EL ESTADO DE ALARMA Y EL DERECHO DE CRISIS EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL*

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

Resumen

Se parte del acierto constitucional de atender a las situaciones de crisis con su provisionalidad y limitaciones materiales correspondientes. Y ello pensando en los derechos afectados o las instituciones cuyo funcionamiento se altera, e interpretando correctamente la peculiar regulación al efecto, sea la propia Constitución o la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Así se examinan los dos Estados de Alarma nacionales declarados con ocasión de la pandemia del Coronavirus. Ambos se consideran justificados, pues las restricciones de derechos no incurren en su suspensión, propia del Estado de excepción y, aunque, con una acentuación diferente, de tendencia centralizada el primero o descentralizada el segundo, respetan el marco territorial constitucional. La conclusión no obstante es la conveniencia de una ley específica de las crisis sanitarias, que reduzca la inseguridad jurídica en que se mueven especialmente las Comunidades Autónomas.

Palabras clave

Derecho de crisis; estado de alarma; estado de excepción; principio de proporcionalidad; limitación de derechos; suspensión de derechos; competencias sanitarias y marco territorial.

Abstract

It is based on the constitutional wisdom of attending to crisis situations with their provisionality and corresponding material limitations. And this thinking about the affected

* Esta contribución mía debe remitir para desarrollos más detenidos a mis trabajos anteriores sobre el particular. Me refiero a «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma» en el libro dirigido por BIGLINO, P., y DURAN, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, 2021, y «La crisis del Coronavirus tras el primer estado de alarma», en trance de publicación, también como el volumen que se acaba de citar, por la Fundación Giménez Abad.

rights or the institutions whose operation is altered, and correctly interpreting the special regulation to that effect, be it the Constitution itself or the Organic Law of the States of Alarm, Exception and Siege. This is how the two national States of Alarm declared on the occasion of the Coronavirus pandemic are examined. Both are considered justified, since the restrictions of rights do not incur in their suspension, typical of the State of exception and, although, with a different accentuation, of a centralized tendency the first or decentralized the second, they respect the constitutional territorial framework. The conclusion, however, is the convenience of a specific law on health crises, which reduces the legal uncertainty in which the Autonomous Communities especially operate.

Keywords

Crisis law; state of alarm; state of exception; principle of proportionality; limitation of rights; suspension of rights; health competences and territorial framework.

SUMARIO: I. La constitucionalización del derecho de crisis. Su interpretación correcta y el juego del principio de proporcionalidad. II El marco normativo de los estados de crisis y la Declaración del Estado de alarma. III. La corrección de la Primera Declaración del Estado de alarma nacional desde el punto de vista de los derechos. IV. La corrección de la Primera Declaración del Estado de alarma nacional desde el punto de vista de la centralización que hace posible. V. La declaración del Segundo Estado de alarma nacional VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRISIS. SU INTERPRETACIÓN CORRECTA Y EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

NO son muchas las pautas normativas ni jurisprudenciales en relación con nuestro derecho de crisis y, específicamente, el Estado de alarma. Unos pocos preceptos constitucionales, la Ley Orgánica de los Estados de alarma, excepción y sitio de 1981(LOAES), y una Sentencia del Tribunal Constitucional, precedida de un auto, y seguida, tras el Estado de alarma recientemente declarado, de la inadmisión de un amparo en relación con una manifestación convocada durante la pandemia (1). Esta situación implica sin lugar a duda que en relación con el derecho de crisis sea conveniente recurrir al panorama constitucional comparado; y que asimismo debamos tomar en cuenta algunos principios de interpretación aplicables especialmente a los estados excepcionales.

(1) Respectivamente, STC 83/2016; ATC 7/2016; y ATC 40/2020. Añádase ahora también la STC de 14 de julio de 2021.

