SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

Liborio L. HIERRO*

Resumen

El objeto de este trabajo es ofrecer una reflexión teórica sobre la eficacia de las normas dictadas como consecuencia de la pandemia COVID-19. Ello requiere, en primer lugar, aclarar qué podemos entender por eficacia de las normas jurídicas y distinguir sus diferentes sentidos que reflejan diferentes dimensiones de esa eficacia. Requiere también, en segundo lugar, analizar las peculiaridades de estas normas, para lo cual se toma como un patrón de normalidad normativa el que propuso Lon L. Fuller bajo la denominación de «moralidad interna del derecho». A partir de ahí se hacen dos consideraciones: la primera sobre las anomalías que presentan las normas de emergencia y la segunda sobre la influencia que estas anomalías pueden tener sobre su eficacia o ineficacia. La conclusión es que una situación de excepcional emergencia como la que estamos sufriendo justifica aquellas anomalías y tiende a compensar su influencia negativa sobre la eficacia de estas normas con su influencia positiva sobre la misma.

Palabras clave

Normas jurídicas. Eficacia. Cumplimiento. Aplicación. Éxito. COVID-19.

Abstract

The purpose of this work is to offer a theoretical reflection on the efficacy of the regulations issued as a result of the COVID-19 pandemic. This requires, in the first place, clarifying what we can understand by the efficacy of legal norms and distinguishing their different meanings that reflect different dimensions of that efficacy. It also requires, secondly, to analyze the peculiarities of these norms, for which the standard of normative normality is taken as the one proposed by Lon L. Fuller under the name of «innner morality of law.» From there, two considerations are made: the first on the anomalies presented by the emergency regulations and the second on the influence that these anomalies may have on their

* Catedrático emérito de Filosofía del derecho. Universidad Autónoma de Madrid. (liborio.hierro@uam.es)

efficacy or inefficacy. The conclusion is that an exceptional emergency situation such as the one we are experiencing justifies those anomalies and tends to offset their negative influence on efficacy with its positive influence on it.

Keywords

Legal Rules. Efficacy. Compliance. Enforcement. Success. COVID-19.

SUMARIO. I. Introducción. II. Sobre la eficacia de las normas jurídicas: desambiguación. III. Sobre la anormalidad de las normas de emergencia. 3.1 Un patrón de normalidad normativa: Fuller, Hart y los «principios de legalidad». 3.2 Anormalidades de las normas reguladoras del estado de alarma. IV. Sobre la eficacia/cumplimiento de las normas reguladoras del estado de alarma. 4.1 La imposibilidad de la concordancia y la posibilidad del cumplimiento. 4.2 La probabilidad del respeto al orden jurídico y el respeto a la autoridad legítima y la improbabilidad de la adhesión como motivos del cumplimiento. 4.3 La obediencia por utilidad como motivo del cumplimiento: instancia y garantía. 4.4 El temor a la sanción y sus límites. V. Sobre la eficacia/aplicación de las normas reguladoras del estado de alarma. VI. Sobre la eficacia/éxito de las normas reguladoras del estado de alarma. VII. Conclusión: elecciones trágicas.

I. INTRODUCCIÓN

HACE ya mucho tiempo, en 1984, Roger Cotterrell –uno de los mejores sociólogos del derecho del siglo XX– subrayó su escepticismo sobre las investigaciones entonces denominadas bajo las siglas KOL (*Knowledege and Opinion about Law*) que habían puesto de moda Adam Podgórecki y algunos otros sociólogos en los años setenta del pasado siglo. Decía Cotterrell que «los estudios KOL fracasan con frecuencia al interrogarse por los procesos por los que se forman en las mentes de los ciudadanos individuales las actitudes sobre el Derecho, y por las conexiones entre niveles de conocimiento jurídico y motivaciones individuales... por ello no es probable que den más que vagas y generales insinuaciones sobre las probables pautas de conformidad con, o desviación del, Derecho» (1).

Durante el último año hemos vivido, prácticamente en todas las regiones del planeta, bajo normas jurídicas excepcionales nacidas de las exigencias de la pandemia del COVID-19. Al cabo de esos doce meses no disponemos, en cuanto se me alcanza, de estudios que ofrezcan conclusiones fundadas sobre las actitudes de los ciudadanos ante esas normas y sus motivaciones individuales para cumplirlas o incumplirlas. Parece que Cotterrell, cuatro décadas después, sigue teniendo razón y en consecuencia que no podemos hacer otra cosa, por cuanto se refiere a la efi-

(1) COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 129.

cacia de esas normas excepcionales, que ofrecer más que vagas y generales insinuaciones.

Una reflexión sobre la eficacia de este tipo de normas excepcionales, nacidas en situaciones de emergencia, requiere, además, una previa aclaración de qué es lo que entendemos por eficacia. Los juristas tenemos una noción bastante precisa de lo que entendemos por validez de una norma jurídica; aun cuando sea objeto de debate cuál sea el fundamento último de esa validez, todos entendemos que una norma jurídica es válida cuando satisface todos los requisitos para formar parte de un ordenamiento jurídico y por ello tiene, en ese ordenamiento jurídico, la virtualidad de prohibir, obligar o permitir conductas o de regular la forma de establecer relaciones o instituciones con reconocimiento jurídico, así como de establecer sanciones para el caso de incumplimiento de las normas, ya se trate de la obligación de reparar o la de sufrir un castigo, o de la nulidad de la relación o institución establecida sin cumplir las normas aplicables. Los juristas compartimos también una noción de lo que entendemos por justicia de una norma jurídica; aun cuando sea objeto de debate cuál sea el criterio de justificación de una norma jurídica –si se trata de su origen en la voluntad de una autoridad legítima, o se trata de su contenido porque impone alguna especie de ley natural, porque fomenta el bien común o porque protege la vida, la libertad y la igualdad de las personas, o bien si se trata de una combinación de ambas cosas, su origen y su contenido– lo cierto es que todos entendemos que una norma jurídica justa es una norma jurídica moralmente correcta conforme a alguna valoración moral y una norma jurídica injusta es una norma moralmente incorrecta conforme a esa misma evaluación. Los juristas, sin embargo, no nos hemos ocupado mucho de la eficacia de las normas jurídicas (2) y creo que no compartimos una noción de lo que cabría entender por tal cosa como esa eficacia. Ello hace necesario proceder, en primer lugar, a lo que suele llamarse desambiguación.

II. SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: DESAMBIGUACIÓN

Un primer sentido en que los juristas hablamos de eficacia es, como es bien sabido, aquel que aparece en el Título Preliminar del Código Civil («De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia») por cuanto se refiere a las normas, o en el Capítulo II del Título III de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto se refiere a los actos administrativos. Eficacia designa en estos casos las condiciones y los límites que determinan normativamente que una norma despliegue su obligatoriedad (tenga que ser cumplida), esto es: las condiciones normativas de promulgación, publici-

(2) «...questions of validity would seem to be vastly more significant than questions of efficacy in the universe of jurisprudence; for every sentence written about the considerations that condition the efficacy of legal norms there are at least a hundred addressed, in one way or another, to the ways and means of determining whether a questioned norm is or is not considered a valid norm of the legal system.» Jones, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969, pp. 9-10.

dad, entrada en vigor y vigencia temporal, así como los límites normativos de la vigencia de la norma, tales como la *vacatio legis,* la derogación expresa o tácita o la insuficiencia del desconocimiento o el desuso para afectar a esa vigencia; es decir, se trata las condiciones y límites que las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación de cada ordenamiento establecen para que los destinatarios y los órganos de aplicación puedan reconocer cuándo una norma es o no es obligatoria, debe o no debe ser cumplida o aplicada; y lo mismo respecto a los efectos jurídicos de los actos administrativos o de los actos de los particulares.

Tanto los decretos que han venido declarando el estado de alarma como los decretos-leyes y otras normas de menor rango que se han aprobado para controlar la pandemia o para subsanar en diferentes ámbitos sus efectos han generado numerosos estudios sobre su ajuste en nuestro ordenamiento jurídico, es decir sobre su eficacia en este primer sentido. No es ese el objeto de esta reflexión.

Un segundo sentido en que procede hablar de eficacia –aunque sea notablemente menos utilizado por los juristas– es el que se refiere a la efectiva influencia que las normas jurídicas tienen en la configuración de la realidad social, esto es: a su capacidad o incapacidad, su éxito o su fracaso, en regular la conducta de sus destinatarios. Todavía argumentando dentro de este segundo sentido cabe, e incluso se hace inevitable, distinguir algunas diferentes dimensiones de esta eficacia de las normas jurídicas. Creo que básicamente son cuatro: (1) la eficacia como correspondencia, que consiste en la coincidencia entre la conducta de las personas y el modelo de conducta establecido por la norma jurídica; (2) la eficacia como aplicación, que consiste en que la norma incumplida por sus destinatarios sea aplicada por los órganos de adjudicación de modo que los incumplidores soporten las consecuencias (ejecución forzosa, reparación, castigo, nulidad) con lo que –como el lenguaje profesional de los juristas suele decir– «se restaure el orden jurídico quebrantado»; (3) la eficacia como éxito, que consiste en que la norma alcance el propósito que su autor pretendía; y (4) la eficacia como eficiencia, que consiste en que el cumplimiento o la aplicación de la norma no implique mayores costes o mayores efectos negativos que su incumplimiento o inaplicación (3).

Es importante destacar que en la primera dimensión es necesario distinguir a su vez entre la mera correspondencia y el cumplimiento. La mera correspondencia se produce cuando la conformidad de la conducta con la norma jurídica se debe a razones ajenas a la propia norma, como ocurre en muchas normas del derecho consuetudinario y en las que reproducen normas de la moralidad positiva. Nadie –supongo– pensará que la mayor parte de las madres y los padres velan por sus hijos, los tienen en su compañía, los alimentan, los educan y procuran su formación integral para dar cumplimiento al apartado primero de artículo 154 del Código

(3) Juan Ramón Capella propuso denominar «efectividad» al hecho de que la norma sea cumplida por los destinatarios o aplicada por los tribunales pues «eficacia» –afirma– «sugiere una referencia a los fines del legislador» (*El derecho como lenguaje,* Ariel, Barcelona, 1968, p. 105, en particular nota 2). Luis Díez Picazo acoge esa propuesta (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, p. 193). No me parece que esta propuesta resuelva la ambigüedad ya que la Real Academia Española define eficacia y efectividad exactamente en los mismos términos: «Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera». He preferido, por ello, utilizar siempre el mismo término, eficacia, con su calificación como correspondencia, como cumplimiento, como aplicación, como éxito y como eficiencia, pues similares calificativos habría que añadir si utilizáramos el de efectividad.

Civil. Distinto es el caso en que la norma jurídica es el motivo o parte del motivo para seguir una cierta conducta; en tal caso sí podemos hablar de cumplimiento.

III. SOBRE LA ANORMALIDAD DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

3.1 UN PATRÓN DE NORMALIDAD NORMATIVA: FULLER, HART Y LOS «PRINCIPIOS DE LEGALIDAD»

Lon L. Fuller sostuvo, en los años sesenta del siglo pasado, que el derecho, para merecer este nombre, tenía que satisfacer ocho requisitos que, según él, constituían su moralidad interna (*inner morality of law*). Estas ocho condiciones de la moralidad específica del derecho, también llamadas a veces «principios de legalidad», requerían que las normas jurídicas fuesen (1) suficientemente generales, (2) promulgadas con publicidad, (3) prospectivas y no retroactivas, (4) mínimamente claras y comprensibles, (5) libres de contradicciones, (6) relativamente estables, (7) posibles de ser obedecidas y (8) aplicadas de una forma que no se distancie llamativamente de su significado obvio o aparente (4).

La propuesta de Fuller formaba parte de una notoria y dilatada polémica con Hart sobre las relaciones entre el derecho y la moral (5). Fuller distinguía entre la moralidad del deber, una moral que contiene los mínimos valores exigibles para cualquier actividad humana, y la moralidad de la aspiración, una moral que contiene los valores ideales que una actividad aspira a alcanzar. La moralidad del deber constituye una moralidad interna a la actividad en cuestión, la moralidad de la aspiración es –según Fuller– una moralidad externa a ella. Hart, por su parte, negó que esos ocho criterios de legalidad tuviesen un carácter moral pues se limitaban a ser las exigencias para que el derecho cumpliese su función normativa.

El argumento principal de Hart era que un derecho que cumpliese las ocho condiciones de Fuller podía ser un derecho inicuo. Fuller mismo había indicado que también actividades como la carpintería tenían que satisfacer ciertos requisitos que constituían una especie de ley natural de tal actividad. Hart seña-

(4) «The rules must be (1) sufficiently general, (2) publicly promulgated, (3) prospective (i.e., applicable only to future behavior, not past), (4) at least minimally clear and intelligible, (5) free of contradictions, (6) relatively constant, so that they don't continuously change from day to day, (7) possible to obey, and (8) administered in a way that does not wildly diverge from their obvious or apparent meaning.» FULLER, L. L., *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, New Haven (CT), 1969, p. 33.

