artículo 116 de la CE es –a su juicio– la que debe ser salvaguardada con mayor intensidad durante la vigencia del estado de alarma, y esta función no decayó, ni sufrió interferencia grave, durante el breve periodo

⁴⁴ Cfr. Cámara Villar (1993, pp. 8 y ss.).

⁴⁵ Del mismo autor, aunque en clave más divulgativa (18 de marzo de 2020 y 25 de agosto de 2020).

de suspensión de los plazos de tramitación. Finalmente, el tercer voto particular lo plantea el entonces presidente, González Rivas, quien manifiesta que su inicial discrepancia se refiere a la metodología, ya que –dice– la sentencia reconoce explícitamente el análisis de inconstitucionalidad de la Decisión de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 y la nulidad, lo que supone realizar un examen de tipo abstracto sobre la conformidad con la Constitución de la Decisión de 19 de marzo de 2020, y –añade– que esta constricción del derecho a la participación política, considerada en las condiciones de los meses de marzo y abril de 2020, aparece proporcionada al logro de los bienes jurídicos ya referidos, al configurarse como una regla general y no como una previsión absoluta.

Por su parte, la STC 183/2021, de 27 de octubre, cuenta con opiniones jurisprudenciales discrepantes en línea con lo señalado anteriormente. Así, se presentaron cuatro votos particulares. El primero de ellos, emitido por la magistrada María Luisa Balaguer, remitiéndose en parte al que ya formuló en relación con la STC 148/2021, justifica su discrepancia tanto sobre las autoridades delegadas como sobre la duración temporal de la prórroga. Sobre lo primero recuerda Balaguer Callejón que si la finalidad de la declaración de cualquier estado de urgencia es adoptar medias para recuperar lo antes posible el estado de normalidad constitucional, parece razonable sostener que tales medidas sean lo menos perturbadoras posible del modelo de distribución de poderes (horizontal, vertical y territorial) que se haya llegado a configurar en una situación de estabilidad constitucional. Y, sobre la extensión de la prórroga a seis meses, indica que debiera haber sido evaluada evitando toda consideración de oportunidad política y evitando la conexión del juicio de constitucionalidad con el contenido de las medidas adoptadas y su mayor o menor grado de delegación.

La segunda opinión disidente la formula el magistrado Conde-Pumpido mediante un voto particular, en el que interpreta que el plazo de duración de la prórroga previsto en el acuerdo parlamentario satisface el juicio de proporcionalidad al tratarse de un plazo cierto y ajustado a las circunstancias derivadas de la situación de emergencia provocada por la pandemia, explicitadas en la decisión del Congreso de los Diputados. Plazo de seis meses que, por otra parte, no ha de entenderse como rígido, puesto que, si la situación de crisis desapareciera, su desactivación debería ser automática en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2 LOAES), bajo el control parlamentario en todo caso. Disiente también de la inconstitucionalidad declarada en la sentencia sobre la delegación realizada, pues en un Estado autonómico –dice el magistrado– se permite la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas, tanto en el caso de estados de alarma territorializados como en el caso de estados de alarma que afecten a la totalidad del territorio. Por su parte, el magistrado Xiol Ríos emite el tercer voto particular al respecto, y se refiere también al voto particular que emitió en relación con la STC 148/2021, además de añadir su discrepancia tanto con el punto de partida dialéctico de la decisión del Constitucional, como con el contenido de la argumentación. Indica Xiol que las reglas del discurso dialéctico exigen, tal como plantea la demanda, resolver en primer término la cuestión relacionada con el alcance y la constitucionalidad del real decreto y de la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas; y solo después, en el caso de que se aceptase su constituciona-

lidad, examinar la constitucionalidad de las medidas desde el punto de vista de la legalidad constitucional y de su proporcionalidad; y, en último término, la procedencia o no de la prórroga desde el punto de vista constitucional en atención a las condiciones en que tuvo lugar.

Por último, también emite voto particular quien entonces presidía el tribunal, González Rivas, que disiente singularmente de la interpretación que en la decisión jurisprudencial se contiene de la prórroga del estado de alarma. Según parecer de González Rivas, sí 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, y –añade– el Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado. Desde su lógica interpretativa el decreto que autorizaba la prórroga no ejercitó 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.