Con lo que nos encontramos en la teoría constitucional es con la valoración positiva de la constitucionalización de los derechos excepcionales. Parece un éxito de la constitución normativa admitir que la Norma Fundamental rija tanto en los tiempos ordinarios como en los periodos de crisis, así como que se admita la necesaria provisionalidad de estos períodos, y su limitación material, de modo que los derechos restringidos con sus garantías sean estrictamente los imprescindibles, y las alteraciones del funcionamiento institucional se reduzcan al máximo. Como es obvio ello es lo que demanda la idea instrumental de los estados excepcionales que no los contempla como la manifestación de la verdadera soberanía sino como la exigencia de la recuperación constitucional futura. En efecto, la situación excepcional solo puede declararse en determinadas circunstancias, sea que la vida del Estado sufra graves perturbaciones o que peligre el orden constitucional, y su objetivo no es «excepcionar» el sistema constitucional o proceder a su sustitución, sino establecer las condiciones para su restauración. La recuperación constitucional determina la justificación del estado de crisis, las medidas que en el mismo tomen las autoridades y su límite, pues las actuaciones en cuestión solo son lícitas si sirven al restablecimiento constitucional y se atienen al principio de proporcionalidad.

Como queda dicho, la situación excepcional se limita a las modificaciones del régimen de los derechos, en punto a su restricción o la pérdida de garantías sobre todo judiciales de su normal ejercicio, y dependiendo en su alcance del tipo de crisis, de acuerdo con una visión graduada del peligro, pero sin que pueda afectar a todos los derechos, o suponer su pérdida, sino solo su suspensión o la clase de la protección de que dispongan.

De otro lado, por lo que hace al plano institucional, la declaración de la situación de crisis implica, según la experiencia conocida, una gubernamentalización del sistema institucional (2), pues después de todo gobernar supone afrontar de modo inmediato y decisivo los problemas de la comunidad en toda circunstancia, pero sin olvidar la indudable condición parlamentaria de las democracias. Así en nuestro sistema, descompensado, como se sabe, el Congreso autoriza la prórroga del estado de alarma, autoriza y fija sus términos en la declaración del estado de excepción a cargo del Gobierno, y adopta la declaración del estado de sitio, ahora por mayoría absoluta. La alteración del funcionamiento institucional del Estado no implica la ausencia de responsabilidad política de las autoridades ni su exención jurídica, sin que pueda aceptarse en el Estado constitucional una *Bill of indemnity* que asegure inmunidad alguna a los poderes públicos por su actuación durante el período excepcional. En España, las declaraciones de los estados como actos del Estado con fuerza de ley son controlables por el Tribunal Constitucional (art. 27 LOTC). Por su parte, el artículo 169 de la CE establece que no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados de crisis que hemos contemplado. «La atención a los criterios de interpretación del derecho de crisis» ha de contar con que éste, y en parte por la incertidumbre de las situaciones a afrontar, y como consecuencia de la necesidad de que el Gobierno disponga de la oportuna flexibilidad, se caracterizará por la indeterminación de la regulación al efecto. El Ejecutivo encontrará en la ley un marco más habilitador que referencial, de modo que sus manos no han de encontrarse atadas por el principio de legalidad, entendido de modo rígido. Las normas de la

(2) La declaración de cualquiera de los estados de emergencia conlleva inexorablemente “una potenciación de las potestades públicas” (STC 14 de julio 2021).

excepción emplearán posiblemente cláusulas generales, esto es, conceptos jurídicos indeterminados, o incluirán enumeraciones abiertas, y recurrirán a fórmulas de habilitación universal. De otro lado, como ya insinuábamos arriba, aunque el derecho de crisis se trate de un derecho sobre situaciones odiosas, a contemplar de modo restrictivo, también se refiere a una materia de natural dinámica que debe dejar un cierto margen de discrecionalidad en su entendimiento, de modo que no podamos pensar que lo no previsto está prohibido.

En la interpretación del derecho de la crisis juega un papel importante «el principio de proporcionalidad». El hecho de que el mismo no tenga constancia constitucional explícita debe mover a su utilización prudente, ya se emplee por la autoridad gubernativa o el juez en su función de control. No estamos ante una cláusula de apoderamiento extra competencial para el Gobierno ni se trata de un instrumento para que los tribunales disimuladamente excedan las limitaciones técnicas de intervención. Para la Administración el principio de proporcionalidad opera como un límite cuando la ley no prevé su actuación en detalle sino solo la habilita. Su actuación restrictiva debe ser necesaria constitucionalmente hablando; adecuada, de modo que exista congruencia entre la finalidad de la restricción y la regulación establecida; y, por último, ha de consistir en una intervención mínima que no ponga en peligro la adecuación e idoneidad, así como la necesidad o justificación de la medida.