(5) Raimo Siltala ha resumido muy gráficamente que la polémica tuvo la forma de un combate en tres asaltos. El primero en 1958 cuando ambos autores publican sendos artículos en la Harvard Law Review [71 (4)]; HART el titulado «Positivism and the Separation of Law and Morals» (pp. 593-629) y FULLER el titulado «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart» (pp. 630-672). El segundo entre 1961, fecha de la publicación por HART de *The Concept of Law,* y 1964, fecha de la publicación por FULLER de *The Morality of Law.* El tercero y último entre 1965, en que Hart recensiona el libro de Fuller en su artículo «Lon. L. Fuller. *The Morality of Law*» (Harvard Law Review, 78, 1965, pp. 1281-1296), y 1969, en que Fuller publica la segunda edición de su libro, incluyendo en él una nueva respuesta a Hart. *Vid.* SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 8, 1990, pp. 149-170.

la que un carpintero podía cumplir todos los requisitos técnicos de su actividad con independencia de que estuviese fabricando camas para un hospital o un potro de tortura; retorciendo todavía más su argumento Hart alude a los principios que podrían guiar la conducta de quien se propone envenenar a alguien –principios tales como evitar que el veneno cause vómitos o evitar que la forma, el color o el tamaño del veneno puedan llamar la atención– para subrayar que «la objeción crucial a la designación de estos principios de buena artesanía legal como moralidad, a pesar de su calificación como «internos», es que realiza una confusión entre dos ideas que es vital mantener separadas: las ideas de actividad deliberada y la de moralidad. Sin duda el envenenamiento es una actividad deliberada… Pero denominar a estos principios del arte del envenenador como «la moralidad del envenenamiento» simplemente difuminaría la distinción entre la idea de eficiencia para un propósito y aquellos enjuiciamientos últimos sobre las actividades y propósitos de los que la moralidad, en sus diversas formas, se ocupa» (6).

Aunque creo que Hart tenía toda la razón en este histórico debate, lo cierto es que Fuller nos dejó un claro y completo catálogo de las condiciones que las normas jurídicas deben cumplir para ser adecuadas a la finalidad inmediata que un ordenamiento jurídico se propone satisfacer, esto es: regular mediante normas la conducta de sus destinatarios. Que la satisfacción de estas ocho condiciones solo suponga, como dice Hart, «una consideración realista de lo que es necesario para la ejecución eficiente del propósito de guiar la conducta humana mediante normas» (7) no resta importancia a que en ellas se reflejan las condiciones necesarias para que el derecho cumpla su función reguladora aunque no sean condiciones suficientes para que ese derecho merezca aprobación moral.

Y la cuestión que ahora nos ocupa estriba en que las normas de emergencia requeridas por esta excepcional situación no parecen estar en condiciones de satisfacer casi ninguno de los ocho requisitos de la moralidad interna del derecho, si seguimos a Fuller, o de su mera eficiencia instrumental, si seguimos a Hart. Y esto parece exigir una cierta atención porque nos sitúa ante normas de muy deficiente moralidad, bajo el primer enfoque, o de muy deficiente capacidad instrumental, bajo el segundo.

---

(6) «But the crucial objection to the designation of these principles of good legal craftsmanship as morality, in spite of the qualification "inner", is that it perpetrates a confusion between two notions that it is vital to hold apart: the notions of purposive activity and morality. Poisoning is no doubt a purposive activity… But to call these principles of the poisoner's art "the morality of poisoning" would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose ant those final judgments about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned.»

HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 350 (la cita corresponde al capítulo 16, «Lon L. FULLER, *The Morality of Law*», publicado originalmente en 1965).

(7) «… a realistic consideration of what is necessary for the efficient execution of the purpose of guiding human conduct by rules.» *Ibidem*, p. 347.

3.2 ANORMALIDADES DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

La producción de normas jurídicas reguladoras del estado de alarma ha sido excepcional cuantitativa y cualitativamente. En una excelente aportación de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se han reunido todas las normas incorporadas al derecho europeo y al derecho estatal con motivo del COVID-19 (8). Se clasifican en ocho secciones diferentes, a saber: (1) declaración del estado de alarma, (2) transición hacia una nueva normalidad, (3) medidas de gestión de la crisis sanitaria, (4) medidas en materia de seguridad interior, tráfico y protección civil, (5) medidas en materia de transporte y movilidad, (6) medidas en el ámbito de la defensa, (7) medidas económicas y (8) otras medidas. Contiene trescientas treinta y siete entradas, de las que podríamos restar unas pocas que se refieren a normas anteriores a la propia pandemia –como la Constitución, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o los Reglamentos del Congreso– y nos seguirían quedando más de tres centenares de normas dictadas solo en el ámbito estatal. Nos encontramos en aquella compilación con una ley, algo más de treinta decretos-leyes, algo más de veinte reales decretos, cerca de ciento cincuenta órdenes ministeriales, y algo más de un centenar de disposiciones administrativas (resoluciones, acuerdos, circulares e instrucciones), exclusión hecha de las resoluciones del Congreso de los Diputados aprobando los decretos declarativos del estado de alarma y de los acuerdos multilaterales de origen europeo. Habría que añadir las innumerables normas dictadas por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos en sus respectivos ámbitos de competencia teniendo en cuenta, además, que el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que prorrogó por sexta vez la primera declaración de estado de alarma, así como el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma por segunda vez, dejaron en manos de las Comunidades Autónomas la competencia para aplicar las medidas dictando las normas oportunas.

En este conjunto de normas aparece, en primer lugar, una anomalía que podemos denominar como meramente aparente. Afecta a la posición jurídica de los decretos de declaración o prórroga del estado de alarma; revisten la forma de decretos, ya que se trata de decisiones normativas dictadas por el Gobierno, pero tienen por su contenido valor de ley. El Tribunal Constitucional había resuelto ya esta doble característica de estos decretos en la bien conocida sentencia 83/2016, de 28 de abril, recaída en el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2011, confirmado por Auto de 1 de junio de 2012, que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y el acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que solicitó su prórroga.

(8) *Vid. Códigos electrónicos. COVID-19: Derecho Europeo y Estatal.* Selección y ordenación por Ángel M. Marinero Peral. Agencia Estatal BOE (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355. Consultado el 9 de febrero de 2021).

Los fundamentos jurídicos de esta sentencia invocaban la distinción entre rango de ley y valor o fuerza de ley (9).

