

El Covid-19 y la ley

Posted on 30 de junio de 2021 by Manuel Aragón Reyes

I. OBJETIVO DE ESTE INFORME Este artículo, bajo el título «Informe, para la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España elaborado por el académico Manuel Aragón Reyes, acerca de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de crisis originada por la pandemia Covid-19», apareció publicado por la editorial Aranzadi en el volumen *Memoria del pleno sobre tres crisis encadenadas: sanitaria económica y social.*

El presente Informe no tiene por objeto realizar un análisis minucioso de las decisiones públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia COVID-19, así como tampoco valorarlas políticamente, sea en sentido favorable o desfavorable. Lo único que pretende es examinar los instrumentos normativos con que nuestro ordenamiento jurídico cuenta para situaciones de crisis como la producida, así como detectar, con espíritu crítico, posibles problemas jurídicos que en la aplicación de esas normas se han podido manifestar. Todo ello con finalidad de extraer enseñanzas válidas para el futuro, si es que una situación como la que tan gravemente nos está afectando ahora se reprodujese o incluso se agravase, proponiendo, a esos efectos, determinadas modificaciones normativas que quizás pudieran dotar de mayor efectividad y garantías a la necesaria actuación del Estado ante crisis de esas características.

II. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

1. Respecto de las previsiones constitucionales sobre los estados de excepción

Ante todo, expreso mi convicción de que no existen problemas insalvables en las previsiones constitucionales sobre los estados de excepción, que se estiman suficientes, de manera general, para hacer frente a cualesquiera situaciones de emergencia cuya gravedad no permita solucionarlas con los instrumentos públicos ordinarios o normales. Aunque, como después se apuntará, fuese conveniente alguna leve reforma para mejorar esas previsiones constitucionales.

Así el art. 55.1 CE permite, en los estados de excepción y sitio, la suspensión de los derechos reconocidos en los arts. 17 (libertad y seguridad, detención preventiva, asistencia de abogado, procedimiento de *habeas corpus*), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), 19 (libertad d residencia y circulación por el territorio nacional y de entrada y salida de España), 20, apartados 1.a) y d), y 5 (libertades de expresión y de comunicación y prohibición del secuestro de publicaciones), 21 (libertades de reunión y manifestación), 28, apartado 2 (derecho de huelga) y 37, apartado 2 (derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo).

No existen problemas insalvables en las previsiones constitucionales sobre los estados de excepción

La habilitación constitucional para suspender todos o algunos de esos derechos fundamentales cuando se declaren los estados de excepción o sitio resulta congruente con la gravedad y, en cada caso, la intensidad de las situaciones a las que el Estado ha de hacer frente mediante el Derecho de excepción. De ahí se deriva también que la CE ha determinado, razonablemente, que la situación de peligro que puede originar la declaración del estado de alarma es de menor entidad que las que pueden originar la declaración de los estados de excepción y sitio, y en consecuencia, no está permitido que en el estado de alarma se suspendan derechos (aunque puedan algunos limitarse, siempre de manera proporcionada, como exige cualquier limitación de derechos fundamentales).

No encontramos, pues ningún problema de exceso en el art. 55.1 CE que hiciera necesaria su inmediata reforma, aunque para el futuro convendría remediar un defecto que sí tiene (quizás porque ese precepto se redactó si prever crisis de la extensión e intensidad como la que ahora nos ocupa) introduciendo la posibilidad de suspender también el derecho de libertad de empresa.

En cuanto a la otra disposición constitucional, ésta de carácter general, sobre los estados excepcionales, contenida en el art. 116 CE (previsión de los estados de alarma, excepción y sitio), ha de subrayarse que se caracteriza por:

a) La previsión, como hacen la generalidad de las constituciones de los Estados democráticos, de un Derecho de excepción para hacer frente a crisis de todo orden que, por su gravedad, no puedan ser combatidas mediante la utilización de los medios ordinarios del Estado, es decir, a través de las normas y actos de los poderes públicos propios de las situaciones de normalidad.

b) Su carácter gradual, pues se prevé no una única respuesta excepcional, sino tres (alarma, excepción y sitio), en relación con la menor o mayor entidad de las situaciones de peligro y, en consecuencia, de la menor o mayor intensidad de las medidas a adoptar.

c) Que no se trata, en ninguno de los supuestos, del establecimiento de una «dictadura constitucional» (de tipo comisorio, por emplear términos bien conocidos que proceden del Derecho Romano), sino de un Derecho de excepción temporal, procedimental, y materialmente limitado. Por ello, dichos estados (tanto su declaración como sus prorrogas) no podrán tener duración indefinida, sino temporalmente precisa: por un plazo máximo de 15 días, el estado de alarma, por una duración que no podrá exceder de treinta días, el estado de excepción, y por la duración que el Congreso determine en cada caso, el estado de sitio (art. 116.2, 3 y 4 CE).

Además, la declaración de dichos estados deja incólume los controles democráticos, políticos y jurisdiccionales, por lo que, durante ellos no pueden suspenderse ni la división de poderes ni el funcionamiento regular de las instituciones públicas. De ahí que el art. 116.5 CE disponga que no podrá disolverse el Congreso mientras estén declarados los estados de alarma, excepción y sitio, y que «su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados». Y el art. 116.6 CE determine que «la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

d) La decisión para la declaración y prórroga de los estados excepcionales no es competencia exclusiva del Ejecutivo, sino que necesita de la intervención del Congreso de los Diputados. Así, el art. 116.2 CE, prevé que el estado de alarma podrá declararlo el Gobierno pero dando cuenta inmediatamente al Congreso, y sus prórrogas habrán de ser autorizadas por el Congreso; el art 116.3 determina que el estado de excepción será declarado por el Gobierno, pero previa autorización del Congreso, autorización que también se necesita para su

prórroga; y el art. 116.4 dispone que el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, determinando el Congreso su ámbito territorial, duración y condiciones.

e) Una ley orgánica desarrollará estas previsiones constitucionales concretando «las competencias y limitaciones correspondientes» (art. 116.1 CE).

f) En resumen, y a diferencia de lo que ocurre en las constituciones de otros Estados democráticos (por ejemplo, en Francia, y no es el único caso), la nuestra ha previsto un Derecho de excepción gradual y limitado, que no viene al alterar, sustancialmente, los principios nucleares de nuestro Estado democrático de Derecho. A mi juicio, tales previsiones constitucionales del art. 116 parecen suficientes y adecuadas para hacer frente, con eficacia y garantías, a las situaciones de emergencia y, por ello, no precisan de ninguna reforma.

2. Sobre las previsiones de la Ley Orgánica 4/1981, de 26 de diciembre, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio

Es cierto que dicha Ley (a la que llama el art. 116.1 CE), dictada en los comienzos de la nueva etapa de nuestra vida política que inaugura, el 27 de diciembre de 1978, la Constitución, difícilmente podía prever con exactitud un problema de tanta gravedad y extensión (nacional e internacional) como el originado recientemente por la pandemia Covid.19. Por ello cabría plantearse, a la vista de lo sucedido, si esa Ley debiera reformarse para cubrir mejor situaciones similares que pudieran producirse en el futuro.

Sin perjuicio de que toda ley puede ser mejorada, sin duda alguna, y que quizás fuera conveniente que ésta se modificase con tal objetivo, nuestra opinión es que, en su texto actual, la Ley orgánica 4/1981, correctamente interpretada, permitía hacer frente a la crisis ocurrida. Y ello por las siguientes razones.

a) Frente a algunas interpretaciones doctrinales, que identifican el estado de alarma con crisis producidas por fenómenos naturales, sociales o sanitarios, el estado de excepción con crisis políticas y de orden público, y el estado de sitio con situaciones de rebelión interior o de guerra, el correcto entendimiento de lo dispuesto en la Ley orgánica 4/1981 (en consonancia con lo dispuesto en el art. 55.1 CE) nos lleva a concluir que, dado el silencio del arts. 116 CE sobre los supuestos de hecho habilitantes, la distinción fundamental entre unos y otros estados excepcionales descansa en el tipo de medidas que en ellos pueden adoptarse. De manera que lo que distingue al estado de alarma de los estados de excepción

y sitio (y así se deriva del art. 55.1 CE) es que la menor gravedad del primero no permite la suspensión de derechos, que sí pudieran requerirlo, por su mayor gravedad, los estados de excepción y sitio. Por ello, ese principio, de extracción constitucional clara, es el que debe orientar la interpretación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 4/1981.

b) Cuando el art. 4.b) de esa Ley prevé como uno de los supuestos de hecho del estado de alarma las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», no cabe entender que ese sea un supuesto exclusivo del estado de alarma y excluyente del estado de excepción, pues si lo que se produce es una pandemia de tan absoluta gravedad como la que hemos experimentado, para cuya contención se precise de la suspensión (y no de la mera limitación) de algunos derechos (por ejemplo, entre otros, los de libertad personal, y de residencia y circulación), no cabría sostener que el poder público quedara inerme porque el estado de alarma le impidiera decidir tal suspensión. Esa interpretación conduciría al absurdo, pues dejaría sin sentido la finalidad constitucionalmente requerida para la puesta en marcha de los estados excepcionales: la de habilitar al Estado para hacer frente con éxito a las situaciones de emergencia.

c) Cuando el art. 13 de la Ley orgánica 4/1981 prevé como uno de los supuestos de hecho del estado de excepción la «grave alteración» de cualquier «aspecto del orden público» para cuyo restablecimiento y mantenimiento resultara «insuficiente el ejercicio de las potestades ordinarias del Estado», no cabe entender que esa apelación al orden público se identifique exclusivamente con el orden público «político», pues también el concepto de «orden público» engloba el orden público social y económico, y más en general, el «orden» normal de la convivencia ciudadana. De manera que si la situación de emergencia altera radicalmente ese orden, como sucedió con la reciente pandemia, y para preservarlo se requiere de la suspensión de algunos derechos fundamentales, la interpretación constitucionalmente correcta (por las mismas razones anteriormente aludidas) conduce que estaríamos perfectamente ante un caso previsto por el art. 13 de la Ley para la declaración del estado de excepción.

d) En cuanto al estado de sitio, los arts. 32 a 36 de la LO contienen, a nuestro juicio, una serie de disposiciones que se estiman correctas y suficientes (tanto en cuanto a los supuestos de hecho habilitantes como a las posibles medidas a adoptar) para hacer frente a la gravísima situación que es presupuesto del estado de sitio.

III. EL ESTADO DE ALARMA DECLARADO EL 14 DE MARZO Y PRORROGADO VARIAS VECES. POSIBLES PROBLEMAS DETECTADOS

1. La declaración del estado de alarma de ámbito nacional

El estado de alarma se declaró por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, cuya entrada en vigor, de acuerdo con su disposición final tercera, se produjo en el momento de su publicación en el BOE, que fue precisamente ese mismo día 14 de marzo (BOE núm. 67). El supuesto de hecho legitimador de la declaración se determinó en el art. 1 de ese RD: «con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19». Su ámbito territorial (art. 2 del RD) se extendió a todo el territorio nacional y su duración se fijó (de acuerdo con la CE) en 15 días naturales (art. 3 del RD).

El RD expresa (art. 1) que la declaración del estado de alarma se hace «al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». No obstante la apelación a esos dos apartados del art. 4, en realidad el único supuesto que se podría considerarse habilitante en este caso para la declaración es el previsto en el apartado b) («crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves») como corrobora la finalidad reconocida en el propio art. 1 del RD y la que ya se ha hecho mención («con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19»).