La significación de este principio es diferente, decíamos, según hablemos del Ejecutivo o de los jueces y tribunales. En el primer caso la proporcionalidad debe ser compatible con la discrecionalidad, a la que limitaría en caso de abuso o supuestos de arbitrariedad manifiestos. En cambio, la construcción de este principio como parámetro de control a ejercer por parte de jueces y tribunales (incluido el TC) ha de ser exclusivamente técnica, evitando que su empleo suponga la sustitución del criterio de oportunidad del Gobierno por el del juez.

II. EL MARCO NORMATIVO DE LOS ESTADOS DE CRISIS Y LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Como sabemos el «Estado de alarma» es una de las situaciones de crisis constitucional que contempla nuestra Norma Fundamental. La regulación constitucional es, ya lo hemos dicho, más bien parca, y el entendimiento de tal figura debe hacerse considerando además del artículo 116 CE, por defecto, el artículo 55 CE que especifica los derechos suspendibles durante los estados de excepción y sitio. La Constitución se remite a una ley reguladora de los estados excepcionales que se aprobó efectivamente en su momento (LO 4/1981, de 1 de junio de los Estados de alarma, excepción y sitio LOAES).

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) lleva a cabo el desarrollo normativo contemplado en el artículo 116 CE. En el Primer Capítulo de la ley, que precede a la regulación de cada uno de los estados de emergencia constitucionales, se recogen disposiciones comunes a los tres estados. Así, en dicha sede se contiene una definición genérica de las situaciones que puedan dar lugar a la declaración de cualquiera de ellos, disponiendo al respecto que la misma procederá «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los

poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (art. 1.1). Y se proclaman una serie de principios que regirán en todas las situaciones de crisis. Son los de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2), pues las medidas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales; temporalidad (art. 1.3), pues el derecho de excepción deja de ser aplicable transcurrido el plazo de su duración; vigencia inmediata, que se produce en el mismo momento de su aparición en el BOE; publicidad (art. 2), pues su difusión es obligatoria por todos los medios; y responsabilidad, pues no se exime del mismo a las situaciones de excepción, controles judiciales e indemnización (art. 3.2) (3).

Por lo que hace al «Estado de alarma», como primera situación de crisis a la que se refiere el artículo 116 de la Constitución, procede su declaración en los casos de alteración grave de la normalidad, hablemos de catástrofes naturales, crisis sanitarias o situaciones en las que cualquiera que sea la causa, por ejemplo una conflictividad social extremada, se produzca el desabastecimiento o una paralización de los servicios esenciales. «Los supuestos» no están claramente determinados en la ley, pero manifiestamente la situación de emergencia no tiene una raíz política o constitucional sino que más bien es causada por una grave crisis natural, sanitaria o social, que ha de ser afrontada inmediatamente. La intervención del Gobierno procediendo a la declaración del estado de alarma, depende de la gravedad de la crisis, que es función de la entidad del peligro («la alteración grave de la normalidad»), de la dimensión territorial del mismo, así como de los instrumentos o medios disponibles, manifiestamente superiores si quien interviene es el Gobierno de la Nación. No es preciso anudar la intervención del Gobierno a un título competencial específico (a un poder en la crisis), sino a su función constitucional de dirigir la política del Estado, que comprende obviamente su respuesta a las situaciones de peligro para los fundamentos de la vida política y social de todos. El juicio sobre la concurrencia de los supuestos fundamentales para la declaración del estado de alarma en el sistema constitucional corresponde hacerlo al Gobierno, que se encuentra obligado a los procedimientos establecidos de la declaración, pero que fuera de una interpretación de sus facultades manifiestamente abusiva y que resultase obviamente desproporcionada, dispone de un margen de discrecionalidad correspondiente a la actividad política sobre cuya pertinencia vela quien ejerce el control parlamentario y que tendrá lugar específicamente si se solicitase la prórroga, y sin demérito de la obligación de comunicación al Congreso de la información pertinente, sea o no solicitada, según se establece en el Reglamento del Congreso. En cuanto al control jurisdiccional de la existencia de tales presupuestos habilitantes quien ha de actuar es el Tribunal Constitucional, operando según criterios estrictamente técnicos tal como apuntábamos antes. «Las medidas» a adoptar (art. 11 LOAES) pueden consistir en limitaciones a la libre circulación o permanencia en horas y lugares determinados (sin llegar al toque de queda), las requisas temporales de bienes, la imposición momentánea de prestaciones personales, la ocupación transitoria de locales (con excepción de los domicilios privados), la limitación de servicios o el racionamiento de consumo de artículos de primera necesidad o la facultad de impartir órdenes para asegurar el abastecimiento de mercados o la reanudación de los servicios esenciales.