Aunque la sentencia no se refiera a ello, creo que cabría añadir –siguiendo el argumento de Rubio Llorente (10) que aflora en la sentencia– que los propios decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, tienen en realidad fuerza de ley orgánica puesto que –aunque, a diferencia de lo que ocurre en los que declaran el estado de excepción o el estado de sitio, no pueden suspender derechos fundamentales– obvio es decir que regulan algunos derechos fundamentales imponiendo graves condiciones y limitaciones a su ejercicio (11) y, puesto que el

(9) «Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar 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. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización *ad extra* de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos… Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización» (Fundamento jurídico 10).

(10) *Vid.* Rubio Llorente, F., «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 417-432.

(11) El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que «Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.» Algún autor ha considerado, sin embargo, que la declaración de estado de alarma era insuficiente para sostener jurídicamente algunas de las medidas acordadas, en particular el confinamiento forzoso, para lo que se hubiera requerido declarar el estado de excepción (Amoedo-Souto, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 67).

La eventual afectación de las normas dictadas en esta emergencia a los derechos fundamentales y al estado de derecho ha sido objeto de especial atención en muchas instancias y latitudes. Véase, por ejemplo, en Europa la Declaración «Lessons Learnt and Challenges faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic» de la European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) del 10 de junio de 2020 (https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2; consultado el 4 de febrero de 2021); en Australia, Matthewman, S., y Huppatz, K., «A Sociology of Covid-19», *Journal of Sociology*, núm. 56(4), June 2020, pp. 675-683 (en particular, p. 676); o, para varios países, el informe «A Preliminary Human Rights Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the COVID-19 Pandemic across 11 Jurisdictions» del Bonavero Institute of Human Rights de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, de 6 de mayo de 2020, que abarca información sobre once países: Australia, Alemania, Hong Kong, India, Italia, Nueva Zelanda, Rusia, Singapur, Sudáfrica, el Reino Unido y Zimbabwe (https://www.researchgate.net/publication/341679047_Bonavero_Reports_Series_Human_Rights_and_COVID_19; consultado el 12 de diciembre de 2020) (en particular pp. 3, 11 y 12).

artículo 81 de la Constitución reserva a la ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, parece que un decreto que modifica su desarrollo, aun cuando lo haga con carácter temporal, tiene fuerza o valor de ley orgánica.

Esa anomalía –la fuerza de ley o de ley orgánica de los decretos declarativos del estado de alarma– me parece aparente porque está ya resuelta tanto en términos teóricos como en términos operativos. Distintas son las anomalías que ofrecen en conjunto los decretos-leyes, los decretos y las numerosas normas de inferior rango dictadas con motivo y bajo la circunstancia del estado de alarma cuando se evalúan desde los ocho «principios de legalidad» formulados por Fuller.

Aunque la generalidad es una característica gradual de las normas jurídicas, resulta claro que una gran parte de las normas que nos ocupan han tenido destinatarios particularizados (por su edad, por su actividad profesional, por su situación de dependencia o de vulnerabilidad, por su situación sanitaria, etcétera.) y ello tanto cuando han sido normas restrictivas de derechos como cuando han sido normas favorables que ampliaban derechos o suspendían obligaciones. Esta particularidad se incrementó notablemente desde que, en el mes de junio de 2020, se trasladó a las Comunidades Autónomas la competencia para aplicar las medidas dando lugar a un sinfín de normas distintas para los ciudadanos de cada Comunidad.

No cabe ninguna duda de que todas estas normas han cumplido el requisito de su publicación en el correspondiente boletín oficial, pero tampoco puede olvidarse que la gran cantidad de normas y su constante modificación ha limitado el efecto de esa publicidad formal y, con frecuencia, los ciudadanos no tenían clara cuál era en cada momento la restricción horaria o la restricción territorial que debían cumplir (12). Tampoco cabe duda de que estas normas han satisfecho el requisito de irretroactividad que, en nuestro caso, garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, aunque la inestabilidad de las medidas impuestas haya generado, sobre todo en muchos sectores económicos, un déficit grave –aunque fuera inevitable– de seguridad jurídica al encontrarse con que inversiones requeridas para su actividad por las normas vigentes en un momento determinado resultaban inútiles al dictarse normas más restrictivas en un momento posterior. Podríamos hablar de retroactividad impropia, pero retroactividad al fin y al cabo.

Mención especial merece la falta de claridad de una gran parte de este conjunto de normas y, con ella, las contradicciones que con cierta frecuencia se han hecho notar. Resulta de nuevo comprensible que los requerimientos urgentes que la situación sanitaria y sus consecuencias sociales y económicas han venido planteando a las autoridades hayan generado una respuesta normativa tan rápida y variable que difícilmente podía ser compatible con la calidad de las normas. El informe que el Defensor del Pueblo presentó a las Cortes Generales el 26 de noviembre de 2020 señalaba: «Hay que hacer notar que se trata de una legislación compleja, farragosa y difícil para los ciudadanos. Sería aconsejable una difusión de la información accesible a todo el mundo, simple, concreta y concisa, que no obligase a la consul-

(12) Carlos A. Amoedo-Souto ha señalado razonablemente que esta circunstancia avalaría la invocación del error de prohibición frente a las sanciones [Amoedo-Souto, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 76)].

ta por parte de los ciudadanos de al menos tres o cuatro textos normativos, a cada cual más complejo» (13).

Pero tampoco cabe duda de que el requisito del que estas normas de emergencia más gravemente han carecido es el de la estabilidad. Una situación de emergencia podría requerir normas especiales pero que se mantuvieran estables durante toda esa situación. No ha sido así en este caso. Probablemente la causa no se encuentra en un defecto de las normas sino en la propia pandemia cuya novedad ha hecho imprevisible su desarrollo y alcance. Los efectos que el confinamiento inicialmente impuesto sobre toda la población inevitablemente tuvo sobre la economía provocó, en términos parecidos en todos los países, que se tratase de alcanzar con apresuramiento un retorno gradual a la actividad (lo que entre nosotros se denominó la «nueva normalidad») en que la protección sanitaria frente a la pandemia fuese compatible con la actividad económica, pero no se alcanzó ese difícil equilibrio y aparecieron una segunda y una tercera ola de infecciones, hospitalizaciones y muertes. Y si bien la causa fue la resistencia del virus y sus mutaciones, el efecto fue una constante modificación de las normas restrictivas de la movilidad y de las actividades económicas.