El art. 7 del RD adopta, bajo el título de «limitación de la libre circulación de personas», una medida general de confinamiento obligatorio

La previsión contenida el otro apartado del art. 4, el d) («situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad») difícilmente podría servir en este caso como supuesto habilitante, dado que, o bien tal «desabastecimiento» (hay que entender que de productos sanitarios, pues de otros productos de primera necesidad no existía constancia en esos momentos) ya se había producido antes, con lo cual se habría actuado con negligencia, pues hubiera sido antes y no ahora cuando debiera de haberse declarado el estado de alarma, o bien ese desabastecimiento (de productos sanitarios) se produciría después de la declaración, en cuyo caso ésta podría haber sido prematura.

Como es obvio, la situación de hecho que legitima la declaración del estado de alarma ha de «existir» en el mismo momento de esa declaración, sin que ésta quepa para prevenir posibles situaciones futuras. De ahí que el art. 4 de la LO 4/1981 disponga que la declaración procede «cuando se produzca alguna de las… alteraciones graves de la normalidad» que en los diversos apartados del precepto se expresan. El asunto es claro: hechos producidos no hechos por producir. No cabe, pues, un estado de alarma preventivo.

De todos modos, esta reflexión acerca del apartado d) podría servir, en todo caso, para analizar el problema de la diligencia o negligencia en la declaración, cuestión que no va a tratarse ahora, pero que no invalida la pertinencia de la apelación al otro supuesto, el del

apartado b) (la innegable crisis sanitaria) que es real y presente cuando el estado de alarma se declara, como la propia exposición de motivos del RD reconoce.

Las diversas medidas que en el RD se adoptan parecen adecuadas y respetuosas con lo previsto para el estado de alarma en la LO 4/1981, salvo quizás dos de ellas, las dispuestas en los arts. 7 y 10 del RD, que pueden suscitar algunos problemas sobre su adecuación a la LO y la CE.

El art. 7 del RD adopta, bajo el título de «limitación de la libre circulación de personas», una medida general de confinamiento obligatorio en el domicilio del que sólo se permite salir, de manera excepcional y tasada, para la realización de determinadas actividades perentorias. Esta medida podría considerarse (o al menos, discutirse) que excede de lo previsto en el art. 11.a) de la LO 4/1981, que sólo permite «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos». Y ello porque lo dispuesto en el citado precepto de la LO parte de una situación general de libertad, sólo limitada excepcionalmente, mientras que lo dispuesto en el art. 7 del RD invierte esos términos: se determina una situación general de erradicación del derecho (a la libertad personal y de circulación, garantizadas en los arts. 17 y 19 CE) salvo determinadas excepciones.

De ahí que, en lugar de una limitación, que presupone que el derecho en general se mantiene aunque se limite, podría suscitarse el problema de que lo adoptado en el art. 7 RD sea más una medida de suspensión que de limitación del derecho. En cuyo caso tal medida podría entrar en conflicto, no sólo con la LO, sino también con el art. 55.1 CE. La diferencia jurídica entre limitación y suspensión no es fácil de hacer, pero tampoco imposible: en las limitaciones, los derechos se ejercen, aunque sometidos a determinadas condiciones; en las suspensiones, el ejercicio del derecho se impide, aunque sea temporalmente. Parece obligado, pues, reflexionar sobre ello con vistas a similares situaciones críticas que en el futuro pudieran producirse.

Esta limitación de la libertad de circulación trae consigo otro problema, relativo a los derechos de reunión y manifestación, pues, en vista de las tasadas excepciones previstas en el art. 7 RD, cabría entender que lo dispuesto en él origina al mismo tiempo una verdadera suspensión de dichos derechos, garantizados por el art. 21 CE.

Algo similar cabría plantearse en relación con la medida adoptada por el art. 10 del RD que, bajo el título de «medidas de contención», suspende la apertura al público de locales y establecimientos minoristas, salvo algunas determinadas y tasadas excepciones. Aquí, nuevamente, sería posible sostener que no se está ante una limitación (que presupone la

vigencia general de la libertad con ciertos límites), sino quizás ante una suspensión (que viene a impedir generalmente el derecho, aunque se permitan algunas excepciones a esa prohibición). En este caso, el derecho afectado es el de la libertad de empresa.

Igual ocurre con otra de las medidas concretas prevista en el mismo art. 10, respecto de la cual el mismo tenor de la norma (art. 10.4) determina que «se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio». Dado que la característica sustancial (o propia) del negocio de los restaurantes es el de su realización a través de su apertura al público, cabría sostener que, respecto de ellos, lo que opera es una verdadera suspensión (como por lo demás expresa literalmente el propio precepto), suspensión que no se salva porque a los titulares del negocio se les faculte para realizar otro negocio distinto al de los restaurantes: el de *catering*, esto es, la prestación de servicios de restauración a domicilio.



Con el añadido de que estas medidas, que cabría considerarlas más suspensivas que meramente limitativas, y que afectan al derecho fundamental de libertad de empresa garantizado por el art. 37 CE (que tiene como uno de los elementos de su contenido esencial el derecho a realizar la actividad empresarial característica del negocio al que la empresa se dedica), difícilmente podrían tener cobertura en cualquiera de los preceptos de la LO sobre el estado de alarma y menos aún en la CE, pues el derecho de libertad de empresa ni siquiera puede ser suspendido en los estados de excepción y sitio (art. 55.1 CE).

Para finalizar las reflexiones que se han venido haciendo en este apartado del Informe, es preciso puntualizar que los problemas derivados de la posible discusión acerca de si hubo suspensión o simple limitación de derechos, se refieren a una situación que no se prolongó durante toda la vigencia del estado de alarma, pues a partir de la prórroga establecida por el RD 514/2020, de 8 de mayo, se atenuaron la restricciones de determinados derechos establecidas por el RD 463/2020 y reiteradas por las anteriores prórrogas. A partir del RD 514/2010 y hasta la finalización del estado de alarma, parece razonable sostener que hubo limitaciones, pero no suspensiones de derechos.

2. Las prórrogas del estado de alarma

La declaración del estado de alarma de ámbito nacional, de 14 de marzo de 2020, ha tenido seis prórrogas (por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo, y 555/2020, de 5 de junio). Al finalizar la última prórroga, el estado de alarma se levantó el 21 de junio.

Las prórrogas fueron todas por un plazo de 15 días (el mismo de la declaración), aunque el Gobierno (por declaraciones públicas de su Presidente) pretendió que la prórroga que se adoptaría el 22 de mayo lo fuera por 30 días. Algo que, por fortuna, al final se evitó, de manera que esa prórroga, como las anteriores, lo sería por 15 días, mismo plazo de la sucesiva y última prórroga establecida por el RD 555/2020, de 5 de junio). Y decimos «por fortuna» porque la prórroga por 30 días es muy posible que hubiera entrado en conflicto con la CE, como más adelante se explicará cuando se examine la prórroga por seis meses de la declaración del estado de alarma de 25 de octubre de 2020.

3. La adopción por órdenes ministeriales de medidas limitadoras de derechos

El art. 6.2 de la Ley orgánica 4/1981 dispone con claridad que el decreto de declaración del estado de alarma «determinará» sus «efectos», y que las prórrogas establecerán «las condiciones» de las mismas, lo que significa que establecerán las medidas a adoptar. De manera que tales medidas, en lo que fueran limitativas de derechos, sólo por los decretos de declaración y prórroga podrían adoptarse. Y ello es así porque esos decretos tienen la fuerza de la ley, como acertadamente ha resuelto el Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril), y únicamente una norma con fuerza de ley puede limitar derechos (otra cosa es que los reglamentos puedan complementarla a esos efectos, pero siempre de manera auxiliar y adjetiva, nunca sustantiva). Creemos que esa conclusión es clara en Derecho español y avalada por la jurisprudencia constitucional.

El Gobierno pretendió que la prórroga del 22 de mayo fuera por 30 días. Algo que, por fortuna, al final se evitó

Sin embargo, la realidad es que se han dictado multitud de órdenes ministeriales que, por sí solas, han venido a limitar determinados derechos, así, por poner un ejemplo (y hay más), las órdenes ministeriales reguladoras de las condiciones de las diversas fases del llamado «desescalamiento». No parece que esa facultad se inserte en apoderamiento a la «autoridad competente» para adoptar ciertas medidas, previsto en el art. 12.1 de la LO y en art. 4.3 del RD 463/2020 (aquí a favor de los Ministros allí designados).

E incluso es discutible que lo pudieran hacer los decretos a los que alude el art. 8 de dicha Ley (pese que de ellos deberá darse cuenta al Congreso de los Diputados), y a los que el RD también se refiere en su disposición final segunda, pues tales decretos es posible que puedan complementar a los de declaración y prórroga, pero no ampliar las limitaciones de derechos en ellos establecidas ni decidir otras sobre derechos distintos de aquéllos.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que ese tipo de decretos se ha usado, así el Real

Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que introduce modificaciones en el RD 463/2020, de declaración del estado de alarma, dictado cuatro días antes, lo que puede suscitar el problema al que acaba de aludirse, en cuanto que tales modificaciones afectan a la limitación de derechos establecida en ese RD. Y resulta que el RD 465/2020, a diferencia del RD 463/2020, no es una disposición con fuerza de la ley, única norma capaz de limitar derechos o de alterar limitaciones de derechos legalmente establecidas.

4. Los decretos-leyes dictados

Durante la vigencia del estado de alarma se han dictado 15 Reales Decretos-leyes: 8/2020, de 17 de marzo, 9/2020, de 27 de marzo, 10/2020, de 29 de marzo, 11/2020, de 31 de marzo, 12/2020, de 31 de marzo, 13/2020, de 7 de abril, 14/2020, de 14 de abril, 15/2020, de 21 de abril, 16/2020, de 28 de abril, 17/2020, de 5 de mayo, 18/2020, de 12 de mayo, 19/2020, de 26 de mayo, 20/2020, de 29 de mayo, 21/2020, de 9 de junio, y 22/2020, de 16 de junio.

Lo primero que se desprende de estas cifras es el amplísimo uso del decreto-ley durante el estado de alarma. Esa auténtica avalancha de sucesivos decretos-leyes, que en su mayor parte lo que vienen es a introducir constantes modificaciones sobre los previamente dictados unos días atrás, son expresivos de una legislación, no ya «motorizada», sino de producción «al día», apremiada, quizás, por lo cambiante de la situación que pretendían regular. De todos modos, también cabría pensar que esa dinámica constante de cambios normativos pueda ser en parte producto de la improvisación.

Hecha la anterior salvedad, el número tan alto de decretos-leyes en tan corto espacio de tiempo quizás podría comprenderse si, por la situación excepcional, las Cortes Generales no hubieran podido subvenir a esa necesidad normativa mediante el ejercicio de su potestad legislativa. Pero cabría plantearse si, aun con las condiciones en que las Cortes han debido de ejercer sus funciones debido al confinamiento general, ello no hubiera impedido que algunas de las medidas adoptadas por decreto-ley fuesen aprobadas como leyes por el procedimiento legislativo de urgencia. Téngase en cuenta que, como dispone el art. 116 CE, el funcionamiento de las Cortes, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia del estado de alarma.

Lo segundo que cabría analizar es si efectivamente el presupuesto del art. 86.1 CE, de la extraordinaria y urgente necesidad, se ha dado en todos esos decretos-leyes. En nuestra opinión, tal presupuesto se cumple en todos los decretos-leyes dictados, con una excepción, el caso de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, que modifica la composición de un órgano del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), respecto de lo cual no

hay razón alguna para apreciar que se daba un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad.