(3) ARROYO, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

III. LA CORRECCIÓN DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA NACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS

A la vista de este panorama normativo, hemos de enjuiciar «la corrección» de la primera Declaración del Estado de alarma (Real Decreto 463 de 14 de marzo de 2020, según las previsiones de la Ley de LO 4/1981, LOAES), que contempla expresamente el supuesto de una crisis sanitaria por epidemia, aunque ciertamente en términos bien elementales, pues la preocupación preferente del legislador parece ser la económica ya que lo que se tiene en mente es antes que nada una crisis de abastecimiento o de peligro para la satisfacción de los servicios esenciales de la comunidad. En términos generales la distinción entre «los supuestos de la crisis de orden público», que habilitaría la declaración del estado de excepción, y «una de naturaleza social o sanitaria», abordable mediante la declaración del estado de alarma, plantea problemas y no podemos ignorar que una situación de peligrosidad en el terreno sanitario puede abocar a una crisis de orden público o constitucional. De otro lado, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha hecho, podríamos decir, una lectura social del orden público, al entender que el mismo debe incluir la garantía de los servicios esenciales de la comunidad. Por tanto cabe afirmar que la garantía de los servicios públicos esenciales es un integrante necesario de la situación de quiebra constitucional, tratándose de una condición o supuesto previstos tanto en la declaración del estado de alarma como también en la del estado de excepción. Pero nuestro juicio acerca de la corrección de la declaración del primer Estado de alarma tiene que ver con la convicción de que las medidas adoptadas son limitaciones de derechos y no suspensiones, lo cual es obvio especialmente en las últimas prórrogas, y admitiendo que la diferencia entre estas dos figuras puede no ser sencilla. Tanto la suspensión como la limitación son restricciones lícitas de los derechos, con justificación constitucional en razón de las exigencias de compatibilidad con derechos o bienes jurídicos, por tanto, no son vulneraciones o quebrantamientos; además se trata de alteraciones constitucionales provisionales, y no cambios definitivos de la Norma Fundamental. «La suspensión» supone la privación temporal del ejercicio del derecho; no desde luego su pérdida, que tampoco tiene lugar cuando estamos ante la suspensión individualizada en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Diríamos que «la limitación» es una restricción no esencial de las facultades que comprende el derecho, de manera que su disposición no sea meramente nominal o supuesta; prohíbe, entonces, someter el derecho a tantas cautelas que lo hagan inservible. En cualquier caso es obvio que el legislador debe tener en cuenta que no puede autorizar en la declaración del estado de alarma actuaciones que percutan gravemente en el derecho, dejándolo reducido a mero nombre o apariencia, en realidad inservible para su ejercicio, pues este tipo de afectación, llamémosla esencial, del derecho, no está disponible para quien, como ocurre en el caso del estado de alarma, posee solo una habilitación para proceder a su restricción, y que no puede ni siquiera suspenderlo. Como ha afirmado categóricamente el Tribunal Constitucional: «A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitacio-

nes o restricciones a su ejercicio». La cuestión se presenta con diferente pertinencia, en todo caso, en los distintos supuestos previstos en la Declaración del Estado de alarma, especialmente en el caso de los confinamientos individuales o perimetrales. Las medidas acordadas en el artículo 7 del Decreto prohibiendo circular (o salir fuera, a la calle) salvo para adquirir alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; acudir a centros de salud; ir al trabajo; cuidado de mayores, niños y personas dependientes; ir a entidades financieras y de seguros; o por causa de fuerza mayor o situación de necesidad u otra actividad de naturaleza análoga; pudiendo acordarse el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas), a pesar de acercarse a las previstas en el caso de Estado de excepción, LOAES artículo 20 (donde se contempla la prohibición de circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determinen) puede interpretarse antes como una restricción que como una suspensión de los derechos (4). Como se ha afirmado, argumentadamente, en una Resolución reciente del Defensor del Pueblo de 3 de septiembre de 2020 «el confinamiento, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero en modo alguno significa o significó durante el estado de alarma, la suspensión de los mismos» (5). Menos dudas plantea la corrección de la calificación como limitación y no suspensión de las medidas que pudiesen afectar al ejercicio de la libertad de reunión, libertad de empresa o libertad religiosa, implicadas por el confinamiento (art. 7 a que nos acabamos de referir) o las que se adoptan en el artículo 10 (medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales) y artículo 11 del referido Decreto, respecto a las medidas de contención y en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas.