En términos generales no habría razones para pensar que las normas dictadas no podían ser obedecidas y, de hecho, parece que en la primera fase, cuando el confinamiento general se ordenó de forma más drástica, la obediencia de la población fue general. Sin embargo, a lo largo del proceso la posibilidad de obediencia se vio perjudicada por el limitado alcance de su publicidad, por la falta de claridad y por las contradicciones y, junto al lógico cansancio de la población, la desobediencia se he hecho más extendida, particularmente entre los jóvenes.

El último de los ocho principios de Fuller se refiere a la aplicación de las normas. No parece que en este aspecto se hubiesen planteado problemas de relieve hasta que la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció, en su Disposición final segunda –relativa a la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– que correspondía a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer «de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». Aunque el Preámbulo de la Ley 3/2020 no ofrece explicación alguna a esta modificación, los antecedentes parlamentarios y el sentido común hacen razonable pensar que se pretendía tener un control judicial centralizado en el ámbito de cada Comunidad Autónoma para hacer coincidir el ámbito del control con el ámbito de la decisión a controlar. Pronto se puso de manifiesto que distintos Tribunales Superiores tomaron decisiones discrepantes sobre normas sustancialmente similares, cuando no idénticas, lo que inevitablemente encontró un pronto eco en los medios de comunicación y puso en cuestión la consistencia entre el contenido de las normas y su aplicación jurisdiccional.

---

(13) Defensor del Pueblo, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, p. 12.

Nos hemos encontrado, por lo tanto, con normas que escasamente satisfacen los «principios de legalidad» de Fuller y, al margen de que ello debilite su moralidad interna –como Fuller hubiera sostenido–, resulta indudable que ello ha debilitado su eficacia y su eficiencia como instrumentos de regulación de la conducta humana.

IV. SOBRE LA EFICACIA/CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

4.1 LA IMPOSIBILIDAD DE LA CONCORDANCIA Y LA POSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO

Hemos de plantearnos en primer lugar la eficacia de las normas de conducta, también llamadas primarias, sean sus destinatarios personas físicas o personas jurídicas. Resulta evidente que hay que descartar la posibilidad de que haya una mera concordancia entre la conducta de los destinatarios y la conducta prescrita ya que la propia situación excepcional de una pandemia imprevista y desconocida hace imposible concebir que una mera costumbre o una norma de la moralidad positiva coincidan con las conductas requeridas jurídicamente ante la inesperada e insólita situación sanitaria. Es precisamente en estos supuestos cuando se suscita con más claridad la capacidad de la norma jurídica para motivar o no motivar, por sí misma, el cumplimiento de la conducta prescrita. Eso permite y exige cuestionar el alcance del cumplimiento que, según su mayor o menor grado, supondría la eficacia de la norma o su fracaso en esta primera dimensión.

A primera vista resulta claro, conforme a la información que las autoridades y los medios ofrecieron, que en la primera fase de la pandemia, cuando las medidas acordadas fueron más restrictivas para la población, el cumplimiento de las normas fue generalizado y estricto. En la llamada desescalada y en las dos olas subsiguientes de la infección las mismas fuentes han puesto de relieve una relajación muy general del cumplimiento y unos brotes importantes de abierta desobediencia. Hace tiempo analicé con más detalle las posibilidades de medir el cumplimiento/incumplimiento de las normas llegando a la conclusión de que «efectivamente el índice de cumplimiento nos aportará información sobre la eficacia motivadora de la norma sobre el cumplimiento. Pero el interés de esa información depende del tipo de norma de que se trate, del tipo de sujetos al que se dirige, de la demanda de la acción prohibida u obligada, etc. (…) Ello quiere decir, nuevamente (como ocurría con la mera correspondencia), que no hay criterio alguno de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa. Una norma jurídica puede ser muy eficaz, en este sentido, y tener muy poca importancia que lo sea y, del mismo modo, una norma jurídica puede ser muy poco o nada eficaz y tener muy poca importancia, o ninguna, que lo sea» (14). En el caso que nos ocupa, sin embargo, no cabe duda de que la

(14) Un análisis detallado puede encontrarse en el capítulo 2 de mi libro *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 71-137. La cita es de la p. 137.

eficacia de las normas de emergencia revestía, y todavía reviste, una extraordinaria importancia lo que parece requerir alguna reflexión sobre los motivos del cumplimiento y del incumplimiento.

4.2 LA PROBABILIDAD DEL RESPETO AL ORDEN JURÍDICO Y EL RESPETO A LA AUTORIDAD LEGÍTIMA Y LA IMPROBABILIDAD DE LA ADHESIÓN COMO MOTIVOS DEL CUMPLIMIENTO

Decía Harry W. Jones, autor de una de las mejores monografías sobre la eficacia del derecho, que «en cualquier sociedad en que el imperio de la Ley tenga una eficacia razonable, los sentimientos de respeto por el Derecho están tan profundamente arraigados que en la mayoría de los aspectos no se le ocurre a la mayoría de la gente actuar de otro modo del que prescriben las reglas del Derecho» (15). Los sociólogos coinciden en que es éste el motivo de cumplimiento más extendido en cuanto es el resultado normal del proceso de socialización y la psicología social parece confirmarlo. He denominado a esta motivación como obediencia por respeto al orden jurídico. No parece, sin embargo, que sea este el motivo predominante para obedecer las normas de emergencia pues la función que las normas jurídicas desempeñan en el proceso de socialización se apoya precisamente en que ofrecen un grado notable de generalidad, publicidad, estabilidad, coherencia y aplicación regular, y justamente son características de las que adolecen las normas de emergencia.

Una variable en el respeto al orden jurídico es la legitimidad; en palabras de Max Weber: «la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser» (16). Han insistido en la misma idea Adam Podgórecki o Joseph Raz, entre otros autores. He señalado en otro lugar que esta tesis, aparentemente obvia, requiere muchos matices pues si bien parece obvia por cuanto se refiere al reconocimiento de la legitimidad de las normas fundamentales de un sistema, su constitución, y de la legitimidad de las autoridades políticas derivadas de ellas, no parece que pueda extenderse a las normas jurídicas en general, pues la experiencia no confirma que los índices de delincuencia, la morosidad en el pago de las deudas, el incumplimiento de las obligaciones parentales, de las obligaciones fiscales o de las normas del tráfico sean notoriamente más bajos en sistemas que gozan de mayor legitimación y notoriamente más altos en el caso contrario (17).

He denominado obediencia por adhesión al motivo de cumplimiento que consiste en una internalización individual del contenido de la norma. No se trata ahora de que el agente obedezca la norma porque es una norma jurídica sino porque la hace suya, porque se adhiere moralmente a ella. En relación con la adhesión suelen

---

(15) Jones, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969, p. 76. «In any society in which the rule of law has reasonable efficacy, sentiments of respect for law are so deeply ingrained that in most matters it does not even occur to most people to act other than as law's rules prescribe.»

(16) Weber, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 25.

(17) *Vid.* Hierro, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas,* Ariel, Barcelona, 2003, pp. 122-124.

discutirse dos aspectos: se discute, en una dirección, hasta qué punto el legislador tiene capacidad para configurar las convicciones morales de los ciudadanos; en la dirección opuesta, se discute si la existencia misma de una sistema jurídico requiere que la generalidad de los ciudadanos o de ciertos grupos de ellos mantengan una adhesión moral a la generalidad de sus normas o a un cierto número o tipo de ellas. Sea cual sea la respuesta a estas cuestiones, no resulta plausible que se genere en los ciudadanos una adhesión propiamente moral a normas improvisadas, transitorias, contradictorias y muy restrictivas de sus derechos. Cabe pensar en una adhesión a la razón que motiva esas normas y, por ello, a las decisiones de la autoridad pero se trataría entonces de una adhesión impropia que creo debe ubicarse en otro tipo de motivo: la utilidad.

4.3 LA OBEDIENCIA POR UTILIDAD COMO COMO MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO: INSTANCIA Y GARANTÍA

Entre todos los motivos de obediencia a las normas heterónomas –tanto sociales como jurídicas– parece que el de mayor alcance y mayor extensión es la economía de elección, lo cual es consistente con el respeto al orden jurídico al que antes me referí, pues el orden jurídico ofrece precisamente, en situaciones normales, un amplio y sistemático conjunto de pautas de conducta que deben y que no deben seguirse. En este aspecto, las normas cumplen para el agente una función primaria de ahorrarle el esfuerzo de decidir, lo que podemos denominar como función de instancia y Frederick Schauer ha denominado «simplificación de la toma de decisiones» (*decisional simplification*)(18). La otra cara de esta función consiste en que las normas nos ofrecen una útil información sobre la conducta previsible de los demás y, por tanto, una razonable posibilidad de coordinación con el comportamiento ajeno, lo que podemos denominar función de garantía.

Es fácil apreciar que esta doble función es tanto más necesaria como útil en situaciones de incertidumbre como la que estamos viviendo bajo la pandemia. Cuando las personas nos enfrentamos a un riesgo grave e inesperado y nuestra conducta ante él aparece de forma clara como un factor determinante del posible desastre, tenemos entonces un motivo añadido para recurrir a la autoridad que, con mayor o menor legitimidad, nos ofrece una respuesta: cómo debemos comportarnos y cómo se van a comportar los demás. Una emergencia es, por definición, una situación caracterizada por la imprevisión y la urgencia(19) y es prudencialmente razonable recurrir, en tal situación, a una decisión heterónoma que subsane mi imposibilidad de predecir y mi urgencia en decidir, y esto es lo que refuerza considerablemente, en tal situación, la obediencia por utilidad, esa actitud que acabo de calificar como adhesión impropia(20).

---

(18) SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana,* Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 186.

(19) El diccionario RAE define así la emergencia: «Asunto o situación imprevistos que requieren una especial atención y deben solucionarse lo antes posible».

(20) Son muchas las voces que han reclamado conseguir este tipo de adhesión, como característica de la respuesta a la crisis, frente a la amenaza de sanciones. Véase, por ejemplo, NOGUEIRA, A., «Confinar el Coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22-31 (en particu-

Pero, inevitablemente, una emergencia va debilitando su carácter imprevisible en la misma medida en que perdura. En esa misma medida se va debilitando este motivo de obediencia y la eficacia de las normas jurídicas tiene que reforzarse con el motivo de cumplimiento más tradicionalmente invocado: la sanción.

4.4 EL TEMOR A LA SANCIÓN Y SUS LÍMITES

Voces muy autorizadas –como las de Oliver W. Holmes o Hans Kelsen– han sostenido que, puesto que la posibilidad de imponer por la fuerza el cumplimiento de las normas o el castigo por su incumplimiento es el elemento característico del conjunto de normas que llamamos jurídicas, el temor a la sanción sería el motivo característico de su cumplimiento por los destinatarios. No parece, sin embargo, que esta correlación esté demostrada. Parece más bien que hay una solución de continuidad entre el hecho de que la aplicación sistemática de la coerción física caracterice al ordenamiento jurídico y el hecho de que una gran mayoría de las personas cumplan las normas jurídicas por respeto al orden o por utilidad, sin representarse en cada caso la eventualidad de la sanción. Como señaló Von Wright «es probablemente cierto que normalmente, cuando la acción se ajusta a las prescripciones, el motivo no es el miedo al castigo o a otras consecuencias desagradables. La función de la sanción es constituir motivo de obediencia de la norma en ausencia de otros motivos de obediencia y en presencia de motivos de desobediencia» (21).

En la situación que nos ocupa las medidas más restrictivas de los derechos individuales fueron las acordadas inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que se mantuvieron en vigor durante los meses de marzo y abril y, durante ese período, tanto las autoridades como los medios de comunicación dieron fe de una generalizada y estricta obediencia aun cuando no se había previsto un régimen sancionador específico. El artículo 20 del citado Real Decreto solo hacía referencia a que «el incumplimiento o resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio». Este artículo, a su vez, no hace sino remitirse a la legislación general («El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes.») En consecuencia, el régimen de sanciones aplicable era el establecido por una serie de leyes preexistentes: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley 33/2011, de 4 de octubre,

---

lar p. 22); Defensor Del Pueblo, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, pp. 18, 47-48. Especialmente clara y rotunda es, en este aspecto, la afirmación de Bintube, M.: «The fight against COVID-19 can only be won if the government is ready to win the hearts and the minds of the citizens by providing enough palliative to ameliorate their suffering with enhanced trust and create confidence for total elimination of COVID-19 pandemic from the society» [COVID-19: Applied Sociology of the Pandemic and the Dynamics beyond the New Normal in the Context of the Social Pen Theory of Structural Change», International Journal of Scientific and Research Publications (IJSRP) 10(7), Julio 2020, pp. 451-503. La cita correponde a la p. 468].

(21) Von Wright, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 139. Sobre otros estudios que confirman esta idea véase L. L. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 103-105.

General de Salud Pública, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, y el Código Penal (22).