La tercera cuestión que puede plantearse es si, aun dándose (con la excepción antes señalada) esa extraordinaria y urgente necesidad, no hubiera sido posible adoptar por decreto, y no por decreto-ley, algunas de esas medidas porque no hubieran entrado en la materia reservada a la ley o no hubieran supuesto modificaciones de leyes. El cabal entendimiento de los decretos-leyes obliga a considerarlos como una excepción a la potestad legislativa del parlamento, de manera que no debiera ser objeto de un decreto-ley una materia que pudiera regularse mediante el ejercicio por el Gobierno de su potestad reglamentaria. Esta característica sí se da, creemos, en ciertas medidas adoptadas por algunos de estos decretos-leyes, y ello debiera ser objeto de reflexión, pese a que la jurisprudencia constitucional no haya impedido que los decretos-leyes incorporen decisiones que pueden ser perfectamente adoptadas por reglamentos. En mi opinión, la CE impone que el uso del decreto-ley sea interpretado restrictivamente, de manera que el Gobierno únicamente pudiera dictar legislación de urgencia cuando no le cupiera hacer frente a la situación a través de su ordinaria (y propia) potestad reglamentaria.

La cuarta observación se refiere al problema de si esos decretos-leyes han respetado las materias excluidas a esa legislación de urgencia, según el art. 86.1 CE. En este punto, sin entrar en un examen detallado de todos los decretos-leyes dictados, que sería impropio del presente Informe, lo que sí puede decirse es que algunas de las medidas adoptadas en estos decretos-leyes (entre otras, y a título de ejemplo, de orden tributario, procesal o de organización de la administración de justicia) encajan difícilmente en las restricciones materiales que a los decretos-leyes impone el art. 86.1 CE. Máxime cuando ciertos decretos-leyes modifican e incluso amplían medidas adoptadas en los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma. Este es, sin duda, uno de los problemas importantes que han surgido a lo largo de la vigencia del estado de excepción, por lo que conviene insistir sobre él.

De nuestro sistema constitucional se deriva, creemos que con claridad, que los decretos-leyes son Derecho de la normalidad, no de la excepción, esto es, que son normas de usos restringido en cuanto que excepcionan la potestad legislativa de las Cortes Generales, y por ello pueden calificarse de normas extraordinarias, o para situaciones extraordinarias (en casos de extraordinaria y urgente necesidad, como expresa el art. 86.1 CE), pero no están previstos para situaciones excepcionales. No es el art. 86.1 CE el que prevé un Derecho de excepción, sino el art. 116 CE. De ahí que lo que sí pueden hacer los decretos de declaración

y prórroga de los estados excepcionales, en este caso del estado de alarma, no pueden hacerlo los decretos-leyes. Sobre éste y otros problemas ya detectados a lo largo de este Informe, trataremos a continuación al considerar las posibles lecciones que cabe de lo actuado, con vistas a efectuar determinadas propuestas para el futuro.

Debe advertirse que las reflexiones que anteceden están dedicadas a los decretos-leyes dictados durante el estado de alarma, por lo que dejamos fuera de nuestra consideración lo relativo a los 9 decretos leyes que, desde el 21 de junio hasta el 25 de octubre, se han dictado cuando el estado de alarma había terminado. Ese periodo va a ser examinada a continuación, pero a fin de evitar repeticiones innecesarias, optamos ya por adelantar que a esos nueve decretos-leyes podrían ser de aplicación algunos de los problemas apuntados, aunque no, obviamente, el que se refiere a la difícil compatibilidad entre los decretos-leyes y las medidas dictadas en el ejercicio del Derecho de excepción.

5. Jurisprudencia acerca del estado de alarma

a) La jurisprudencia constitucional sobre el estado de alarma ha sido escasa y se contrae a las siguientes decisiones del Tribunal Constitucional:

– ATC 7/2012, de 13 de enero, que inadmite un recurso de amparo interpuesto contra la prórroga, por la autorización del Congreso de 16 de diciembre de 2010, del estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre. La inadmisión se sustentó en el argumento de que esa autorización parlamentaria es un «acto con valor de ley» y por ello excluido del recurso de amparo previsto en el art. 42 LOTC. Dicho ATC tiene un voto particular disidente de un magistrado, que entendía que el recurso debiera de haberse admitido.

– STC 83/2016, de 18 de abril, que también inadmite un recurso de amparo presentado contra el Auto de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2012 (confirmatorio del dictado el 30 de mayo de 2011), que había inadmitido un recurso interpuesto contra el Real Decreto 1673/2010, de declaración del estado de alarma, por entender que dicho Real Decreto, al haber sido convalidado por la autorización parlamentaria de su prórroga, había adquirido la condición de un acto del Congreso excluido de control por la jurisdicción ordinaria. La decisión de inadmisión del Tribunal Constitucional parte de una precisión más concreta, y creemos que más exacta, sobre la naturaleza jurídica de la declaración del estado de alarma (y de excepción y sitio) que la contenida en el Auto del TS y en el ATC 7/2012. Ahora lo que ya dejará claro el TC es que los decretos de declaración y prórroga son normas con fuerza de ley y, por consiguiente, únicamente impugnables mediante el recurso de inconstitucionalidad (o la cuestión de

inconstitucionalidad). Por ello se declara la inadmisión del recurso de amparo. Además, y aunque no era objeto del recurso, el TC también deja clara la distinción entre el estado de alarma, que permite limitar derechos fundamentales, pero no suspenderlos, y los estados de excepción y sitio, donde tal suspensión si está prevista en el art. 55.1 CE.

– ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala 1ª del TC, que inadmite un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegada del Gobierno de Galicia denegatoria de la celebración de una manifestación que se pretendía realizar el 1 de mayo, vigente el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. La inadmisión la funda el TC en que no se había producido una vulneración del derecho de reunión y manifestación porque la denegación administrativa fue proporcionada, atendiendo al peligro potencial, pero evidente, que dicha manifestación podría producir en la salud de las personas como consecuencia de la pandemia Covid-19. Este ATC originó un empate en la Sala, que fue resuelto a favor de la inadmisión por el voto de calidad del Presidente.

– Está pendiente de Sentencia un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 parlamentarios contra el Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma.

b) Por lo que se refiere a la jurisdicción ordinaria y en relación con el estado de alarma declarado en 2010, ya se ha hecho mención más arriba de los Autos del TS de 30 de mayo de 2011 y 1 de junio de 2012.

Esa avalancha de sucesivos decretos-leyes, que vienen a introducir constantes modificaciones sobre los previamente dictados unos días atrás, son expresivos de una legislación de producción «al día»

Sobre medidas adoptadas en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 no se han producido hasta ahora resoluciones del Tribunal Supremo, pero sí varias, y contradictorias, de órganos judiciales inferiores a propósito del ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Así, como ya se vio (a propósito del ATC 40/2020) el TSJ de Galicia ratificó la denegación de una manifestación, y lo mismo hicieron los TTSSJJ de Cataluña y Andalucía; en cambio los TTSSJJ de Aragón y Navarra sí autorizaron manifestaciones similares.

IV. REBROTE DE LA PANDEMIA Y MEDIDAS ADOPTADAS

1. Traslado del protagonismo a las comunidades autónomas

Una vez pasado el periodo del estado de alarma de ámbito nacional, durante el cual, desde el 14 de marzo al 21 de junio, el Estado asumió la dirección centralizada para hacer frente a la covid-19, la gravedad de la pandemia volvió a surgir, pese a la imprudente afirmación gubernamental del que el virus «se había derrotado». Ante la nueva situación, y a diferencia de lo que antes se hizo, el Gobierno estatal optó por descargar en las comunidades autónomas la responsabilidad de adoptar las medidas que considerasen necesarias para resolver la crisis sanitaria, provocando, hasta ahora23 de noviembre de 2020, momento en que finaliza la redacción de este trabajo., una variedad de actuaciones caracterizadas por la descoordinación, la confusión e, incluso, el enfrentamiento territorial en algunos casos, que no contribuyen a la eficacia de las decisiones autonómicas que se han ido tomando. Uno de los problemas que están en la raíz de esta situación es, me parece, la inadecuación de combatir un mal general, que se extiende (con mayor o menor gravedad) en todo el territorio nacional, con medidas territorialmente limitadas al ámbito de cada comunidad autónoma. La pandemia, se ha dicho con frase gráfica, no conoce fronteras, menos aún dentro del territorio estatal.

El otro problema ya no es sanitario, sino netamente jurídico, aunque uno y otro están enlazados. Tiene que ver con las competencias respectivas del Estado y las comunidades autónomas. Para combatir la situación sanitaria que, desde el pasado julio, se está reproduciendo, el Estado, de acuerdo con las reglas constitucionales, tiene unas competencias irrenunciables, de ejercicio obligatorio, que no puede endosar a las Comunidades Autónomas. Y aquí nos hemos encontrado con determinadas afirmaciones del Gobierno estatal que no casan con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así se ha dicho (por el presidente del Gobierno) que un nuevo estado de alarma sólo se declararía si lo solicitasen, para su territorio, las comunidades autónomas, con desconocimiento de que esa declaración, según determinan la Constitución (en adelante, CE) y la Ley Orgánica 4/1981, es de la exclusiva responsabilidad del Gobierno estatal, que puede determinar el ámbito, nacional o territorialmente limitado, de tal declaración, y que la solicitud de una comunidad autónoma (prevista en la LO 4/1981) ni es preceptiva (sino facultativa) ni es vinculante.

También se ha dicho, por cualificados portavoces del Gobierno, de manera sorprendente, que el Estado ordinariamente «carece de competencias en sanidad y educación porque ambas están transferidas por completo a las comunidades autónomas». Tal afirmación no es completamente exacta, pues la CE atribuye al Estado competencias **exclusivas** en ambas materias, competencias que son, como se ha advertido, irrenunciables.

Así el art. art. 149.1.16ª atribuye al Estado las «bases y coordinación general de la sanidad», lo que le **obliga** a, y no solamente le faculta para (STC 98/2004, FJ 7), adoptar una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio nacional destinada a la preservación de los

intereses generales que en la sanidad concurren, mediante normas legales y, excepcionalmente, reglamentarias (SSTC 69/1988, FJ 5, 54/1990, FJ 3, 233/1999, FJ 5, entre otras) e incluso, para adoptar «decisiones y actuaciones» […] «que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas» (STC 98/2004, FJ 7). Y el art. 149.1.30ª CE atribuye al Estado, en materia educativa, además de la regulación de las condiciones de obtención y homologación de títulos académicos y profesionales, la «normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución», es decir, del derecho a la educación que permitan disfrutarlo todos los españoles en condiciones de igualdad, normas que no sólo se contendrán en las leyes orgánicas (reserva establecida por el art. 81.1 CE) sino que podrán también incluirse en reglamentos «cuando sea obligado y necesario para completar» ese «desarrollo normativo» (entre otras, STC 101/1991, FJ 3, con cita de la STC 77/1985).

En consecuencia, ni el Estado puede rehuir su responsabilidad en la adopción de medidas sanitarias y educativas para hacer frente a la pandemia, ni las comunidades autónomas, que sí tienen reconocida competencia para «desarrollar» las bases estatales, pueden sustituir la obligación de regulación (e incluso a veces de ejecución) básica que sólo al Estado corresponde. La llamada «cogobernanza», que puede indicar una loable actuación conjunta del Estado y las comunidades autónomas en estos tiempos de crisis, no puede inducir a la confusión de que el Estado sólo puede actuar a través de tal colaboración, ya que tiene determinadas competencias exclusivas que, por sí solo, y no supeditado a la voluntad concorde de una comunidad autónoma (o de todas ellas), ha de ejercer, necesariamente.