«La naturaleza jurídica», los efectos normativos, así como determinados aspectos procedimentales y el control jurisdiccional de la declaración quedan aclarados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2016, o el Auto de 2012, cuya

(4) PRESNO, M. A., *Verfassungs Blog*, 13 de mayo 2020. Las afirmaciones contenidas en los párrafos anteriores deben ser matizadas o corregidas a la luz de lo establecido en la Sentencia de 14 de julio de 2021, en la que el Tribunal Constitucional se propone superar la visión estática o genética del Derecho de crisis y sustituirla por una idea evolutiva e integrada del mismo, lo que a efectos de distinguir entre el estado de alarma y el de excepción le lleva a subrayar la importancia superior de los efectos sobre las causas, partiendo de la base de que los dos estados de crisis pueden estar próximos, sobre todo si se fija la atención en la idea de orden público, que es una categoría que debe contemplarse tanto desde un punto de vista tanto social como político.

Respecto de los conceptos de limitación y suspensión, refiriéndose a las medidas correspondientes que podrían tomarse en uno u otro de los estados de la crisis, se adopta un prisma cuantitativo. La suspensión es la cesación o privación temporal del ejercicio del derecho, caracterizada por su intensidad y generalidad. Refiriéndonos al caso de la libertad deambulatoria (confinamientos domiciliarios principalmente) para el TC no cabe duda de que su afectación en la declaración del estado de alarma determina que estemos ante una suspensión de tal derecho (art. 19 CE) y no ante su restricción o simple limitación. Por ello, sin poner en cuestión la legitimidad de la Declaración de estado de alarma, el Tribunal anula la restricción a que en esta se procede de la libertad de movimientos y de circulación establecida en unos términos impropios del estado de alarma. En efecto, al constituir una verdadera suspensión la medida restrictiva esencial no encuentra cobertura en este estado de crisis, por corresponder su adopción al estado de excepción, y debe declararse inconstitucional y nula.

(5) Oficina Defensor del Pueblo, 3 de septiembre 2020.

doctrina, como sabemos, queda incorporada a la misma. Según el Tribunal Constitucional, aunque necesariamente formalizada mediante decreto del Consejo de ministros, la decisión que declara el Estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. «Desplaza» durante el Estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley. Tiene, por tanto, un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables. La declaración del Estado de alarma es una decisión del Gobierno como órgano del Estado constitucional al que le corresponde ex artículo 97 CE la dirección política del Estado, y no en cuanto órgano superior de la Administración. La decisión gubernamental por la que se declara el Estado de alarma, además de constatar la existencia de los presupuestos habilitantes, tiene carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico de la situación de crisis que se declara. En otras palabras, dice el Tribunal, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos.

El Gobierno está obligado a dar cuenta de la declaración al Congreso, reunido inmediatamente al efecto, suministrándole la información que le sea requerida. «Esta dación de cuentas »no altera el carácter exclusivo de la competencia gubernamental: se trata de un mecanismo de información, que, en el marco de la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Congreso, facilita el control político del Gobierno. A estos efectos el Reglamento del Congreso prevé la remisión de la documentación gubernamental a la comisión correspondiente que puede solicitar nueva información al Gobierno o someter el asunto al pleno o, en su caso, a la diputación permanente. Nótese que la intervención que le toca a la Cámara es a posteriori, una vez se ha producido la declaración de la alarma, y de naturaleza estrictamente política, de modo que el Gobierno no queda vinculado jurídicamente por las decisiones parlamentarias que se pudieran adoptar, ni condiciona ni altera el contenido del decreto por el que se ha llevado a cabo la declaración del estado de alarma. «La prórroga» del Estado de alarma necesita la autorización expresa del Congreso de los Diputados. La tramitación de esta solicitud de autorización de acuerdo con su regulación en el Reglamento del Congreso permite la presentación por parte de los grupos parlamentarios de enmiendas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Finalizado el debate se procede a la votación de las solicitudes y las propuestas presentadas, trasladándose al Gobierno la decisión que se adopte. Quiere esto decir entonces que en la prórroga del Estado de alarma la intervención del Congreso se configura como una autorización que determina sobre la procedencia de la prórroga y los términos efectivos de esta, fijando por tanto el contenido material del decreto que emitirá el Gobierno sobre la prórroga del Estado de alarma. Como a la decisión de la autorización parlamentaria le corresponde la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición tiene, pese a la forma que reviste, la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización.