A pesar de la generalizada sensación de que, durante aquellos primeros dos meses, se había producido una obediencia extensa e intensa a las normas restrictivas, lo cierto es que las denuncias formuladas por los cuerpos y fuerzas de seguridad ascendieron a más de un millón (1.142.127) aunque, a finales de octubre, solo se habían ultimado los expedientes sancionadores para 7.408 de aquellas denuncias lo que, al parecer, dio lugar a la lógica protesta de la Asociación Unificada de Guardias Civiles. (23) Este llamativo número de denuncias, sin embargo, no contradice aquella generalizada sensación. Como antes he recordado, sostuve, hace ya tiempo, que un índice de cumplimiento obtenido con una métrica razonable puede aportarnos información sobre la eficacia motivadora de una norma, pero que el interés de esta información depende del tipo de norma de que se trate, del tipo de sujetos al que se dirige, y de la demanda de la acción prohibida u obligada, es decir: que una norma jurídica puede ser muy eficaz, en la dimensión de su cumplimiento, y tener poca importancia que lo sea, como, a su vez, una norma jurídica puede ser poco o nada eficaz y tener poca importancia que lo sea. (24)

Resulta obvio que en la situación que nos ocupa el cumplimiento o el incumplimiento de las normas dictadas para contener la expansión de la pandemia sí reviste importancia pero, ello no obstante, resulta razonable también concluir que el volumen de denuncias antes citado, aparentemente enorme, no supone un índice preocupante de incumplimientos ya que el número de destinatarios de aquellas normas restrictivas multiplicado por el número de ocasiones en que se requería su cumplimiento era tendente a infinito. (25) Lo realmente importante es, por tanto, el tipo de incumplimiento y su motivo, y ello se ha puesto de relieve en la denominada tercera ola, cuando medidas mucho menos restrictivas han encontrado una desobediencia activa, colectiva y expansiva en ciertos sectores de la población. La frecuencia, en esta tercera ola, de encuentros y fiestas abiertamente contrarias a las normas establecidas, celebradas sobre todo por jóvenes y adolescentes, presenta el carácter de infracciones expresivas para las que la amenaza de sanción se ha demostrado poco eficaz e incluso, a veces, opera como incentivo para el incumplimiento por revestirse del carácter de «fruta prohibida» (26).

---

(22) Véase Amoedo-Souto, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 71); Defensor del Pueblo, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, pp. 14, 20 y 22.

(23) Tomo estos datos del informe firmado por Antonio Salvador el 4 de febrero de 2021 en *El Independiente* (https://www.elindependiente.com/espana/2021/02/02/los-expedientes-acabados-por-infracciones-en-el-primer-estado-de-alarma-suponen-el-064-de-las-sanciones/; consultado el 8 de marzo de 2021).

(24) L. L. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 128-137.

(25) *Ibidem*, pp. 78-79. Allí expliqué que el índice de eficacia como correspondencia (Ie) sería el resultado del número de conductas conformes (nCc) partido por el número de sujetos (nS) multiplicado por el número de ocasiones (nO). Cuando el número de ocasiones de cumplimiento tiende a infinito, el número de conductas disconformes, sea cual sea su número, apenas modifica el índice de eficacia que se mantiene próximo al 1 ya que, para un solo incumplimiento, Ie $=\infty-1/\infty=1$ y, para 1.142.127 incumplimientos, Ie $= \infty-1.142.127/\infty=1$.

(26) Utilizo aquí la distinción que hizo William J. Chambliss entre delitos expresivos y delitos instrumentales. En los primeros el acto delictivo es agradable por sí mismo para el agente mientras que

V. SOBRE LA EFICACIA/APLICACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

El octavo de los principios de Fuller requiere que las normas sean aplicadas de forma suficientemente homogénea y previsible. La aplicación de las normas jurídicas resulta, en efecto, un criterio subsidiario para evaluar su eficacia. Cuando las normas no se cumplen por sus destinatarios, deben aplicarse por los órganos de adjudicación, es decir: deben hacerse cumplir o, si ello no es posible, imponerse las sanciones previstas. Decía Kelsen que «en la medida en que por derecho entendemos la norma jurídica genuina, o norma primaria, aquél resulta eficaz si es aplicado por el órgano, es decir; si éste ejecuta la sanción» (27).

Parece que, también en este aspecto, las normas de conducta dictadas bajo la situación de emergencia sufren algunas debilidades que afectan a su eficacia. Aunque se han desplegado medios extraordinarios para informar, vigilar y, en su caso, castigar su incumplimiento, el régimen sancionador que se ha aplicado parece haber consistido principalmente en la imposición de multas por desobediencia, conforme al tenor literal del artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Como ya vimos, ello se ha traducido en un elevadísimo número de denuncias y un escasísimo número de expedientes sancionadores terminados lo que indica una muy débil eficacia como aplicación. Se añade a ello el que las primeras sentencias recaídas en los correspondientes recursos contencioso-administrativos han revocado las sanciones, principalmente considerando que el mero incumplimiento de las restricciones acordadas por las normas no constituye por sí mismo una resistencia a las órdenes de las autoridades competentes.

VI. SOBRE LA EFICACIA/ÉXITO DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

Hablamos de la eficacia como éxito cuando las normas jurídicas sirven como instrumento para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone. Para constatar ese éxito es necesario conocer el estado de cosas previo, los propósitos del legislador, la eficacia como cumplimiento y/o como aplicación que la norma ha obtenido, y el estado de cosas resultante.

En el caso de la actual pandemia y en relación con las normas de conducta –únicas a las que básicamente se refieren estas reflexiones– conocemos bien el estado de cosas previo y no parece plantear problema conocer los propósitos iniciales del legislador que obviamente eran los de evitar la extensión de la enfermedad y

---

en los instrumentales es un medio para conseguir otro fin; la amenaza del castigo se ha mostrado mucho más eficaz para los segundos que para los primeros (Chambliss, W. J., «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions», p. 281, en Friedman, L., y Macaulay, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292).

La denominación como «fruta prohibida» la tomo de Lawrence M. Friedman (Friedman, L. M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1987, p. 72).

(27) Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 72.

salvar la mayor cantidad posible de vidas humanas. Podemos dar por sentado que, hasta la tercera ola, el grado de cumplimiento fue muy alto y el grado de aplicación en su primer nivel –el de la vigilancia y denuncia de las infracciones por parte de los funcionarios de policía– también fue muy elevado aunque, en su segundo nivel –el de la imposición de las sanciones correspondientes– el grado de aplicación fuera notoriamente bajo. El estado de cosas resultante ha quedado, no obstante, muy lejos del propósito buscado. En España, como en prácticamente todos los países de nuestro entorno, la pandemia se frenó inicialmente para reaparecer en una segunda oleada y, de nuevo, en una tercera. Por supuesto se trata de un problema que excede un análisis meramente jurídico, pues la verdadera eficacia en la lucha contra la enfermedad no podía proceder solo ni principalmente de las medidas jurídicas sobre la conducta de la población sino de las posibilidades médicas de combatirla.