Luego, cuatro votos particulares objetaron el criterio final de la STC 183/2021, votos propicios a que el derecho a la salud justifica las medidas adoptadas entre octubre 2020 y mayo 2021. En concreto, los magistrados disidentes fueron los reseñados anteriormente, contando entre ellos al presidente. Así, los 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, fue concluyente para 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 despojó 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 ejercitó 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 concluye 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 ejercitó 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».

Tras la síntesis de los votos particulares reseñados se llega a colegir que en la labor interpretativa de los mismos se utilizan una serie de principios como parámetros de control que no necesariamente figuran en los textos constitucionales y que crean *ex novo*, reinterpretando, innovando y, a veces, escapando a las constricciones que marcan los contenidos del texto constitucional. Incluso se hace uso de técnicas y reglas hermenéuticas que mutan o alteran la aplicación normativa conforme a un «deseable equilibrio de poderes» o la hipotética vinculación de los mismos. Así, por ejemplo, la magistrada Balaguer Callejón, cuando discrepa no solo del fallo de la sentencia, sino también de todo el proceso lógico y de la argumentación desarrollada por el pleno. De hecho, en su discrepancia expone por qué razón el desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional de excepción, formulado por el tribunal, carece de conexión con el diseño actual del Estado autonómico, y pretende una interpretación «originalista» e incoherente de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad, que no es posible explicar desde una visión actual de nuestra normativa constitucional.

8. Conclusiones: Reformulación del derecho de crisis a la luz constitucional

La irrupción de la pandemia de la covid-19 favoreció la aceptación de medidas restrictivas de derechos y ciertas desviaciones de poder. La pandemia ha suscitado una serie de dilemas jurídicos para los sistemas democráticos. Dilemas referidos a las medidas restrictivas de las libertades y de concentración de poder que tensionan la lógica tecnocrática en la toma de decisiones y la política (Álvarez García, 1996)⁴⁶. Por eso, y tras lo antes expuesto, planteamos las siguientes conclusiones:

⁴⁶ Y del mismo autor (2021a y 2021b).

A) Si ha ocurrido una vez, puede suceder más veces. Por ello, ya que conocemos de rebrotes, de futuribles pandemias, de sus efectos y de las decisiones álicas adoptadas al respecto, la pregunta gira sobre qué medidas adoptar, qué instrumentos jurídicos emplear y cómo abordar tales situaciones sin pagar un precio elevado en términos jurídicos⁴⁷. Nuestra propuesta parte de los criterios sentados al efecto por el Tribunal Constitucional español y la doctrina especializada. Compartimos pues el parecer del profesor Álvarez García (2021a) cuando insiste en que se hace necesaria una norma frente a las pandemias, ya que solo contamos con un escueto precepto a tal efecto. El sistema jurídico ha mostrado fallas y lagunas, con el consabido perjuicio para los derechos fundamentales. Deficiencias que –como hemos visto– pueden ser utilizadas de modo equívoco o torticero por el poder establecido. Siguiendo el atinado planteamiento del profesor Álvarez García, proponemos una reordenación del derecho de crisis español y la mejora de la normativa específica para la lucha contra las grandes epidemias que eventualmente puedan presentarse. De ahí que se deba regular un estado constitucional de pandemia, y articular una autoridad administrativa independiente, es decir, ajena a los vaivenes gubernamentales capaz de gestionar las crisis más extremas y, en particular, para hacer frente a las grandes crisis de salud pública⁴⁸. Respecto de la conveniencia de erigir una autoridad administrativa independiente ante coyunturas como la descrita, cabe indicar que son escasos los países que regulan o plantean en sus agendas de políticas públicas la inclusión de esta cuestión a través de reformas constitucionales, legislativas o reglamentarias. Y ello se nos antoja poco alentador, porque impide contar con un cuerpo funcional solvente, estable y con experiencia en un campo tan preciso⁴⁹. No cabe duda de que adoptar medidas sanitarias para combatir una pandemia comporta indefectiblemente afectar a derechos fundamentales. Pero no tienen por qué verse empañadas la movilidad y las costuras jurídicas de otros derechos básicos concernidos por la libertad de circulación de las personas del artículo 19 de la Constitución. Constatamos como las medidas tendentes a evitar aglomeraciones afectaban al derecho citado y también a la intimidad familiar del artículo 18.1, a los derechos de reunión y de manifestación del artículo 21, a la libertad religiosa del artículo 16, al derecho a la educación del artículo 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.