En lo que hace «al control jurisdiccional» de la declaración del Estado de alarma o su prórroga en cuanto actos del Estado con fuerza de ley, los mismos, de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, com-

peten exclusivamente al Tribunal Constitucional [arts. 161 y 163 CE, LOTC art. 27.2.b)]. Claro que este control no excluye que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación quepan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y que los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución (ATC 7/2012, FJ 3). Asimismo, «las personas afectadas» podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados consecuencia de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el artículo 55.2 LOTC.

IV. LA CORRECCIÓN DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA NACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CENTRALIZACIÓN QUE HACE POSIBLE

Pero la justificación del Estado de alarma no deriva solo de la limitación de los derechos fundamentales que hace posible durante la pandemia, sino de la centralización que permite llevar a efecto. Se trata de una problemática de enorme interés, pero que apenas estaba planteada en el derecho de crisis que data, como se sabe, de 1981, momento en el que la descentralización apenas había dado comienzo. El caso es que la perspectiva territorial se hace evidente desde una simple ojeada al Real Decreto 463 de 14 de marzo de 2020, en cuyo preámbulo se deja constancia de la necesidad de intensificar las medidas extraordinarias que ya se han adoptado «por todos los niveles de gobierno» para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario social y económico.

La dimensión de la crisis sanitaria que padecemos justificaba, entonces, su abordamiento por el Gobierno, de modo que se cubriese una actuación pública general y eficaz y a la vez suficiente en todo el territorio nacional. Es la declaración del Estado de alarma lo que permite una centralización de las competencias sobre sanidad correspondiente a la gravedad de la situación, como crisis sanitaria aguda; nivel territorial del peligro, que afecta a toda la comunidad nacional; y la disposición del mayor caudal de medios propios del Gobierno de la Nación, con capacidad de actuación en el nivel interno e internacional. La centralización busca la unidad tanto de decisión política como de gestión administrativa «que haga lo más eficaz y coordinadamente posible la lucha contra la crisis» (6). A tal efecto el artículo 4 del Real Decreto dispone que «la autoridad competente», según la previsión del artículo 7 de la LOES es el Gobierno de la Nación, siendo autoridades competentes delegadas, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, los titulares de las carteras de defensa, interior, transportes y sanidad. El ministro de sanidad, en posición prevalente, asume una competencia

(6) ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22 y ss, p. 16.

general. Las autoridades delegadas quedan habilitadas para dictar disposiciones o resoluciones necesarias «para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares».(art. 4). El artículo 5 del Real Decreto de Declaración del Estado de Alarma impone la colaboración con las autoridades competentes delegadas a los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado y de las policías autonómicas y locales, así como a los servicios de protección civil y a los sujetos incluidos en el ámbito de la seguridad privada. Pudiéndose requerir para el eficaz cumplimiento de las medidas, la actuación de las fuerzas armadas, de conformidad con lo previsto en la Ley de Defensa Nacional (7). Como ya se ha apuntado la declaración del Estado de alarma supone «el desplazamiento del derecho autonómico», consecuencia de la centralización y la subordinación de las autoridades autonómicas. El Derecho autonómico, no importa su rango, queda desplazado como consecuencia de la declaración y no por la operación de la cláusula de prevalencia: «no estamos ante un conflicto competencial». Esta capacidad desplazatoria se refiere no solo al Decreto, sino también a las órdenes dictadas en su ejecución durante el tiempo del estado de alarma.