Competencias exclusivas del Estado que también incluyen la capacidad normativa prevista en los arts. 149.1.1ª y 149.1.13ª CE. Además de que la potestad de coordinación (prevista, incluso expresamente, en el art. 149.1.16ª en relación con la sanidad) que, por cierto, no se ha usado con la amplitud debida, sólo abarca los supuestos en que tanto el Estado como las comunidades autónomas actúen en el ámbito de sus respectivas competencias y no cuando cuándo aquéllas no las tengan respecto de decisiones que sólo el Estado puede, en exclusiva, adoptar. No nos estamos refiriendo ahora a las medidas excepcionales, obviamente de exclusiva responsabilidad estatal, sino a las que permite el Derecho de la normalidad, que apodera al Estado para limitar derechos fundamentales (más exactamente, los previstos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I CE) mediante leyes orgánicas e incluso, en el caso de la libertad de empresa, mediante leyes ordinarias. Esas decisiones normativas no pueden trasladarse a las comunidades autónomas.

Porque lo que en realidad ha sucedido es que la abstención del Estado en el cumplimiento diligente de sus competencias frente a la nueva ola de la pandemia, endosándoselas a las comunidades autónomas, ha propiciado que éstas hayan adoptado determinadas y muy intensas medidas limitativas de derechos fundamentales (a la libre circulación, a la libre

reunión y a la libertad de empresa, entre otros) para las que es muy dudoso que tengan competencias, sin que esa cuestión esté resuelta, creo, por las previsiones contenidas en el art. 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública y en el art. 65 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Además, las posibles actuaciones autonómicas ante crisis sanitarias, en principio previstas para restricciones individualizadas, con previa autorización de la autoridad judicial, es muy dudoso que quepan para limitaciones de derechos indiscriminadas como las que están adoptando determinadas comunidades autónomas, pese a que, de manera harto discutible, la reforma de la LJCA producida por la Ley 3/2020, de 28 de septiembre, haya extendido la autorización judicial a los supuestos en que los destinatarios de la restricciones de derechos no «estén identificados individualmente».

Pero es que, además, tales limitaciones autonómicas de derechos, indiscriminadas o generales aunque circunscritas a determinadas zonas o territorios, si dados su ámbito y su notable intensidad restrictiva tuviesen un carácter materialmente excepcional, como es el caso de algunas de ellas, ni siquiera podrían ser adoptadas por el propio Estado de manera ordinaria, y menos aún, en esos casos, por los poderes autonómicos, pues, a nuestro juicio, no cabrían dentro del Derecho de la normalidad, sino del Derecho de la excepción: ya sea mediante la declaración del estado de alarma, si se trata únicamente de limitaciones de derechos, o del estado de excepción, si estos derechos se suspendieran. Realmente, y de modo insólito, estamos asistiendo a una especie de «estados de alarma» no adoptados por el Gobierno estatal sino por las comunidades autónomas, con evidente desvío de lo constitucionalmente previsto.

2. El caso de Madrid como muestra del confuso entendimiento de las competencias

Lo sucedido en octubre en relación con la Comunidad de Madrid es un buen ejemplo del problema al que acaba de aludirse, que ha conducido a que el Tribunal Superior de Justicia, por Auto 128/2020, de 8 de octubre, haya rechazado las medidas adoptadas por la Orden de la Consejería de Sanidad 1273/2020, de 1 de octubre, en cumplimiento de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020 del Ministerio de Sanidad (sin publicidad en el BOE, fórmula que se viene usando pero que no deja de ser criticable) por la que se aprueba la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública (prevista en el art. 65 de la Ley 16/2003) a propuesta de la Comisión Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (publicada en el BOE por Resolución del Secretario de Estado de Sanidad el mismo día 30 de septiembre).

Las razones del Auto para rechazar la autorización judicial requerida por la Consejería se

basan en que el art. 65 de la Ley 16/2003 no presta cobertura para las restricciones indiscriminadas de derechos que en la Orden autonómica se adoptan (aunque fuesen requeridas por la Orden comunicada del Ministerio de Sanidad y propuestas por la Comisión Interterritorial), así como que tampoco la presta el Real Decreto-ley 21/2020 (sobre posibles medidas ante el riesgo de rebrotes de la pandemia). El Tribunal Superior de Justicia advierte que, en apoyo de la necesidad, cierta, de actuar ante una situación, como la que se da en la Comunidad de Madrid, lo que no cabe es hacerlo fuera del Derecho, cuanto resulta que ese riesgo puede combatirse a través de los instrumentos constitucionalmente previstos para ello. Instrumentos que (como apunta el Auto) son de la exclusiva competencia del Estado. En resumen, que sólo el Estado puede, de modo ordinario o excepcional, imponer ese tipo de restricciones de los derechos fundamentales.

Es cierto que otros tribunales (e incluso, anteriormente, el mismo que ha dictado el Auto) han producido, en supuestos similares, resoluciones distintas, apreciando que las medidas autonómicas podían tener cobertura en la Ley Orgánica 3/1986, en lugar de en la Ley 16/2003, que fue la vía señalada en esta nueva ocasión por el Gobierno estatal. Esta disparidad de decisiones judiciales, que pone de manifiesto un serio problema de incoherencia, e incluso de inseguridad jurídica, es expresiva también de la confusión ante el problema jurídico principal sobre la cobertura legal, pues a mi juicio, siendo cierto que la Ley 16/2003 no ofrece cobertura para la limitación autonómica de derechos fundamentales, tampoco estimo que la ofrece, como antes se apuntó, la Ley Orgánica 3/1986 por su falta de determinación acerca de las condiciones esenciales a que han de someterse las posibles limitaciones de derechos (limitaciones a las que, por cierto, ni siquiera alude), sin que baste con señalar únicamente la causa (graves problemas sanitarios) que avalaría las actuaciones públicas. No puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de habilitación en blanco efectuada por la ley orgánica a favor de otras normas (según doctrina constante del TC), y menos a simples órdenes de las consejerías autonómicas. Además de que, como acaba de señalarse, tal habilitación para limitar derechos no está prevista, de manera expresa, en la propia LO 3/1986.

El Auto del TSJ, al privar de eficacia a las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid, ha conducido al Gobierno estatal a declarar, al día siguiente, el estado de alarma para hacer frente a la gravedad de la situación mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que reproduce el ámbito (el municipio de Madrid y otros 8 de la Comunidad Autónoma) y las medidas que el TSJ rechazó. Al margen de la crítica política que pudiera hacerse acerca de las circunstancias y la oportunidad de esta actuación del Gobierno, esa declaración de alarma de ámbito territorial restringido creemos que está correctamente amparada en las

normas reguladoras de nuestro Derecho excepcional, pero ha sido precedida de un enfrentamiento nada ejemplar entre el Gobierno estatal y el Gobierno autonómico, así como seguida de la denuncia política por éste de supuestos agravios o discriminaciones territoriales basadas en la comparación de los datos de Madrid con los de otros municipios u otras comunidades autónomas. No es éste, pues, el mejor modo de hacer frente a los gravísimos riesgos, de muy diverso orden, que la pandemia origina.

V. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA DE 25 DE OCTUBRE DE 2020 Y SU PRÓRROGA POR SEIS MESES ACORDADA EL 3 DE NOVIEMBRE.

1. El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, de declaración del estado de alarma

Con el objeto de hacer frente a la gravísima situación actual originada por una pandemia cada vez más intensa y extendida en todo nuestro territorio, y en vista de que no se han llevado a cabo las reformas de la legislación ordinaria que hubieran permitido adoptar otras medidas distintas, el Gobierno decidió, por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declarar un nuevo estado de alarma de ámbito nacional, único modo, pues, de necesaria utilización para establecer las limitaciones de derechos que se requieren. Sin embargo, esta nueva declaración, dado su contenido, suscita serios problemas.

En primer lugar, deseo expresar que, en mi opinión, dicho estado de alarma estaba constitucionalmente justificado, entre otras razones porque, como ya he dicho, dado el contenido actual de nuestro Derecho de la normalidad (por no haberse querido realizar las modificaciones legales pertinentes que dieran correcta cobertura a las limitaciones de derechos), el Estado no podía hacer frente a la extrema gravedad que había alcanzado la pandemia «mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (como dice el art. 1.1. de la LO 4/1981). Se necesitaba, pues, recurrir al Derecho de excepción.

El problema constitucional originado por la declaración del Estado de alarma no es, en consecuencia, el del **qué** (qué debía hacerse: declarar el estado de alarma, obviamente), sino el del **cómo** (cómo debía de hacerse esa declaración), lo que significa analizar el contenido del RD. Y ese contenido, a mi juicio, resulta constitucionalmente inadmisible, como explicaré a continuación.

Dado el tenor del RD 926/2020, me parece claro que en él no se adoptan concretas medidas restrictivas de derechos con eficacia inmediata, sino que se delega en los presidentes de las comunidades autónomas la decisión de adoptarles «cuando lo así lo determinen» (términos textuales del RD). Cierto es que no se trata de una cesión o transferencia de competencia, que supondría el traslado de la titularidad de la misma y no sólo de su ejercicio (ello hubiera

sido, creo, absolutamente impensable, dado que sólo al Gobierno estatal le confiere el art. 166 de la Constitución aquella titularidad, de la que no puede desposeerse). Pero también es cierto, a mi juicio, que estamos ante una delegación, figura que no significa trasladar la titularidad de la competencia, sino el ejercicio de la misma, estableciendo los límites y condiciones a que ha de atenerse la delegación, como hace efectivamente el RD de declaración del estado de alarma.

El problema radica en que se delega una competencia que, a mi juicio, es indelegable, pues, por determinarlo así la Constitución y la LO 4/1981, no sólo la titularidad de la competencia **decisoria** sobre el estado de alarma, sino también su ejercicio, corresponden en exclusiva al Estado y no las comunidades autónomas.

Lo único que permite la LO (art. 7) es la delegación **de la gestión** (ejecución), a una comunidad autónoma, de las medidas adoptadas cuando el estado de alarma reduce su ámbito al territorio (o a parte de él) de esa comunidad autónoma, no cuando el estado de alarma es, como el de ahora, de ámbito nacional, pues entonces la autoridad competente para la gestión (ejecución) de las medidas ha de ser, necesariamente, el Gobierno (así lo expresa, sin duda, el art. 7 LO). Ese es el primer problema que existiría en el RD 926/2020 aunque la delegación hubiera sido sólo para la gestión.

Pero el problema es, sin embargo, más grave, puesto no se ha delegado simplemente la gestión (ejecución) de las medidas, sino que lo delegado ha sido la **decisión**, esto es, la potestad de establecer, con eficacia inmediata, las medidas a adoptar, cuando resulta que, según nuestro Derecho de excepción, ello sólo puede hacerlo el decreto de declaración del estado de alarma, no unas normas (que además carecerían, de la fuerza de la ley) dictadas a ese efecto por las comunidades autónomas.

El problema radica en que se delega una competencia que es indelegable, por determinarlo así la Constitución

Me parece indudable, pues, que el Estado no puede delegar este tipo de decisiones ya que, como he dicho, únicamente a él le corresponde adoptarlas y determinar su eficacia inmediata, dictando una norma, el decreto de declaración, que tiene (y sólo él) la fuerza de la ley, y por ello la capacidad para imponer limitaciones de derechos, cualidad que no puede atribuirse a las normas autonómicas que, sin embargo, según el decreto de declaración, serán las que establezcan, con eficacia inmediata, concretando («determinando», dice el RD) el alcance y extensión de las limitaciones de derechos (dentro del marco flexible señalado en el RD) y, repito, sin fuerza de ley, las medidas restrictivas que han de regir en cada parte del territorio nacional.

Por ello, la adopción de las medidas decisorias acerca del estado de alarma no puede compartirse entre el Estado y las comunidades autónomas, lo que significa, en el nuevo lenguaje que ahora tanto se utiliza, que ahí no puede haber «cogobernanza». Sí puede haberla, por supuesto, en las decisiones a adoptar en situaciones de normalidad, reguladas, no por el Derecho excepcional, sino por el Derecho ordinario, en cuyo ámbito las competencias sobre sanidad (art. 149.1.16 CE) están compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas, y donde la «cogobernanza» no sólo está prevista, sino que, en relación con una pandemia como la que sufrimos, de extensión nacional y muy graves efectos, resultaría absolutamente necesaria. Siempre, claro está, que, para evitar la adopción de medidas territorialmente dispersas, el Estado y las comunidades autónomas ejercieran adecuadamente sus respectivas competencias, aquél sobre las bases y la coordinación y éstas sobre el desarrollo y ejecución.

Lo lamentable es que la legislación ordinaria (cuyas bases en la materia son del Estado) no hubiera previsto mejor esa capacidad de actuación cooperadora de las comunidades autónomas en situaciones de normalidad, habilitándolas correctamente para la limitación de derechos y no sólo acudiendo exclusivamente, como el Gobierno estatal ha hecho durante muchos meses (y sigue haciendo ¡incluso en el estado de alarma! asombrosamente) a la mera competencia de coordinación.

Y ya que estoy aludiendo al Derecho ordinario, no estaría de más aclara algo que resulta fundamental. Me refiero a tan socorrida «proporcionalidad» como panacea capaz de justificar cualquier limitación de derechos. A mi juicio, en esa materia (la de la limitación de derechos) no caben habilitaciones legales en blanco sólo sometidas a la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad es, en mi opinión, un requisito añadido a la determinación legal de los alcances concretos de las limitaciones, no un sustituto de esa concreta determinación. Esa es, creo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Que algunos autores españoles hayan sostenido lo contrario no lo encuentro un argumento de autoridad suficiente para invalidar esa doctrina.

Pero dejemos ahora el Derecho ordinario y volvamos al Derecho excepcional, esto es, a la declaración del estado de alarma realizada el 25 de octubre, en la que el Gobierno rehúsa (indebidamente) ejercer una competencia que sólo a él le está constitucional (art. 116.2 CE) y legalmente (art. 4 LO 4/1981) atribuida y opta (también indebidamente) por delegarla en las comunidades autónomas (en sus presidentes). Como suele suceder cuando el Derecho se tuerce, el contenido de ese torcimiento resulta aún más torcido. Eso es lo que, a mi juicio, ha sucedido con el contenido del RD:

– Efectúa (arts. 2, 9 y 10 del RD) una delegación que no le está constitucionalmente

permitida.

– Pretende (así lo dirá en su exposición de motivos) una futura prórroga de seis meses que, a mi juicio, tampoco le está constitucionalmente permitida, como más adelante explicaré.

– Y para dar cobertura a esa pretendida e inadmisible prórroga de larga duración temporal, dota (disposición final primera del RD) a los decretos del art. 8.2 de la LO 4/1981 de la capacidad de modificar el decreto de declaración, algo que sólo pueden hacerlo los decretos de prórrogas, que son los que tienen la fuerza de la ley y, por ello, la de modificar limitaciones de derechos, cualidad que no poseen, claramente, los decretos del art. 8.2 LO. Como la situación de la pandemia puede ser cambiante, y por ello es coherente (además de necesario, como después diré) que, para adecuarse a tales cambios, las prórrogas deban serlo por 15 días, lo que se hace es habilitar a esos decretos sin fuerza de ley para que, suplantando a las prórrogas, realicen dicha adecuación.

– También, y con objeto de salvar la exigencia de la intervención parlamentaria cada 15 días para establecer prórrogas, se prevé una dación de cuentas, cada 15 días, por el Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad del Congreso. Lo que resulta jurídicamente criticable, pues el control parlamentario de los estados de alarma, que ha de serlo, además, por el Pleno del Congreso, no consiste sólo en una competencia a efectos de información y debate, sino también, y necesariamente, en una competencia de decisión, esto es, en un control-sanción, puesto que, sin la autorización del Congreso, el estado de alarma no puede mantenerse pasados 15 días de su declaración o de su prórroga. Es obvio, además, que el control parlamentario ordinario no puede sustituir al control parlamentario-sanción que es el necesario para que el estado de alarma continúe.

Lo hecho, pues, me parece jurídicamente inadecuado, máxime cuando es claro que había otra forma de hacerlo de manera eficaz, y respetuosa con nuestro Derecho de excepción: la de que el Gobierno no endosara su responsabilidad a las comunidades autónomas y hubiera declarado el estado de alarma adoptando, con eficacia inmediata, las medidas necesarias en todo el ámbito nacional, e incluso diferenciando, si fuera oportuno, la intensidad de esas medidas en correspondencia con la gravedad de la pandemia en cada parte de nuestro territorio.

España no tiene un territorio de dimensión desmesurada, y el Gobierno, de la Nación, está, o debiera estar, perfectamente enterado (pues medios tiene para ello, si los utiliza) de la situación de la pandemia en las diversas zonas de España. Para ir adecuando, precisamente, esas posibles y diferenciadas medidas según ámbitos territoriales, está la periodicidad de las prórrogas cada 15 días, no una prórroga de seis meses de duración, durante la cual por

simples decretos sin fuerza de ley se modifiquen las medidas excepcionales y cada 15 días se dé, simplemente, cuenta de cómo vas las cosas por un Ministro en una Comisión del Congreso.

Pero es que, además, como ese control parlamentario «co-desisorio» del estado de alarma ha de serlo necesariamente en el parlamento estatal, más específicamente en el Congreso de los Diputados, la lógica (ilógica) del RD, conduce a que, siendo las comunidades autónomas (por medio de sus presidentes) las que habrán de «determinar con eficacia inmediata» (según el RD) las medidas restrictivas de derechos a adoptar, resulta que sobre ellas lo que podrá recaer no es, obviamente, el control parlamentario del Congreso, sino los controles parlamentarios en los diecisiete parlamentos autonómicos. Un control parlamentario autonómico de tipo ordinario, puesto que de ninguna manera ese control puede alcanzar a la revocación de dichas medidas.

Con este apartamiento de lo que dispone nuestro Derecho de excepción sucede, además, que la dispersión y confusión estén servidas, dados la variedad y el tiempo de las medidas a adoptar en cada comunidad autónoma.

En fin, y como ya dije, esta declaración del estado de alarma, además de vulnerar la Constitución, y ello ya es mucho, no deja de ser, desde el punto de vista de la eficacia, un precario instrumento para lograr su objetivo. Ya antes también me referí a las graves consecuencias que el torcimiento del Derecho acarrea, cuando resulta que aquel torcimiento, además de ser constitucionalmente inadmisible, tampoco era necesario, porque podía haberse actuado de otra manera, respetuosa con la Constitución y sin merma alguna de eficacia para la consecución del fin que con la declaración del estado de alarma se pretende alcanzar. Resulta conveniente recordar que, en este caso, como en cualquier otro, cuando se actúa conforme a Derecho, los resultados siempre serán más eficaces que cuando se actúa en disconformidad con él.

2. La prórroga del estado de alarma adoptada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

Antes de entrar a analizar ese RD de prórroga creo conveniente llamar la atención sobre lo sucedido en la sesión del Congreso de los Diputados del 29 de octubre, en la que el Gobierno solicitó, y obtuvo, la autorización de la prórroga por seis meses del estado de alarma.

Me refiero, en primer lugar, a un hecho insólito: la solicitud de autorización no la defendió el presidente del Gobierno, sino el Ministro de Sanidad, solución muy poco coherente con el muy relevante significado de la prórroga: limitar intensamente derechos fundamentales de

los españoles durante seis meses. Tampoco coherente con la función de dirección (y representación) del Gobierno que la Constitución atribuye a su presidente. Y, además, poco respetuosa, a mi juicio, con los miembros de la Cámara.

Lo hecho, pues, me parece jurídicamente inadecuado, máxime cuando había otra forma de hacerlo de manera eficaz

Y en segundo lugar, a una actitud difícilmente aceptable en nuestro régimen parlamentario: el presidente del Gobierno abandonó la Cámara inmediatamente después de la intervención del Ministro de Sanidad, sin esperar siquiera a oír a lo que dijesen los grupos parlamentarios sobre la solicitud de prórroga y sin esperarse, tampoco, a la votación. Como desecho que ello fuera una muestra deliberada de falta de respeto al Congreso (impensable en un presidente del Gobierno), sólo encuentro la explicación de que tuviese que en esos momentos un asunto que atender de manera ineludible y de superior importancia al de la decisión parlamentaria de reducir derechos fundamentales a los españoles durante seis meses. Si esto fue así, de todos modos hubiera debido excusarse. Lo que ni por él ni por la presidenta de la Cámara (a la que podía haber avisado) se produjo. Las buenas reglas del régimen parlamentario parece que en nuestro país están desapareciendo.

Pero dejemos las formas en que la sesión se celebró y vayamos a lo que allí se decidió. En la intervención del Ministro solicitando la prórroga ya se anunció que la misma lo sería por seis meses, y así se aprobó por 194 votos a favor, 53 en contra y 99 abstenciones. Una decisión, a mi juicio, absolutamente lamentable, mediante la cual la propia Cámara (incluso por holgada mayoría) se desposeyó, voluntariamente, de una competencia constitucionalmente irrenunciable: la de ejercer su poder de controlar co-decisoriamente, y por periodos cortos, la declaración del estado de alarma, autorizando o denegando sus prórrogas cada 15 días.

Esta Resolución del Congreso, de 29 de octubre de 2020, se publicó, por orden de la presidenta de la Cámara («para general conocimiento»), en el BOE del 4 de noviembre. Y, como es preceptivo para dotar de fuerza normativa (además, con fuerza de ley) a la prórroga, se ha dictado el correspondiente Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (BOE del 4 de noviembre) por el que se prorroga el estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021. En este RD se recogen, como es obvio, tanto el plazo de la prórroga como las modificaciones que sobre el RD de declaración introdujo la Resolución parlamentaria de autorización.

Una observación más deseo hacer sobre las formas, en este caso del RD de prórroga, pues no deja de ser anómalo (a mi juicio) que este RD haya sido suscrito, y lo mismo ha sucedido desde el 14 de marzo pasado en todos los decretos anteriores de declaraciones y prórrogas del estado de alarma, no por el presidente del Gobierno (como creo procedería), sino por la

Vicepresidenta primera del Gobierno. En algún supuesto, por ausencia del presidente del Gobierno del correspondiente Consejo de Ministros, podría explicarse, por no en todos los demás, donde, que se sepa, tan ausencia no se ha dado. No creo que esta práctica sea coherente con lo previsto en los arts. 64.1 y 98.2 de la Constitución.

Pasemos al contenido del RD de prórroga. La decisión más importante que en este RD se contiene es la duración, por seis meses, de la prórroga del estado de alarma, ya que en materia de restricciones y de la correspondiente delegación a favor de las comunidades autónomas lo que viene es a confirmar lo dispuesto en su día por el RD de declaración, salvo leves pero esclarecedoras modificaciones en cuanto a las limitaciones de derechos y añadiendo el compromiso de comparecencia cada dos meses del presidente del Gobierno ante el Congreso para «dar cuenta» de cómo va la lucha frente a la pandemia (extremos sobre los que volveré después). Por ello debo dedicar ahora mi atención principal al plazo de seis meses de esta prórroga.

A mi juicio, esa prórroga por seis meses resulta constitucionalmente inaceptable. Cosa distinta, y loable, es que se hubiera alcanzado un pacto político entre Gobierno y oposición acordando prorrogar el estado de alarma cuantas veces fuera necesario para hacer frente a la pandemia. Pero ese hipotético pacto político, que me parece que reclama una materia como ésta, y que dotaría de una estabilidad conveniente a las medidas que se vayan adoptando (sin perjuicio de su modulación periódica, con la necesaria intervención parlamentaria, para ajustarlas a las cambiantes circunstancias), lo que no hubiera podido hacer es eliminar la obligación jurídica de que el Congreso autorizase las prórrogas cada quince días, sustituyéndola por un plazo de superior duración, algo que, a mi juicio, no está constitucionalmente permitido. De todos modos, lo sucedido es que, lamentablemente, ese pacto político transversal, tan necesario en situaciones excepcionales, no se ha producido, y lo que al final se ha hecho es decidir, con autorización por mayoría de votos en el Congreso, que la prórroga, en lugar de por quince días, lo sea por ¡seis meses!

Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el art. 116.3 CE, que fija expresamente que la prórroga del estado de excepción habrá de serlo por el mismo plazo máximo de 30 días dispuesto para la declaración, el art. 116.2 CE, después de determinar que el plazo máximo del estado de alarma será de quince días, únicamente especifica que sin la autorización del Congreso no podrá ser prorrogado «dicho plazo».

Ello ha suscitado la discusión de si la prórroga del estado de alarma habría de serlo, necesariamente, por el mismo plazo de la declaración (quince días) o cabría hacerlo por un plazo superior. En mi opinión, la interpretación correcta del precepto constitucional conduce, de manera razonable, a sostener que (análogamente a lo que sucede con el estado de

excepción) la prórroga del estado de alarma ha de ceñirse también al mismo plazo de la declaración inicial. Y ello por las siguientes razones.

La literalidad del precepto, en cuanto que «dicho plazo» no puede estar referido más que al plazo ya fijado para la declaración, y en cuanto que prorrogarlo, significa, en principio, «repetirlo» y no «ampliarlo», salvo que expresamente el precepto constitucional así lo hubiera dispuesto, cosa que no ha hecho.

La finalidad del precepto, que no es otra que la de asegurar la necesaria intervención periódica del Congreso autorizando la prórroga, con el objeto de que sobre la misma (y sobre las posibles prórrogas futuras) aquél ejerza su control. Es cierto que es el Congreso y no el Gobierno el que autoriza la prórroga, pero también lo es que de la Constitución cabe derivar la garantía de que, necesariamente, los plazos de la intervención parlamentaria serán cortos, no debiendo trascurrir más de quince días sin que el Congreso se pronuncie sobe la pervivencia del estado de alarma. Garantía que no puede quedar a la libre disposición de la mayoría de la Cámara, no sólo porque entonces se hurtaría a la minoría su derecho al ejercicio del control parlamentario, y a la opinión pública el conocimiento del debate que, sobre la prórroga, en la Cámara habrá de realizarse, sino, sobre todo, porque el propio Congreso no puede desapoderarse de una competencia co-decisora que la Constitución le tiene atribuida y que por ello ha de estimarse irrenunciable.

Conviene insistir en esto último, pues la intervención parlamentaria sobre el estado de alarma no tiene por objeto sólo recibir una «dación de cuentas» del Gobierno, a efectos de información y debate, sino, además, y sobre todo, decidir periódicamente la prolongación o el cese del estado de alarma. La periodicidad máxima de quince días que de la Constitución se desprende debe considerarse, por ello, una exigencia constitucional ineludible.

La LO 4/1981 no dice nada sobre el plazo de la prórroga del estado de alarma, pues únicamente expresa (art. 6.2) que el Congreso, al autorizar la prórroga «podrá establecer» su «alcance y condiciones», sin referirse para nada a la duración temporal. Es razonable entender que el término «alcance» se refiere a la extensión territorial y el de «condiciones» a la intensidad de las medidas, que son algo bien distinto a su «duración» o «plazo»; prueba de ello es que ese mismo precepto que sí se refiere a la «duración» como contenido necesario de la declaración, no hable de «duración» cuando se refiere a la prórroga (lo que permite deducir que esa duración no puede ser otra que prevista en el mismo precepto para la declaración).

De todos modos, si se entendiera que existe en el art. 6.2 de la LO una imprecisión sobre el plazo de la prórroga, tal imprecisión de la LO habría que resolverla interpretando la LO conforme a la Constitución, y de ésta se desprende, como ya se ha dicho, que el plazo de la prórroga no debiera exceder de quince días.

No valdría como razón el hecho de que el estado de alarma declarado hace diez años para hacer frente a la huelga de controladores aéreos fuese prorrogado (Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre) por treinta días, pues si, como cabría sostener, ello se hizo contraviniendo la Constitución, la inconstitucionalidad de entonces nunca podría servir para sanar la inconstitucionalidad de ahora.

Por todas estas razones considero que la prórroga de seis meses es contraria a la Constitución.

Dicho lo anterior, paso a referirme, sucintamente, a ciertas modificaciones que el RD de prórroga efectúa respecto del RD de declaración. Respecto de las limitaciones de derechos, se modifican (por los arts. Uno y Dos del RD de prórroga) los arts. 9 y 10 del RD de declaración, sin introducir cambios significativos, aunque reiterando que las medidas previstas en los arts. 5, 6 y 7 de ese RD, y su flexibilización (o ¡«suspensión»!) «serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad autónoma **cuando la autoridad competente delegada respectiva** [el presidente de la comunidad autónoma] **así lo determine**». Es decir, por si no estaba ya claro en el RD de declaración: que son los presidentes de las comunidades autónomas las autoridades decisoras en la adopción, modificación e incluso suspensión, de las medidas concretas del estado de alarma.

En cuanto al control parlamentario, se introduce (por el art. Tres del RD de prórroga) un cambio en el art. 14 del RD de declaración: ahora el Ministro de Sanidad solicitará su comparecencia en la Comisión de Sanidad del Congreso cada mes y no cada quince días; además, el presidente del Gobierno también solicitará su comparecencia cada dos meses ante el Pleno del Congreso. Al margen de que el presidente del Gobierno y los ministros están obligados a comparecer cuando la Cámara así lo decida, y no sólo cuando ellos así lo soliciten, lo que parece olvidar el RD de prórroga, lo cierto es que, los dos casos que prevé de comparecencia gubernamental voluntaria, lo son para «dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno en relación con la aplicación del estado de alarma» (como reconoce el propio RD de prórroga), es decir, para la realización de un mero control parlamentario ordinario, no, claro está, para un control parlamentario decisorio.

Y, en fin, se propicia la dejación de responsabilidad del Gobierno a la hora de decidir el levantamiento anticipado de la prórroga (pese a que esa decisión sólo a él, libremente,

corresponda, aunque supeditada, a mi juicio, a la voluntad del Congreso), puesto que se dispone (art. Tres del RD de prórroga, modificando el art. 14 del RD de declaración) que una vez «transcurridos cuatro meses de vigencia de la prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del estado de alarma, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud». Es decir, de un lado, parece que la prórroga sólo se levantará por el Gobierno si otro órganos distintos a él así lo piden y, de otro, parece también que una prórroga adoptada taxativamente por seis meses (como lo hace el RD en su art. 2: terminará a «las 0:00 horas del día 9 de mayo de 2021»), y ni siquiera «por un plazo máximo de seis meses», podrá modificarse (aunque sea en uno de sus extremos, el de la duración) acordando su levantamiento antes de que finalice el plazo, sin autorización parlamentaria. Es cierto que estas interpretaciones no se derivarían tanto de una prescripción normativa evidente como de una, pero fundada, «apariencia» que de la norma sí se desprende. Aun así, el texto del nuevo art. 14 que antes se ha transcrito no deja de ser inquietante, al menos por su imprecisión.

No quisiera insistir otra vez en la improcedencia constitucional de convertir la «gobernanza» exclusivamente estatal de las decisiones sobre el estado de alarma en una «cogobernanza» del Estado y las comunidades autónomas, en la que, además, la competencia estatal queda reducida a la tarea de coordinación, puesto que la auténtica «gobernanza» se deposita en manos de los presidentes autonómicos. Pero no me resisto a repetir que, aparte de la incorrección constitucional que ello supone, cabe advertir del riego de ineficacia que una situación así, durante seis meses, podría generar, cuando resulta que la lucha frente a la pandemia, por su extrema gravedad y su carácter ya no nacional, sino mundial, estaría más necesitada de dirección unitaria que de direcciones plurales y dispersas.

La improcedencia constitucional de convertir la «gobernanza» exclusivamente estatal de las decisiones sobre el estado de alarma en una «cogobernanza» del Estado y las comunidades autónomas

Por último, en este análisis de la prórroga, no cabe desechar la eventualidad de que, si la gravedad de la pandemia continúa, haya de acudirse al llamado «confinamiento individual», medida no prevista en la prórroga y que obligaría, según declaraciones gubernamentales, a una nueva declaración del estado de alarma. En mi opinión, y en cuanto que dicho confinamiento individual lo que viene a significar es una especie de reclusión domiciliaria general y obligatoria, tal medida supondría, más que una limitación, una auténtica suspensión de los derechos de libertad personal (art. 17.1 CE) y de libertad de circulación (art. 19 CE), que únicamente cabría establecer mediante el estado de excepción y no de alarma (así lo sostuve más atrás respecto de la declaración del estado de alarma de 14 de

marzo pasado).

3. Reflexiones conclusivas sobre esta declaración del estado de alarma y su prórroga.

No voy a insistir más en la crítica al decreto de declaración del estado de alarma y a su prórroga, solo me queda advertir que, en el fondo, lo que está sucediendo se enmarca un proceso degenerativo de la política iniciado en los últimos años, no sólo en España, aunque creo que aquí más acentuado. La situación de nuestra democracia parlamentaria (y más concretamente de nuestro régimen parlamentario) es lamentable: Gobierno en minoría que sólo subsiste por el apoyo de partidos enfrentados con la Constitución; ausencia, al menos entre los dos partidos con mayor representación parlamentaria, de voluntad de pactos políticos transversales; radicalismo y enfrentamiento entre bloques; escaso respeto a la Monarquía parlamentaria y a la independencia judicial. No es de extrañar que este proceso degenerativo de nuestra democracia parlamentaria nos haya conducido en estos momentos, cuando peligran gravemente la vida y el bienestar de todos los ciudadanos, a una auténtica desvirtuación, por el gobierno y el Congreso, de nuestro Derecho constitucional de excepción.

Es lamentable, igualmente, la situación a que ha llegado nuestro Estado autonómico, incapacitado de actuar de manera normal frente a la pandemia por la ausencia de una legislación básica que le habilitase para ello y apoderado ahora para actuar de manera excepcional mediante una delegación constitucionalmente inadmisible, con un resultado plagado de confusión y dispersión territorial (por mucho que ello trate de encubrirse mediante unos instrumentos de coordinación que, ni proceden en el Derecho de excepción, ni son en todo caso suficientes). Es cierto que nuestro Estado autonómico tiene algunos defectos estructurales y funcionales que convendría remediar, pero los problemas que en él se han detectado con ocasión de las medidas frente a la pandemia no se deben tanto a su estructura cuanto a su inadecuada (y a veces indebida) aplicación.

Como también es lamentable la situación de nuestro Estado de Derecho, maltratado desde hace tiempo y ahora más aún, por actuaciones muy poco en consonancia con él. De manera criticable, y no me importa repetirlo, estamos asistiendo a un proceso que se caracteriza por el reiterado desvío, en la práctica política e institucional, de lo que la Constitución exige, en su letra y en su espíritu. Y no sólo en relación con las medidas para hacer frente a la pandemia, sino en general. No es ese el comportamiento que nuestra democracia constitucional requiere, sencillamente porque sin el Estado de Derecho aquélla pierde todas sus garantías.

No tiene por qué haber contradicción entre Constitución y pluralidad territorial e ideológica, ya que ambas situaciones están perfectamente acogidas en las reglas ordenadoras de nuestra convivencia. Tampoco entre Constitución y salud, porque ésta puede perfectamente protegerse de modo constitucional: a través del Derecho ordinario y, si fuera preciso, a través del Derecho de excepción. Eso sí, cumpliendo fielmente lo que, en todos esos planos, la Constitución ha dispuesto.

Mal camino llevamos, pues, desde el punto de vista institucional, que puede ser también un mal camino para hacer frente, con eficacia, a los gravísimos daños sanitarios, económicos y sociales que la pandemia está originando. No es esperanzador que a la grave pandemia sanitaria se esté uniendo una, también grave, pandemia política.

Termino con una última reflexión que a los juristas personalmente nos atañe. Precisamente porque en la democracia constitucional no hay, ni debe haber, contradicción entre democracia y Estado de Derecho, como tampoco entre democracia y eficacia de los poderes públicos en la consecución y preservación de los intereses generales, los juristas debemos manifestarnos críticamente frente a los incumplimientos de la Constitución. Pero también, además de esa crítica «reactiva», debemos realizar al mismo tiempo una crítica «propositiva», poniendo igualmente de manifiesto que, a diferencia de lo que ha sucedido, hay otras formas de que los poderes públicos actúen de conformidad con lo dispuesto en la Constitución. Así, relación con la declaración y prórroga del esto de alarma que se han venido analizando, ya he indicado más atrás cómo, frente a lo que, criticablemente, se ha hecho, había otra alternativa, también constitucional y eficaz, para adoptar las medidas necesarias que la actual situación requiere.

VI. LECCIONES A EXTRAER SOBRE LO ACTUADO Y PROPUESTAS PARA HACER FRENTE CON MAYOR EFICACIA Y GARANTÍAS A LA SITUACIÓN PANDÉMICA QUE SEGUIMOS PADECIENDO O A OTRAS SIMILIARES QUE SUFRIÉRAMOS EN EL FUTURO.

1. El Estado autonómico: ¿fracaso o inaplicación del modelo?

Todos los problemas que se han venido examinando conducen, de manera inevitable, a una reflexión general acerca del Estado autonómico. Del mismo modo que al comienzo de la crisis sanitaria se expresaron opiniones sobre la inadecuación de nuestro Derecho de excepción a la nueva realidad de la pandemia provocada por el coronavirus, ahora, cuando ésta ha vuelto a surgir, se ha extendido la idea de que la organización de nuestro Estado autonómico no es la más adecuada para hacerle frente. Ambas opiniones merecen ser rebatidas.

En la declaración del estado de alarma del pasado marzo (y en sus sucesivas prórrogas), cuya justificación constitucional era clara, puesto que, como ya he dicho, el Derecho de la normalidad no permitía las limitaciones de derechos que entonces eran necesarias, el problema, a mi juicio, no era ese, sino que, además de limitaciones, en aquella declaración (y en varias de sus prórrogas) se establecieron, a mi juicio, suspensiones de derechos, algo que el estado de alarma no permite. Y ese problema no cabe achacarlo a una supuesta obsolescencia de las previsiones de la LO 4/1981, sino a su incorrecta interpretación, pues la suspensión de derechos que, en mi opinión, el estado de alarma produjo podía haber sido resuelta aplicando debidamente las previsiones de la LO, que, bien entendidas, permitían perfectamente haber tenido a la pandemia como un supuesto comprendido en el estado de excepción y no, forzando las cosas, en el de alarma. Esa incorrecta aplicación de nuestro ordenamiento constitucional ha vuelto a darse en la declaración del estado de alarma que afectó a determinados municipios de Madrid y en la última declaración 25 de octubre, de ámbito nacional, y su prórroga, no ya por el problema de la suspensión de derechos, pero sí por otros que más atrás se han señalado.

Y lo mismo sucede con el ordenamiento del Estado autonómico. El caos, la desorganización y los problemas de eficacia generados por el traslado a las comunidades autónomas de la responsabilidad de hacer frente a los rebrotes del coronavirus no muestran las falencias del modelo territorial, sino la inadecuada aplicación del mismo. Al margen de que ese modelo deba de ser reformado para dotarlo de mayor eficacia, algo que es claro, lo cierto es que el modelo actual no tenía por qué haber producido la situación antes descrita si se hubiese aplicado de manera correcta. Es decir, si el Estado se hubiera hecho cargo de las responsabilidades a que el modelo le obliga. En resumidas cuentas, si el poder estatal hubiese utilizado las competencias que tiene (entre ellas la de reformar la legislación sanitaria para habilitar correctamente posibles limitaciones de derechos y la de acudir, cuando ha sido necesario, al estado de alarma sin desfigurarlo) en lugar de endosar a las comunidades autónomas una actuación que excede de las competencias de éstas.

Estas reflexiones son trasladables a un ámbito más general del funcionamiento del Estado. A veces se imputan al modelo constitucional carencias que no obedece a sus deficiencias normativas, sino, en la mayoría de las ocasiones, a su inadecuada aplicación. Muchos de los problemas que se achacan a nuestro Estado constitucional democrático y autonómico no son consecuencia de las normas que lo regulan, sino de que éstas no se cumplen. De acuerdo con las previsiones constitucionales, y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, determinados problemas que nos aquejan (y no sólo los derivados de la pandemia) podrían haber sido encauzados de mejor manera si los poderes públicos actuasen de conformidad

con el ordenamiento constitucional. Ha sido la práctica desviada de esas previsiones normativas la que nos ha conducido a una situación institucional y social lamentable.

Por ello, en tiempos de aflicción, como los de ahora, sin perjuicio de auspiciar reformas estructurales de nuestro ordenamiento constitucional, quizás lo más perentorio sea, probablemente, actuar de conformidad con él. No tenemos un Estado estructuralmente fallido. Lo que tenemos es unos poderes públicos que fallan en el cumplimiento de sus obligaciones por no acudir a los resortes que la Constitución le brinda. Ese es uno de nuestros principales problemas. En lo que se refiere al Estado autonómico, lo que procede es que los diversos poderes públicos actúen con las competencias y la responsabilidad que ese Estado les demanda. Ello no asegura la victoria sobre la pandemia, pero al menos permitiría hacerle frente con mayores probabilidades de éxito.

2. La regulación constitucional del Derecho de excepción es adecuada en términos generales, aunque sería conveniente una reforma del art. 55.1 CE

Como se analizó más atrás, las previsiones contenidas en los arts. 55.1 y 116 CE pueden considerarse adecuadas en términos generales para hacer frente a las crisis, de cualquier naturaleza y gravedad, manteniendo al mismo tiempo las reglas y principios esenciales de nuestro Estado constitucional democrático y de Derecho. No obstante, la práctica puesta de manifiesto durante la actual pandemia aconseja que, cuando se den las condiciones políticas para efectuar una reforma de la Constitución, podría ser conveniente introducir en su art. 55.1 el derecho de libertad de empresa como uno de los derechos fundamentales de posible suspensión en el estado de excepción.

3. La causa posible de los principales problemas detectados.

En realidad, todos o casi todos los problemas que hasta ahora hemos ido señalando obedecen a una causa: la necesidad de adoptar medidas ante una crisis de dimensiones (nacionales e internacionales) nunca vistas. Para hacer frente a esta crisis, los poderes públicos, y en especial el poder ejecutivo, han tenido que reaccionar mediante decisiones de gran intensidad y, de manera casi inevitable, con ciertas dosis de improvisación. Ello resulta comprensible, pero no impide que de lo actuado quepa extraer algunas lecciones, de naturaleza jurídica, y no política (ajena a nuestro Informe), no tanto para censurar lo hecho, como para prevenir unas mejores respuestas, o en todo caso más constitucionalmente adecuadas, si en el futuro volviese a darse otra crisis de aquellas características.

En este sentido, la primera lección, más general, que cabe extraer de lo sucedido es que la magnitud de una crisis como la originada por la pandemia COVI-19, que requiere

necesariamente para hacerle frente de la práctica paralización general de la libertad de movilidad personal, o de gran parte de la actividad económica nacional y de la actividad social (en educación, transportes, relaciones laborales, cultura, deportes, etc. etc.), difícilmente encaja en el estado de alarma, que está previsto para emergencias de menor intensidad y que, por ello, no permite la suspensión de derechos ni la paralización de actividades de modo tan amplio y en grado tan intenso como el que ha sido necesario adoptar. El orden público, o si se quiere, el orden social básico de la convivencia, ha tenido que alterarse hasta límites insospechados. La situación de auténtica emergencia y extrema saturación del sistema sanitario como consecuencia de la pandemia ponen aún más de manifiesto la extrema gravedad de esta crisis.

Por ello, una crisis así, más que presupuesto del estado de alarma cabría entender que lo es del estado de excepción, porque sólo por él, y dentro de él, pueden tomarse decisiones que el estado de alarma impide, y que ahora ha sido preciso poner en marcha, pero a costa de ocasionar determinados problemas jurídicos que ya hemos venido señalando (uso quizás no adecuado de los decretos-leyes, órdenes ministeriales quizás exorbitantes, restricciones de derechos más próximas a la suspensión que a la limitación, etc.).

Por lo demás, el estado de excepción (que permite, sí, suspender determinados derechos) no significa una restricción de los controles democráticos, políticos y jurisdiccionales, sino, por el contrario, su acentuación, puesto que no puede declararlo el Gobierno por sí sólo, ya que precisa de la autorización del Congreso de los Diputados. Y durante su vigencia no puede eliminarse el control parlamentario del Gobierno, ni interrumpirse el funcionamiento de los poderes del Estado. No hay, pues, que tener recelos democráticos para acudir a ese estado cuando la situación así lo exige. Además, la posibilidad de suspender determinados derechos queda en manos del Congreso, por lo que no habrán de ser suspendidos necesariamente todos los determinados en el art. 55.1 CE, sino, de entre ellos, sólo los que sean «estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» (como dispone el art. 1.2 LO).

No cabe desechar que, si la gravedad de la pandemia no alcanzara el grado necesario para necesitar de la suspensión de derechos, el estado de alarma podría ser suficiente, eso sí, si se adopta respetando lo que, para él, han previsto la Constitución y la LO 4/1981, que no es lo que ha sucedido, al menos, en el estado de alarma decretado el 25 de octubre y en su prórroga por seis meses, como ya se explicó.

4. Conveniencia de una reforma de la LO 4/1981

Ya hemos adelantado que, en nuestra opinión, no era estrictamente necesario reformar la LO

para que la actuación ante la pandemia hubiera sido no sólo eficaz, sino también constitucionalmente adecuada, eso sí, interpretando correctamente dicha Ley. Sin embargo, con vistas al futuro, sí que podría ser conveniente modificarla para regular mejor el estado de alarma, señalando cuidadosamente las limitaciones de derechos que fuesen necesarias, excluyendo, claramente, la posibilidad de suspenderlos, especificando, de manera más completa que ahora, las medidas de orden sanitario, etc., que las autoridades del Estado pueden adoptar con validez para todo el territorio nacional, desplazando en ese caso las competencias autonómicas, aclarando que las prórrogas del estado de alarma únicamente podrán establecerse por un plazo máximo de quince días, y determinando que el desarrollo de los decreto de declaración y prórroga no permitirá que, por reglamentos, se establezcan límites sustantivos a los derechos fundamentales.

Ello podría servir probablemente para que, sobre la base de dicha Ley reformada, una crisis sanitaria, o de otro tipo (piénsese en desastres naturales), aunque de menor gravedad que la originada por la CVID-19, pudiese ser combatida mediante el estado de alarma con menos problemas, jurídicos, económicos y sociales, de los que hemos padecido.

Sin embargo, y para eliminar de manera más completa esos problemas, también convendría modificar la LO con objeto de regular mejor el estado de excepción, incluyendo entre sus supuestos de hecho las crisis sanitarias (o incluso originadas por desastres naturales) de tal magnitud que no pudieran ser remediadas a través de las medidas propias del estado de alarma. Carece de sentido, como ya se advirtió más atrás, que si la magnitud de la crisis conduce a la verificación de que sólo puede combatirse mediante las medidas propias del estado de excepción, éste no pudiera ser declarado.

5. Necesidad de una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para dotar de mayor eficacia al control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas de los estados previstos en el art. 116 CE

Una vez regulados mejor los estados de alarma y excepción en la LO 4/1981, nuestro Estado de Derecho tiene que ofrecer la seguridad de que la declaración de los estados de alarma y excepción, y sus prórrogas (no hacemos objeto de este Informe lo relativo al estado de sitio) se adecúan a la CE y esa propia LO. Aquí ya no se trata del control parlamentario, que subsiste y puede ser eficaz, pero que, ineludiblemente, queda en manos de la mayoría, sino del control jurisdiccional, único control objetivado cuyo ejercicio se basa en razones exclusivamente jurídicas.

Para que ese control jurisdiccional sea una realidad, fácilmente practicable y de eficaz resultado, y dado que los decretos de declaración y sus prórrogas son normas con fuerza de

ley, la única vía jurisdiccional para controlarlos de manera inmediata, como el Estado de Derecho requiere, es la de otorgar al Tribunal Constitucional una nueva competencia, para añadirla a la única que ahora tiene (a través del procedimiento ordinario del recurso de inconstitucionalidad, o al posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad), cuya larga sustanciación e ineludible tardía resolución, pueden restar eficacia al control.

Se trataría de establecer una vía preferente, sumaria y urgente de recurso frente los decretos de declaración y prórroga que permitiese que, en muy pocos días desde la impugnación, el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia. Tal urgencia procedimental sería absolutamente coherente con la naturaleza excepcional del Derecho que se ha de controlar. La legitimación para instar ese control urgente sólo debería recaer en la minoría parlamentaria, y no en los demás legitimados para interponer (como hasta ahora) los recursos ordinarios de inconstitucionalidad frente a estos decretos con fuerza de ley, que, como vía complementaria y a disposición de todos los legitimados por el art. 162.1 CE, no es conveniente (ni constitucionalmente posible) hacerla desaparecer

De ahí que propugne una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que prevea que, a partir de la publicación de la declaración de un estado de alarma, excepción o sitio, y de sus prórrogas, un mínimo de 50 diputados o 50 Senadores puedan impugnar, en un plazo máximo de tres días, tales decretos ante el Tribunal Constitucional.

Recibida esa impugnación (que se atendría a la forma y contenido de las demandas en el recurso de inconstitucionalidad), el Tribunal la trasladaría al Gobierno y al Congreso de los Diputados para que puedan comparecer y presentar alegaciones en el plazo perentorio de tres días. Trascurrido ese plazo, el Tribunal habría de dictar sentencia en otros tres días. Esta perentoriedad resulta inexcusable para que tal control pueda ser eficaz, y no significaría impedir un examen más detallado y minucioso del problema, en cuanto que continuaría abierto el procedimiento ordinario del recurso de inconstitucionalidad, cuya compatibilidad con la impugnación urgente debería quedar salvada en la propia LOTC.

De este modo, el principio general implícito que se deriva de las previsiones constitucionales (requerido por nuestro sistema de Derecho de excepción, que atribuye a los poderes públicos facultades limitadas y controlables) y que recoge correctamente la Ley Orgánica 4/1981 en su art. 1.2 («las medidas a adoptar… serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad»), aparte de verificable políticamente por el Congreso (que participa en las decisiones sobre los tres estados), lo será también, jurídicamente, por el TC, no sólo mediante el recurso de inconstitucionalidad ordinario (como ahora, y que deberá

conservarse), sino también, de manera perentoria y eficaz, mediante este otro recurso de inconstitucionalidad extraordinario y urgente al que nos hemos venido refiriendo. Ello permitirá al TC ejercer un inmediato control de razonabilidad sobre las medidas limitativas de derechos de los ciudadanos o de competencias de los entes territoriales, y de proporcionalidad sobre las medidas que supongan una suspensión de derechos.

Esta diferente intensidad del control según se trate de verificar la constitucionalidad de las limitaciones de derechos o de su suspensión, resulta de gran importancia, porque creemos que en las situaciones de excepción el canon de control tiene alguna peculiaridad que lo distingue del que cabe utilizar en las situaciones de normalidad.

A diferencia de lo que sucede en las situaciones de normalidad (donde las limitaciones de derechos han de estar regidas por el principio de proporcionalidad), en las situaciones de excepción el control jurisdiccional de esas limitaciones (y de cualquier otra medida en relación con la organización territorial del Estado o cualesquiera materias que hayan de ser afectadas) ha de ser un control externo, esto es, regido por el principio de razonabilidad que tiene a la arbitrariedad como el último valladar que no puede saltarse. Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional para las situaciones de excepción, establecida por la STC 89/2019 a propósito del art. 155 CE.

En cambio, a nuestro juicio, el control jurisdiccional de las suspensiones de derechos, suspensiones que sólo pueden darse en los estados excepcionales (nunca en las situaciones de normalidad), y supuesto que no ha sido objeto de la jurisprudencia constitucional ya citada porque el art. 155 CE no las ha previsto, ha de ser, necesariamente, aún más incisivo: un control interno basado en el principio de proporcionalidad, pues así lo requiere el alto valor constitucional de lo que se puede suspender. Carecería de sentido que el control de lo más grave (la suspensión de derechos) en las situaciones de excepcionalidad, fuese menos intenso que el control de lo menos grave (limitación de derechos) en las situaciones de normalidad.

6. Derecho de excepción y tutela judicial efectiva

Conviene advertir que, que pese al hecho de que sólo determinadas instancias públicas puedan acudir al Tribunal Constitucional para impugnar directamente la declaración o la prórroga de los estados de alarma o de excepción (en este Informe no ha lugar a tratar del estado de sitio), los ciudadanos no quedan indefensos.

De un lado, porque el recurso de amparo siempre está abierto, previa utilización de la vía judicial previa, para ser interpuesto por los particulares frente a cualquier medida, ya sea un

acto o una norma sin fuerza de ley, adoptada por los poderes públicos que estimasen vulneradora de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. Es cierto que la vía del amparo, por ser subsidiaria a la judicial, puede no dar respuesta inmediata a dichas reclamaciones, pese a la potestad del Tribunal Constitucional de suspender el acto productor de la vulneración.

De otro lado, porque los ciudadanos no están privados de una tutela jurisdiccional inmediata, ni en el estado de alarma ni en el de excepción, ya que pueden impugnar desde el primer momento, en la jurisdicción ordinaria, por la vía contencioso-administrativa, los actos e incluso los reglamentos que, en aplicación de las medidas de emergencia, entendieran que habían vulnerado sus derechos. Sólo si en esa vía judicial la vulneración no se hubiera remediado, les cabría entonces acudir al recurso de amparo.

En el caso de que tales vulneraciones tuvieran incluso su origen mediato en los decretos de declaración o prórroga, el sistema de garantías que protege a los ciudadanos no desaparece, porque los órganos judiciales, ante los que se recurriera por actos o medidas de aplicación de aquellos decretos, pueden plantear ante el Tribunal Constitucional, respecto de ellos, la cuestión de inconstitucionalidad.

Durante las situaciones de emergencia previstas en el art. 116 CE, el Estado de Derecho no desaparece, como tampoco el Estado democrático. Esa es una de las virtudes de nuestro Derecho constitucional de excepción que es justo reconocer.

7. Reformas de la legislación ordinaria

Con ocasión de lo actuado durante el estado de alarma de ámbito nacional decretado el 14 de marzo y, con posterioridad, hasta hoy (incluida la última declaración, de 25 octubre, de otro estado de alarma de ámbito nacional y su prórroga) se han puesto de manifiesto también algunas carencias de nuestra legislación ordinaria que convendría solucionar. No tanto en lo que se refiere a nuestro Derecho de excepción, sino con vistas al Derecho de la normalidad. De ahí la conveniencia de determinadas reformas de la legislación laboral, sanitaria y de salud pública para que, mediante la legislación básica y la potestad de coordinación, mejorase la regulación actual y diera más protagonismo el Estado para hacer frente con eficacia a los problemas ordinarios (no excepcionales) que, en esas materias, pudieran surgir de la división territorial del poder. Téngase en cuenta que el Estado autonómico no debe impedir la capacidad de actuación de las autoridades estatales cuando los intereses generales así la demanden, simplemente porque esa forma de Estado no está, ni puede estar, basada en la absoluta separación territorial de los poderes, sino en una distribución de competencias sustentada en el equilibrio entre unidad y autonomía.

También es necesario que, para prestarle la debida cobertura constitucional, se prevean, mediante ley orgánica (en el caso de la libertad de empresa, bastaría la ley ordinaria), con el grado suficiente de determinación, algo que ahora no sucede, las medidas ordinarias (no excepcionales) que habrían de adoptarse sobre limitaciones generales o indiscriminadas de derechos fundamentales con el objetivo de hacer frente a la pandemia.

Por último, y sin perjuicio de todo lo anterior, debe subrayarse que en todo caso, nuestro Estado autonómico, respetuosamente aplicado, no permite a los poderes centrales trasladar las comunidades autónomas la completa responsabilidad de hacer frente a la crisis que padecemos, ya que aquellos (Gobierno y Cortes Generales) tienen unas competencias exclusivas irrenunciables y, por ello, de obligatorio ejercicio. Ello no impide, en situaciones de normalidad, la necesaria colaboración (a través de la cooperación y la coordinación) entre el Estado y las comunidades autónomas. El correcto equilibrio entre la actuación unilateral estatal (en uso de sus competencias exclusivas) y la actuación coordinada entre el Estado y las comunidades autónomas (en los supuestos en que ambas entidades actúan en el ámbito de sus respectivas competencias) es lo que nuestro Estado autonómico demanda.

Ello no impide que, en momentos de mayor calma política, deba acometerse una reforma constitucional para mejorar nuestro Estado autonómico, algo que cada día resulta más conveniente. No obstante, me parece oportuno repetir que, aun con sus actuales defectos, el Estado autonómico podía haber funcionado de manera más adecuada de lo que ha sucedido, y está sucediendo, con ocasión de la pandemia.

MANUEL ARAGÓN REYES
Ex catedrático de Derecho Constitucional y magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España