⁴⁷ Cfr. Faramiñán Gilbert (2020a, pp. 1 y ss.) y las conclusiones en (2020b, pp. 18-21).

⁴⁸ En la introducción argumental de Álvarez García (2021a, p. 1).

⁴⁹ Cfr. con la obra de Martínez Puón (2013, pp. 24-30).

En términos constitucionales la cuestión crucial está en los límites y afectación de los derechos fundamentales puestos en juego. Planteamos, en definitiva, la insuficiencia del vigente derecho de crisis, ordinario o constitucional, pues permite la adopción de medidas sanitarias como el confinamiento total de la ciudadanía durante periodos prolongados, y dicha medida incide directamente en el contenido esencial de derechos fundamentales. Y no ocultaré mis dudas sobre si pueden tomarse medidas sanitarias apoyadas en el derecho excepcional o de crisis ahora vigente, por ejemplo, para evitar las aglomeraciones sociales. No deja de ser curioso que las cuestiones relevantes ligadas a la declaración de los estados de emergencia no se regulan en nuestra Constitución, sino mediante norma orgánica a la que se remite el texto constitucional. Resulta llamativo que lo mollar de las cuestiones ligadas a la declaración de los estados excepcionales o de emergencia no se condensan en la Carta Magna; diríamos que la Ley Orgánica 4/1981 detalla lo sustancial de los estados de alarma, excepción y sitio, mientras que la Constitución se ciñe a algunas generalidades del derecho de excepción⁵⁰ y sus medidas específicas para atajar –por ejemplo– una epidemia⁵¹. Y en tal sentido debió operar la limitación de la circulación o permanencia de personas y de vehículos durante la pandemia de la 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 o del derecho a la educación, entre otros. 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 artículo 55.1 de nuestra Constitución. Es indubitada la evidencia de que el estado de alarma no es el instrumento adecuado para combatir una

⁵⁰ Entre las medidas específicas citaremos las reguladas en el artículo 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 artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, concreta un listado de medidas sanitarias específicas como 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.

⁵¹ Entre las medidas generales destacamos las previstas en caso de riesgo de carácter transmisible del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP).

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 artículo 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 artículo 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 calibre. Y 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 extrema⁵² 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 occidental⁵³. De lo que se trataría es de procurar mejoras ante eventuales rebrotes y, desde luego, para la gestión de futuras crisis sanitarias de alcance global con efectos perdurables y lesivos. 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

⁵² 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).

⁵³ Cfr. Garrido López (2021a), 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.

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 pandemia⁵⁴, siendo ejemplo paradigmático y excesivo de la «legislación motorizada» los casos de Italia y España, países que emplearon con profusión los decretos-leyes que, en el ámbito gubernamental, cabe adoptar, al amparo de los artículos 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 13 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. Consideramos que hacer frente a una situación de crisis tan grave como 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 que 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 artículo 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 de la covid-19 fue inapropiada en términos constitucionales. Quizá hubo premura o precipitación –no lo dudamos–, pero la opción no

⁵⁴ 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. Sobre este extremo comparativo interesa destacar la aportación del profesor Ruiz Robledo (2019, p. 84), en cuya primera anotación indica textualmente que, en el Reino Unido, «la *Coronavirus Act 2020* se tramitó en menos de una semana (del 19 al 25 de marzo de 2020), incluido el *Royal Assent* (United Kingdom, 2020). Por su parte, la irlandesa *Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020* solo necesitó dos días de tramitación, el 19 y 20 de marzo (Ireland, 2020)». Y como el propio Ruiz Robledo indica, para una panorámica completa del derecho de crisis adoptado por los distintos Estados es muy útil consultar la recopilación del Centre for Civil and Political Rights de Ginebra (CCPR, 2020).

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 artículo 18.1 de la Constitución, ya que su artículo 55.1 permite suspender el artículo 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 sitio⁵⁵. 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 pandemias⁵⁶, ni tampoco existe en el ámbito global sobre el que actúa la Organización Mundial de la Salud⁵⁷, y puesto que carecemos de una apuesta trasnacional 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 García⁵⁸ 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

⁵⁵ Cfr. Álvarez García (2021a), *in fine*.

⁵⁶ 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).

⁵⁷ 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 de la 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; directrices en: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/maintaining-essential-health-services-and-systems>

⁵⁸ Criterio fundado del profesor Álvarez García (2021a), *in fine*. Y en sintonía argumental el criterio conclusivo del trabajo de Sieira Mucientes (2018, pp. 392-393).

de naturaleza organizativa⁵⁹; 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, mientras 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 emergencia⁶⁰; 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. De ahí la conveniencia de reformar⁶¹ la Constitución en el sentido de incorporar una nueva categoría de emergencia, que bien podría denominarse «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 artículo 55 de la Constitución, cuando concurren crisis sanitarias extremas que hagan necesarias medidas radicales.

⁵⁹ La cuestión gira sobre la reorganización del aparato administrativo para la lucha contra las pandemias, habida cuenta de que en la pandemia de la 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 dudoso ejemplo de la adquisición de material clínico y de protección de los sanitarios). Dicha reorganización 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.

⁶⁰ Con toda justeza el profesor Álvarez García (2021a) 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.

⁶¹ Ante las prevenciones que suscita la sola mención a la reforma constitucional, acudamos a la obra conjunta de Ugartemendía Uceizabarrena y Donaire Villa (2020); texto que además de valor jurídico y comparativo añade garantías en el caso de una reforma constitucional opuesta a algún principio democrático fundamental, o una incompatible con los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Ahumada Ruiz, M. A. (2000). La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. Rationes decidendi en la Sentencia 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 155-188.
- Aldecoa Luzárraga, F. (2020). El coronavirus está exigiendo más federación europea. *Newsletter CFEME*. https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/ecdc_es
- Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en Derecho Público*. Civitas.
- Álvarez García, V. (2021a). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su ordenación futura. *Revista General de Derecho Administrativo*, 58.
- Álvarez García, V. (2021b). Los fundamentos del derecho de necesidad en tiempos de la Covid-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 297-314.
- Álvarez Vélez, M.^a I. (2021). Alarma y pandemia: Problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. Comentarios a la STC 148/2021, de 14 de julio; a la STC 183/2021, de 27 de octubre; y a la STC 168/2021, de 9 de octubre. *Revista de las Cortes Generales*, 111, 547-574.
- Arendt, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- 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* (vol. II, pp. 133-157). Dykinson.
- Barrero Ortega, A. (2022). Estado de alarma y libertad religiosa. *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria* (pp. 279-297). Tirant lo Blanch.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI Editores.
- Bilbao Ubillós, J. M. (2020). Derechos sustantivos. En *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional. Los retos* (pp. 13-134). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cabello Fernández, M. D. (2021). *La seguridad jurídica*. Aranzadi - Universidad de Málaga.
- Cámara Villar, G. (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*. Ministerio de Justicia.
- Canals i Ametller, D. (2022). La crisis de credibilidad y de confianza en la ley ¿es la crisis del estado de derecho? *Revista Catalana de Dret Públic*, 65.
- Cano Campos, T. (2020). La potestad sancionadora local ante la crisis del Covid-19. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 289-310.
- Carmona Contreras, A. y Rodríguez Ruiz, B. (2022). *Constitución y pandemia. El Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant lo Blanch.
- Carro Martínez, A. (1987). Artículo 116. Situaciones de anomalía constitucional. En *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, artículos 113 a 127 (pp. 208-261). Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- Díaz Revorio, F. J. (2021). Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales. En

- Garrido López, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (pp. 119-158). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0003>
- Durán Alba, J. F. (2021). Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis Covid-19. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0010>
- Eslava Galán, J. (2021). *Enciclopedia nazi: contada para escépticos*. Planeta.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2002). Democracia y tentación totalitaria en Europa. En *La Democracia a Debate*. Dykinson.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020a). Europa ante el desafío global de la pandemia Covid-19. *Boletín de la Academia de Yuste*, 4.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020b). La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la Covid-19. *Freedoom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2.
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11, 83-116.
- García Cuadrado, A. M. (1994). El estado de alarma y su ambigua naturaleza. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 8.
- 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.
- Garrido López, C. (2021a). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons.
- Garrido López, C. (Coord.). (2021b). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*. Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0000>
- Garrido López, C. (2021c). Las limitaciones como derecho del derecho constitucional de excepción. En *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (págs. 13-34). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.9999>
- Garrido López, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 43-73.
- Gómez Sánchez, Y. (2018). *Constitucionalismo multinivel*. Sanz y Torres - UNED.
- Guerrero Vázquez, P. (2021). El impacto territorial de la crisis sanitaria. En J. Tudela Aranda (Coord.), *Estado autonómico y covid-19* (pp. 121-143). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0207>
- Gutiérrez del Moral, M.^a J. (2021). Libertad religiosa en época de Covid-19 en España: normativa estatal y normativa autonómica. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXVII, 101-197.
- Harari, Y. N. (2015). *Sapiens. De animales a dioses*. Debate - Penguin Random House.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta.
- Jiménez Ruiz, J. L. y Marín Gámez, J. A. (2014). Problemática práctica del constitucionalismo multinivel: ¿caos normativo, desconocimiento práctico o divergencia teórica? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 160, 113-146.
- Lafuente Balle, J. M. (1990). Los estados de alarma, excepción y sitio (II). *Revista de Derecho Político*, 31, 27-56.

- Lecumberri Beascoa, G. (2020). *El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado. España: estado de alarma*. (2.ª ed.). EPRS-Servicio de Estudios del Parlamento Europeo - Unidad Biblioteca de Derecho Comparado PE 652.005
- León Alonso, M. (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016. Control jurisdiccional exclusivo del TC de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4, 234-237.
- López Basaguren, A. (18 de marzo de 2020). El revuelo de la alarma. *El Correo y El Diario Vasco*, <https://bit.ly/3zaTjUc>
- López Basaguren, A. (25 de agosto de 2020). Emergencia sanitaria: apariencia y realidad. *El Correo y El Diario Vasco*. <https://bit.ly/3LVI98o>
- López Basaguren, A. (2022). El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica (comentario a las SSTC 148, 163 y 183/2021). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 237-282. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.08>
- Marín Gámez, J. A. (2020). Estado de alarma 2020: Antígenos y derechos. *Bajo Estrasdos. Revista del Colegio de Abogados de Jaén*, 51, 4-7.
- Martínez Puón, R. (2013). *Profesionalización de la Función Pública: ideal para Latinoamérica*. Colecciones de Gobierno y Administración Pública del Gipep.
- Matia Portilla, J. (2021). Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico. En *Estado autonómico y covid-19* (pp. 157-176). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0209>
- Melero de la Torre, M. C. (2020). *Legalidad como razón pública: Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Muñoz Gómez, A. (2021). El control de constitucionalidad del estado de alarma. Comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 112.
- Nader, E. y Fuchs, M. C. (Eds.). (2021). *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*. Fundación Konrad Adenauer.
- 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*, 86-87, 22-31.
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública* (pp. 15-28). Dykinson.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Ruiz Robledo, A. (2019). Problemas constitucionales del estado de alarma por la Covid-19 en España. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 38. <https://doi.org/10.22171/rej.v23i38.3353>
- Salamero Teixidó, L. (2020). *Los retos del derecho a la salud y de la salud pública en el s. XXI*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2020). Crisis sanitaria y estado de alarma en España. *Revista Estudios Institucionales*, 6(3). <https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.566>
- Sánchez Barroso, B. (2021). *El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*. Congreso de los Diputados.
- Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de Las Cortes*



Generales, 104, 361-393. <https://doi.org/10.33426/rcg/2018/104/66>

Tajadura Tejada, J. (2020). Estado de alarma y seguridad jurídica. *Revista Iustel*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1203960

Tomás Villarroya, J. (2012). *Breve historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ugartemendía Uceizabarrena, J. I. y Donaire Villa, F. J. (2020). *La triple justiciabilidad*

de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales. Aranzadi-Thomson Reuters.

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.

José Ángel Marín Gámez. Doctor en Derecho y estudios en Historia del Arte. Actualmente ejerce como profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Jaén, donde fue vicedecano, director de publicaciones y fundaciones culturales, director de proyección institucional y coordinador de programa «Universidad Abierta». Ha escrito libros, monografías y numerosos estudios sobre su especialidad jurídico-constitucional. Ha ejercido como juez y magistrado en las localidades de Martos y Jaén. Ha sido árbitro de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. Es autor de textos sobre crítica de arte. Ejerció como profesor-tutor en la UNED de Úbeda y Jaén, e investigador en la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna (Italia). Dirige tesis doctorales. Y así continúa en la labor cervantina de «cambiar el mundo», convencido de que ello no es locura ni utopía, sino justicia. En ese empeño despliega su labor profesional en distintos másteres universitarios nacionales e internacionales, escribe columnas en prensa y compone versos. <https://orcid.org/0000-0001-8132-1786>