Obviamente esta situación contrasta con la que se presenta en los tiempos ordinarios (anteriores y posteriores a la Declaración y que vale, también, para lo que se constituirá como periodo de interregno entre los estados de excepción) en donde, conforme al diseño constitucional, la materia sanitaria está compartida entre el Estado central, al que le corresponde fijar las bases y la coordinación y las Comunidades autónomas con sus atribuciones estatutarias correspondientes. Ciertamente este no es el lugar para detallar el «panorama competencial» en tiempos ordinarios. Bastará señalar que el Estado dispone, si se entiende correctamente la idea de la normación básica, con instrumentos suficientes, más allá de la connotación principal de la figura empleada, para asegurar una regulación homogénea en todo el ordenamiento; y que la idea de coordinación hace referencia a un tipo de colaboración en la que el Estado asume una función de preeminencia. Es importante saber, asimismo, que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es un organismo administrativo de colaboración del Gobierno, pero que no puede sustituirle ni anticipar necesariamente sus decisiones. Por lo que hace a las Comunidades Autónomas, estas en el marco de sus atribuciones estatutarias, ejercieron sus competencias en sanidad, de acuerdo con el derecho sectorial sanitario. Así se adoptan medidas que implican una intrusión en algún derecho fundamental. Se trata de decretos, órdenes y puesta en marcha de sus planes de emergencia. Así se acuerdan: cierres perimetrales (Cataluña, Murcia, Extremadura, Andalucía); limitación de reuniones, con reducción de su aforo; restricciones en la frecuencia y ocupación de los transportes públicos; cierre de establecimientos públicos (8). «El derecho sectorial» que se invoca es especialmente la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LO 3/1986). Se trata de una Ley muy abierta que habilita a todas las Administraciones Públicas a tomar

(7) La asunción de capacidades exorbitantes por parte de las autoridades delegadas no puede hacer olvidar que, según el artículo 6 del Decreto de la Declaración del Estado de Alarma, la Administración, sea cual fuese su nivel, conservará las competencias que le otorga la legislación en la gestión ordinaria de sus servicios en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma.

(8) NOGUEIRA, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, 2020, p. 22 ss.

medidas invasivas de los derechos –así imponer cuarentenas y tratamientos–, que puede entenderse relacionada con la legislación infecciosa prevista en la LOAES.

Estamos ante decisiones que en buena parte coinciden con las tomadas en el decreto de Declaración del Estado de Alarma, aunque se trata de «medidas particulares en su ámbito personal y territorial», en principio, por tanto, no indiscriminadas y generales. Estas medidas deben ser objeto, según el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de ratificación judicial, si implican privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Si bien la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 28 de septiembre de 2020 estipula la ratificación judicial de supuestos de restricciones de los derechos fundamentales que ya no están contemplados personalmente. En efecto, dicha reforma extiende la autorización judicial a casos en los que los destinatarios de las restricciones de los derechos «no están identificados individualmente».

V. LA DECLARACIÓN DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA NACIONAL

Debido a la persistencia de la pandemia y también, y quizás especialmente, a causa «de la inseguridad jurídica» que se derivaba del hecho de que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales no eran respaldadas uniformemente por todos los Tribunales Superiores de Justicia, tuvo lugar la Declaración de un Segundo Estado de alarma el 25 de octubre de 2020(9). Sin embargo, «las diferencias» entre el Viejo y el Nuevo Decreto de alarma eran notables. En primer lugar, el nuevo Decreto, frente al anterior es descentralizador y se abre al protagonismo de las Comunidades en la pandemia en el escenario de la llamada «cogobernanza». Ello no tiene nada de extraño, considerando las competencias autonómicas en la materia sanitaria, aunque surja la duda sobre la capacidad del Estado para llevar a efecto la coordinación en este ámbito. En segundo término, el nuevo Decreto contempla un modo de colaboración entre el derecho general y el autonómico, que podemos llamar de círculos concéntricos, y que no sigue la pauta básica que atribuye al Estado la fijación de los principios o criterios fundamentales. El derecho del Estado ya no es una norma inspiradora y regula el centro de la materia, hablemos de la libertad de movimientos o del derecho de reunión. En tercer lugar, los destinatarios del Decreto son, como hemos dicho, las Comunidades Autónomas, pero también los ciudadanos, que quedarían sujetos a los dos órdenes normativos, teniendo en cuenta que, para la clarificación del derecho autonómico, es indispensable el conocimiento del derecho estatal, pues, como sabemos, aquel tiene sentido en los márgenes o como complemento de este. Debe subrayarse, en cuarto lugar, «la sumariedad» de la regulación, que escasamente se atiene a las exigencias del Tribunal Constitucional o la Comisión de Venecia en relación con los estándares de la limitación de derechos o respecto de la legislación excepcional. Tanto las medidas limitadoras a adoptar por las Comunidades Autónomas, muy vagas, como la habilitación que se hace al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para que ejerza sus funciones de coordinación, prácticamente en blanco, se esta-