Hay, ello no obstante, un aspecto que sí ha afectado, y continúa afectando, al éxito de las normas dictadas con aquel propósito. Aunque he limitado estas reflexiones a las normas de conducta, parece innecesario recordar que una gran parte de las normas dictadas por esta misma razón, han sido normas de organización y normas promocionales. (28) Este tipo de normas no impone generalmente obligaciones o prohibiciones sino que configura permisos, es decir: posibilidades de alcanzar determinadas situaciones favorables tales como subvenciones, exenciones o aplazamientos en el cumplimiento de obligaciones. Si las configuramos genéricamente como permisos (29) hay que recordar que los permisos no pueden ser cumplidos o incumplidos. No quiere ello decir, sin embargo, que no puedan calificarse como eficaces o ineficaces en la regulación de la conductas pues este tipo de normas permisivas o promocionales pueden calificarse como eficaces si son extensamente utilizadas por sus destinatarios y como ineficaces si no lo son –como parece haber ocurrido en la situación que nos ocupa con las normas reguladoras de los arrendamientos–.

VII. CONCLUSIÓN: ELECCIONES TRÁGICAS

No es, sin embargo, objeto de estas reflexiones analizar el mayor o menor éxito de la gran parte de las normas de emergencia de carácter organizativo y promocional, cuyo evidente propósito era subsanar en lo posible las consecuencias colaterales de la pandemia sobre la actividad económica y paliar sus dramáticos efectos sociales. (30) Ello no obstante, no cabe eludir que las propias normas de conducta, las obligaciones y prohibiciones impuestas sobre la población, no han tenido como único propósito del legislador el control de la pandemia. Por más que el lenguaje

(28) Sobre la función promocional y sus características me remito a Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980, pp. 367 ss.

(29) He examinado las peculiaridades de la eficacia de los permisos en Hierro, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas,* Ariel, Barcelona, 2003, pp. 174-175.

(30) Como señalaba el Defensor del Pueblo, «todavía es pronto para hacer un balance completo y preciso del grave impacto económico, político y social sufrido por la pandemia en España» (Defensor del Pueblo, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, p. 185)

políticamente correcto haya insistido en afirmar que no hay conflicto entre la salud y la economía –«sin salud no hay economía y sin economía no hay salud» se ha repetido hasta la saciedad– el conflicto ha existido y todavía existe. La suavización de las medidas restrictivas de la movilidad, los denominados procesos de desescalada, vienen siendo una lógica exigencia para paliar las gravísimas consecuencias económicas y sociales de las medidas de contención de la pandemia pero inevitablemente han debilitado su eficacia. El retorno a normas restrictivas de la movilidad de las personas es, a su vez, una lógica exigencia de los rebrotes de la epidemia pero inevitablemente debilita las medidas de reactivación económica. Hay que tomar, queramos o no queramos, una decisión trágica: la eficacia de las normas restrictivas de conducta perjudica gravemente el funcionamiento normal de la producción y distribución de bienes y servicios, con consecuencias trágicas sobre el empleo, la educación, la protección social y la igualdad; la eficacia de las normas que promocionan la actividad económica y procuran salvaguardar o recuperar la normalidad del sistema económico-social perjudica gravemente el control de la pandemia, con consecuencias trágicas sobre la vida, la salud y el normal funcionamiento del sistema sanitario.

Se dice, en la filosofía moral, que una elección trágica es aquella en que cualquier opción entre las posibles implica un daño moral grave. No se trata de elecciones en una situación de incertidumbre en las que se asume un grave riesgo; se trata de situaciones en las que tenemos la certeza de que, cualquiera que sea la decisión que tomemos, produciremos un daño grave a alguien. (31) Esta es la situación que vienen afrontando las autoridades frente a la pandemia. Sin perjuicio de la discrepancia y de la crítica, no hay duda de que, en tal situación, las autoridades merecen nuestra deferencia y las normas que dictan merecen nuestra obediencia.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Estatal BOE, *Códigos electrónicos. COVID-19: Derecho Europeo y Estatal.* Selección y ordenación por A. M. Marinero Peral.

Amoedo-Souto, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77.

Bintube, M., «COVID-19: Applied Sociology of the Pandemic and the Dynamics beyond the New Normal in the Context of the Social Pen Theory of Structural Change», *International Journal of Scientific and Research Publications (IJSRP)* 10 (7), julio 2020, pp. 451-503.

Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Ruiz Miguel, A., Fernando Torres editor, Valencia, 1980.

Bonavero Institute Of Human Rights (Faculty of Law, Oxford University), «A Preliminary Human Rights Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the COVID-19 Pandemic across 11 Jurisdictions», 6 de mayo de 2020 (https://www.resear-

(31) La referencia canónica es la de Calabresi, G., y Bobbit, J., *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

chgate.net/publication/341679047_Bonavero_Reports_Series_Human_Rights_and_COVID_19; consultado el 12 de diciembre de 2020)

CALABRESI, G., y BOBBIT, J., *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

CAPELLA, J. R., *El derecho como lenguaje,* Ariel, Barcelona, 1968.

CHAMBLISS, W. J. «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions», en FRIEDMAN, L., y MACAULAY, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292.

COTINO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 88-101.

COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19,* noviembre 2020.

DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), «Lessons Learnt and Challenges faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic», 10 de junio de 2020 (https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2; consultado el 4 de febrero de 2021)

FRIEDMAN, L., y MACAULAY, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969.

FRIEDMAN, L. M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1987.

FULLER, L. L., «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review,* 71 (4)*,* 1958, pp. 630-672.

— *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, New Haven (CT), 1969.

HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review,* 71 (4)*,* 1958, pp. 593-629.

— *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford, 1961.

— «Lon. L. Fuller. The Morality of Law», *Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-1296.

— *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

HIERRO, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.

JONES, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

MATTHEWMAN, S., y HUPPATZ, K., «A Sociology of Covid-19», *Journal of Sociology*, núm. 56 (4), June 2020, pp. 675-683.

NOGUEIRA, A., «Confinar el Coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22-31.

RUBIO LLORENTE, F., «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 417-432.

SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana,* Marcial Pons, Madrid, 2004.

SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 8, 1990, pp. 149-170.

VELASCO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 78-87.

VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979.

WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.