(9) No reparamos entonces en el RD 900/2020, de 9 de octubre, que declaraba el Estado de alarma para la Comunidad de Madrid.

blecen sin cautela o condicionamiento alguno. Pero, por último y, sobre todo, en quinto lugar, los términos en que se prevé el engarce entre el derecho estatal y el autonómico no es muy convincente. Lo que se contempla en el Decreto es una actuación delegada por parte del Presidente del Gobierno en los gobiernos autonómicos, con una habilitación prácticamente en blanco, pues estos tienen un amplio margen discrecional, aunque sea con un carácter cumplimentador, que se lleva efecto sin guías y con dos vías de control peculiares: una preventiva, consistente en un simple deber de información por parte de las autoridades delegadas de las medidas limitadoras al Ministerio de Sanidad; y un control a posteriori parlamentario, imponiéndose al Ministro de Sanidad, en caso de prórroga, la comparecencia quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas en el Decreto. Quedando para los parlamentos autonómicos el control del desarrollo normativo del Decreto de alarma a cargo de los gobiernos respectivos, según lo previsto en el nivel estatutario, reglamentario o legal.

La verificación del control, desde luego, no queda facilitada por la larga duración de la prórroga establecida que manifiestamente infringe el principio de proporcionalidad, a que por exigencias de la propia LOES queda obligados tanto el Gobierno que solicita la prórroga como el Congreso que la otorga. Resulta asimismo abusiva la previsión de la Disposición final del Decreto que consiente su modificación, aunque comunicada, al Congreso, amparándose indebidamente en la LAOES (10). El artículo octavo dos de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, como es sabido, no cubre propiamente la modificación de la declaración del estado de alarma, pues prevé más bien su desarrollo por esta vía reglamentaria, no su rectificación o ampliación (11).

VI. CONCLUSIÓN

Ante esta situación con toda pertinencia se ha suscitado la «conveniencia de una Ley», más allá de la Ley de medidas especiales que satisficiera los estándares de seguridad jurídica, en punto a la densidad y el rango, que exige nuestro Tribunal Constitucional en relación con las normas que estipulen restricciones de los derechos fundamentales. Sin duda las limitaciones de los derechos fundamentales de entidad, entre las que caen los cierres perimetrales y todavía más los confinamientos domiciliarios no totales, deben autorizarse por ley orgánica, y establecerse claramente los casos y vías en que dichas restricciones procedan (12).

(10) Disposición final primera del Decreto de Alarma 926/2020 de 25 de octubre: «Durante la vigencia del Estado de alarma declarado por este Real Decreto, el Gobierno podrá dictar sucesivos decretos que modifiquen lo establecido en este, de los cuáles habrá de dar cuenta al Congreso de los diputados, de acuerdo con lo previsto en el artículo octavo dos de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio».

(11) Artículo 8.2 LOAES: «El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del Estado de alarma en relación con este».

(12) En esta línea véase el Consejo de Estado, en su Dictamen 213/2021 en el que afirma que el contenido de la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública «podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.
- ARAGÓN, M., «COVID-19: aproximación constitucional a una crisis», *Revista general de Derecho Constitucional*, núm. 32, Madrid, 2020.
- ARROYO, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto de hecho habilitante», en prensa.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981.
- GARCÍA PELAYO, M., «Derecho Constitucional Comparado», *Revista de Occidente*. Madrid, 1964.
- GARRIDO, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.
- PRESNO, M. A., *Verfassungs Blog*, 13 de mayo de 2020.
- SOLOZÁBAL, J. J., «Derecho Constitucional. Derechos y libertades», Ediciones CEF, Madrid, 2010.
- «El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico», ahora en *Pensamiento federal y otros estudios autonómicos*, Iustel, Madrid, 2019.
- «Derechos fundamentales y forma política», CEPC, 2020.
- VELASCO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.

autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública».