

# EL ESTADO DE ALARMA EN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO AUTONÓMICO *THE ALARM STATE AT THE AUTONOMOUS STATE LEGAL FRAMEWORK*

*Juan Cano Bueso*

*Catedrático de Derecho constitucional*

*Universidad de Almería*

## RESUMEN

En situaciones de normalidad constitucional, la defensa de la constitución viene encomendada a los poderes ordinarios del Estado y a los mecanismos ideados para preservar la supremacía constitucional. No obstante, puede suceder que las previsiones constitucionales ordinarias sean insuficientes ante situaciones de emergencia, que pueden ser de naturaleza endógena o exógena. Surge, entonces, el Derecho de excepción, que, en su modalidad de estado de alarma, es un Derecho especial y transitorio con capacidad para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, alterar el equilibrio de poderes y desplazar con su fuerza normativa la aplicación ordinaria de la constitución. Cuando tales situaciones de emergencia se producen en un Estado descentralizado, como es en España el Estado autonómico, el orden constitucional de distribución de competencias y los poderes autonómicos se mantienen completamente vigentes, si bien sus disposiciones pueden colisionar con las medidas adoptadas por la autoridad competente central, en cuyo caso se verán temporalmente desplazadas en su vigencia.

## PALABRAS CLAVE

Estado de alarma, Derecho de excepción, limitación de derechos, autoridad competente, desescalada, confinamiento, Estado de las autonomías.

## ABSTRACT

In situations of constitutional normality, the defence of the Constitution is entrusted to the ordinary powers of the State and to the mechanisms designed to preserve constitutional supremacy. Nevertheless, ordinary constitutional provisions may be insufficient in emergency situations, both of endogenous or exogenous nature. In that case, the Law of the exception arises as a special and transitory legislation with the power to limit the exercise of fundamental rights, alter the balance of powers and displace the ordinary enforcement of the Constitution. When such emergency situations occur in a decentralized State, such as the Spanish «Estado de las autonomías» (a form of politically decentralized State) the constitutional distribution of competences and the autonomous powers remain fully in force, although its provisions may collide with measures adopted by the central competent authority, in which case their validity will be temporarily displaced.

## KEY WORDS

State of alarm, the Law of exception, limitation of rights, competent authority, de-escalation, confinement, politically decentralized State.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2020.013](https://doi.org/10.36151/td.2020.013)

# EL ESTADO DE ALARMA EN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO AUTONÓMICO

Juan Cano Bueso

Catedrático de Derecho constitucional  
Universidad de Almería

**Sumario:** 1. La defensa de la Constitución. 2. Los precedentes históricos del surgimiento del estado de excepción. 3. Las circunstancias endógenas y exógenas de la crisis. 4. Los *estados excepcionales* en la historia constitucional de España: especial referencia al *estado de alarma*. 5. El estado de alarma en el Estado autonómico: El caso de la COVID-19. 5.1. Las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales. 5.2. La alteración del equilibrio entre poderes. 5.3. El impacto sobre la distribución de competencias. Notas. Bibliografía.

## 1. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra norma suprema responde al modelo que García Pelayo encuadró dentro del concepto *racional-normativo* de constitución<sup>1</sup>. Es decir, un conjunto de normas jurídicas que pretenden establecer, de manera total, exhaustiva y sistemática las funciones fundamentales del Estado, la garantía y protección de los derechos fundamentales, la organización de los poderes y las relaciones entre ellos. Se trata de un sistema con pretensión de funcionamiento armónico, sujeto en sus disonancias a la restauración del orden perturbado, restauración que, en tiempos de *normalidad*, corresponde a la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, al Tribunal Constitucional como supremo *guardián* de la carta magna.

En virtud de la constitución normativa, que es orden y crea orden, los reyes reinan, los parlamentos legislan, los gobiernos gobiernan y las leyes rigen. Así entendida, la constitución está fundamentada en el *poder constituyente*, que corresponde al pueblo en su conjunto, y en el *poder constituido*, que tiene la capacidad de reformar la constitución siguiendo los cauces en ella establecidos<sup>2</sup>. El Estado constitucional se encuadra dentro del proceso

histórico de racionalización, objetivación y despersonalización del poder llevada a cabo por el liberalismo político. La constitución es producto de un *consensus* básico de carácter axiológico orientado a organizar la convivencia. Y es, también, la garantía última de que los valores superiores del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de la persona rijan por igual para todos y en cualquier parte del territorio nacional.

Si convenimos que la constitución racional-normativa es orden y crea orden, resulta imprescindible que, en la situación de *normalidad* constitucional, la norma suprema despliegue la fuerza necesaria para imponer la validez y la vigencia de todos sus preceptos. Y para que la constitución tenga capacidad de imponerse en todo tiempo y lugar, es necesario que *alguien* vele por su *carácter preceptivo* y por su *imperatividad*; en suma, por su *supremacía*. Así, surge de inmediato el problema de a quién corresponde la *defensa* de la constitución, entendida como un sistema normativo pleno que debe hacer frente, también, a situaciones de *anormalidad* constitucional. Y ello porque, como señalara Carl Schmitt, «[...] la demanda de un protector, de un defensor de la constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la constitución»<sup>3</sup>.

Debe quedar anotado desde el principio que no nos referimos a una defensa *política* de la constitución, que, como afirma Pedro de Vega, solo puede tener «[...] un único e insustituible defensor: el pueblo»<sup>4</sup>. Antes bien, aludimos a la defensa *jurídica* de la *suprema lex*, cuestión que se planteó con toda su crudeza en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial ante la indiferencia del poder legislativo y la arbitrariedad del poder ejecutivo. Ahí se inserta la polémica entre Kelsen y Schmitt, en el terreno abonado para las crisis que tuvieron lugar en la fase final de la República de Weimar. Para Schmitt, solo el jefe del Estado (el presidente del Reich alemán) podía ser *guardián de la constitución*, dado que, siguiendo a Benjamin Constant, se trata de un *poder neutro* («instancia mediadora, *pouvoir modérateur*») directamente plebiscitado por el pueblo<sup>5</sup>. Para Kelsen, en cambio, este papel corresponde al tribunal constitucional, un órgano técnico e independiente del Estado al que se haya atribuido la función de la garantía jurisdiccional de la fuerza normativa de la constitución<sup>6</sup>.

Argumenta Kelsen que, si aceptamos como válida la legitimidad política del Estado democrático y el sistema de valores a él inherente, la cuestión que se plantea no es la defensa ideológica de la constitución por medios políticos, sino la defensa de esos valores políticos por medios jurídicos. Por tanto, para Kelsen<sup>7</sup> el defensor de la constitución solo puede ser un tribunal constitucional que imparta una justicia «concentrada» en un órgano *ad hoc*. Como es bien conocido, el modelo kelseniano se incorporó por primera vez a la Constitución austríaca de 1920 y difiere de la construcción norteamericana del control judicial *difuso*, creada a partir de 1803 por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consagró la *supremacía* normativa de la Constitución norteamericana a través de la *judicial review*<sup>8</sup>.

La coexistencia de ambos sistemas contribuyó a reabrir un problema central del Derecho constitucional que, de alguna forma, sigue vigente al día de la fecha: el de si un órgano jurisdiccional de carácter técnico puede decidir sobre la validez de una ley aprobada por el parlamento. Tal decisión puede versar sobre la inaplicación de la ley contraria a la

constitución o sobre su derogación. Una cosa es dejar de aplicar una ley cuando su contenido contradice la constitución y otra bien distinta que la ley declarada inconstitucional sea automáticamente expulsada del ordenamiento jurídico, convirtiendo al tribunal en un *legislador negativo*. Como se comprenderá, la cuestión que subyacía al debate entre Kelsen y Schmitt era bien sencilla: si un tribunal puede decidir sobre la validez de una norma, tal operación constituye una invasión del poder judicial en las competencias del legislativo y, por ende, una quiebra del principio de separación de poderes.

Partiendo de que la constitución es «[...] el asiento fundamental del ordenamiento estatal», Kelsen se muestra firmemente partidario de dotar a la constitución de la mayor estabilidad posible. Para el profesor vienés, las garantías de la constitución estriban en la adecuación de las normas inmediatamente subordinadas a la *lex suprema*, es decir, en la plena constitucionalidad de las leyes. Frente a la crítica de Schmitt, según la cual la justicia constitucional supone la destrucción de la separación de poderes, Kelsen opone que tal principio no consiste en una división estanca entre los poderes estatales, sino en un reparto de funciones entre los diferentes órganos para permitir un control recíproco de unos sobre otros. En tal caso, entiende que el poder de anular las leyes, considerado como función inserta en el poder legislativo, llevaría a que «[...] la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación de poderes, sino, por el contrario, es una afirmación de este»<sup>9</sup>.

Por otra parte, mientras las constituciones fueron flexibles la constitución valía lo que una ley posterior tardaba en modificarla o derogarla. La teorización de Bryce<sup>10</sup> sobre la distinción entre constituciones *flexibles* y *rigidas* alumbró una suerte de nuevo axioma jurídico universal. La constitución, ahora ya suprema norma, se dota de rigidez porque dispone de un sistema de defensa adicional consistente en el propio mecanismo de *reforma constitucional*. Al fondo queda el problema que representa la adecuación de las normas constitucionales a la realidad social subyacente, que reenvía a la conveniencia de un ajuste entre constitución en sentido *formal* y constitución en sentido *material*<sup>11</sup>. El dato fáctico tiene relación con el *principio de estabilidad* o, lo que es lo mismo, la *vocación de permanencia* de la constitución en un mundo en vertiginosa transformación y alejado de la placidez de las constituciones del siglo XIX, pensadas y votadas para una realidad previsible.

Una característica de las constituciones de nuestro tiempo es la posibilidad de que envejezcan con extraordinaria celeridad. Las instituciones y regulaciones, concebidas por el constituyente de una determinada manera, pueden terminar superando el corsé normativo previsto y desbordando por completo las previsiones que el legislador estableció en un mundo de realidades menos prolijas y dinámicas. Pero lo cierto es que el ajuste entre *realidad* y *norma* es un ideal hipotético, dado que la norma es, por naturaleza, estática y racional, mientras que la realidad es dinámica y cambiante. Existe, entonces, por la propia naturaleza de las cosas, una relación de dependencia y una tensión entre la constitución jurídica y la realidad social y política que, en principio, es imposible de eliminar<sup>12</sup>.

Ahora bien, el mantenimiento en condiciones óptimas de la fuerza normativa de la constitución no es solo una cuestión de contenido de los preceptos, sino de *praxis* constitucional. Así, la revisión frecuente de la constitución debilita su fuerza normativa y merma la confianza en la inviolabilidad de la suprema norma. Ello que explica que, antes de acudir a esta última *ratio*, deban explorarse las posibilidades que ofrece la interpretación *evolutiva* de la constitución, que no podrá ignorar las condiciones reales y sociales bajo las cuales se realiza la tarea interpretativa. Por ello, Hesse afirma que la interpretación correcta de la constitución «[...] será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa». Es decir, adapte a la realidad histórica la efectiva «voluntad de la constitución»<sup>13</sup>.

La afirmación anterior nos sitúa en la antesala misma del farragoso mundo de la *mutación constitucional*. Se trata de la situación jurídica en la que se modifica el contenido de las normas constitucionales de forma que, manteniendo el mismo texto, adquieren un significado diferente. Según Jellinek, no hay límites a las mutaciones constitucionales, que son producto de *fuerzas irresistibles* cuya sujeción a Derecho es inútil. Para él, «[...] el hecho consumado es un fenómeno histórico de potencialidad constituyente frente al cual toda oposición por parte de las teorías de la legitimidad es un vano intento». Lo decisivo en la juridicidad o antijuricidad de una concreta modificación es el éxito o el fracaso de la situación. En todo caso, se trata de una operación jurídica que debe realizarse con sentido restrictivo.

Pero cuando en vía interpretativa la elasticidad de la norma no da más de sí y la mutación constitucional no ha sido posible, la fuerza normativa de la norma suprema solo puede restaurarse a través de la revisión constitucional. Ante un flagrante desajuste entre constitución jurídica y realidad política, la reforma constitucional se convierte en la forma primaria de preservar la *normatividad*, la *imperatividad* y la *vigencia* de las normas supremas. Y ello porque, tal como afirma Jellinek, cuando se produce esta discordancia entre *normalidad* y *normatividad*, entre realidad política y formalidad jurídica, «[...] ese lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida: más bien se vuelve contra la misma norma»<sup>14</sup>. Semejante situación comporta que se resienta el carácter preceptivo y, con él, el vigor de la propia constitución.

Cabe plantear una última cuestión, referida a si, en el marco de la constitución democrática de un Estado consolidado, es necesario articular una defensa específica de la norma suprema, dado que bien podría ocurrir que la constitución «se defienda sola», es decir, que esté dotada de lo que Pedro Cruz Villalón denomina «[...] un sistema inmanente de garantía de la constitución»<sup>15</sup>. La idea apunta a que la *pluralidad de poderes* que distribuyen la estructura del poder político y están debidamente relacionados entre sí a través de la constitución se compensan, equilibran, contrapesan y limitan. En este caso, la garantía de la constitución consiste en la existencia de la constitución misma, que en su propia *praxis* desarrolla los mecanismos necesarios de autodefensa.

## 2. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL SURGIMIENTO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Los estados de excepción, basados en situaciones de extrema necesidad, son tan antiguos como la historia de las formas de gobierno. En un excelente y documentado estudio de Carl Schmitt<sup>16</sup>, tan erudito como sesgado ideológicamente, el teórico del *decisionismo* da cuenta de las distintas formas que históricamente ha adoptado el estado de excepción, a las que el autor alemán considera, genéricamente, variantes del sistema político dictatorial. En todo caso, el recorrido panorámico de Schmitt nos ayuda a comprender la naturaleza de estas situaciones excepcionales y las respuestas que a lo largo del tiempo se han adoptado para hacer frente a tales emergencias.

Ya en la Roma clásica, autores como Cicerón, Tito Livio, Tácito, Plutarco o Suetonio dieron noticia de la institución de la *dictadura* desde una perspectiva histórica, pero sin relacionarla con su dimensión jurídico-estatal. Sabemos, sin embargo, que la dictadura era una institución de Derecho público romano, en la que un magistrado extraordinario ejercía un mandato *pro tempore*, dotado de un fuerte *imperium*, que no estaba limitado por la colegialidad de los cónsules ni por el derecho de veto de los tribunos de la plebe. Para hacer frente a situaciones extremas, el dictador era nombrado por el cónsul, a solicitud del Senado, y tenía el cometido de afrontar la delicada coyuntura que había motivado su nombramiento. Su cualidad principal venía referida a la temporalidad del mandato, que era de seis meses, aunque podía resignar sus poderes si antes había conseguido cumplir su misión. Su naturaleza era la de un *comisario de acción*. En su encomienda no importaban las consideraciones jurídicas a las que debía atender, sino el uso de los recursos y medios adecuados para la obtención del fin propuesto. Liberado de todos los obstáculos jurídicos, el dictador se legitimaba por la consecución de su fin y solo en segundo lugar entraban en consideración los medios empleados para conseguirlo.

Llegado el Renacimiento y tras la aparición del Estado moderno, los escritores políticos elaboran un estudio comparativo entre la dictadura romana y las instituciones similares de otros Estados en un intento más o menos consciente de desarrollar la institución en el marco de una incipiente teoría del Estado. Preciso es citar, en primer lugar, a Maquiavelo y su teorización sobre las formas y modos de ejercer el poder<sup>17</sup>. Además de constatar que las situaciones extraordinarias requieren medidas excepcionales y de elogiar la renuncia anticipada del dictador al cargo si hubiere desaparecido la situación que forzó su designación, en sus textos se encuentran reflexiones que rechazan la equiparación entre tiranía y dictadura, pues justamente esta última es un medio del que se vale la constitución republicana para preservar la libertad. Por eso, en la República veneciana, el Estado más moderno de su época, se ensaya una institución similar revestida de garantías constitucionales. Maquiavelo contrapone la dicotomía aristotélica entre *deliberación* y *ejecución*. El dictador puede deliberar *por sí mismo* e impulsar cuantas disposiciones entienda convenientes sin acudir a la función consultiva ni a la deliberativa. Pero el dictador no puede modificar ni derogar la constitución ni la legislación vigente porque los poderes y autoridades ordinarios siguen existiendo en este régimen de excepción y cumplen una función de *control*.

Partiendo de la distinción entre dictadura *comisarial* y *soberana*, el príncipe absoluto de Maquiavelo no puede ser definido como un dictador. La dictadura es una institución constitucional de la República; el príncipe, por el contrario, es soberano, es decir, un *legibus solutus* cuyo poder hay que proteger y reforzar con criterios técnicos al servicio de los fines propuestos. Es entonces cuando surge la teoría de la «razón de Estado» y la conservación de la «salud pública». Una máxima política que, por encima del Derecho, se pone al servicio del mantenimiento, la conservación y la ampliación del poder político. Para Maquiavelo el poder político, por esencia, es el poder ejecutivo encarnado en el *príncipe*<sup>18</sup>. No es así sorprendente que sea, también, el momento de la reaparición del concepto de *arcanum*. Por un lado, los *arcana reipublicae* como fuerzas internas del arte de gobernar y los «secretos de Estado» como elementos necesarios para la acción política; por otro, los *arcana dominationis*, que aluden a los medios de defensa del sistema en las situaciones de excepcionalidad provocadas por rebeliones o revoluciones.

En los inicios del Estado moderno surge también el concepto de dictadura, técnica política de organizar el poder consistente en la instauración de un ordenamiento cuyas acciones no se hacen depender del consentimiento de los súbditos. Su fundamento es el racionalismo, el tecnicismo y la ejecutividad de la acción de gobierno. A partir de Bodino<sup>19</sup>, surge con fuerza una nueva teorización del Estado en torno al concepto de soberanía. Mientras los *arcana* constituyen planes y prácticas secretas de la acción de gobierno, los *jura dominationis* alcanzan la condición de *Derecho público de excepción*, en el marco del cual su titular puede apartarse del *ius commune* en caso de necesidad y en interés del Estado, la tranquilidad y la *salud publica*. En cuanto Derecho de excepción, es un *ius speciale* frente al *Derecho de soberanía* habitual y común, que es un *ius generale*.

Por eso, para Bodino quien domina el *estado de excepción* domina el Estado, pues decide cuándo ha de declararse la situación de emergencia y qué medidas extraordinarias es preciso adoptar. El Derecho de excepción solo debe respetar el *ius divinum* y todas las demás barreras jurídicas que entorpezcan su aplicación son inoperantes e ineficaces para la *plenitudo potestatis*. Según Bodino, el dictador romano no era soberano, sino comisionado para la situación de emergencia. En cambio, el titular de los plenos poderes decide siempre por sí mismo en los supuestos del estado de excepción, tesis reiterada por el jurista imperial Besold, quien, siguiendo a Bodino, sentencia que «[...] quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este Estado y qué es lo que la situación de las cosas exige»<sup>20</sup>.

Por su parte, Hobbes considera que antes del Estado y fuera de él no existe Derecho. Para el teórico inglés, la ley no es una norma de justicia, sino un mandato jurídico: *auctoritas, non veritas facit legem*<sup>21</sup>. Siguiendo la doctrina de Hobbes, Pufendorf concluye que el monarca absoluto no está limitado porque toda decisión de gobierno contiene una reserva mental de acuerdo con la naturaleza de las cosas, por lo que puede actuar de manera diferente en interés público. Mientras la dictadura *comisarial* de Bodino representa la omnipotencia estatal, Montesquieu otorga gran importancia al poder moderador de los *cuerpos intermedios* y considera la dictadura como el estado excepcional esencial de la forma política aristocrática. Por lo demás, la teoría de la separación de poderes resulta

incomprensible si no se vincula al concepto de *balance*, de frenos y contrapesos para que «[...] el poder detenga al poder»<sup>22</sup>. A su juicio, las facultades ilimitadas de los poderes excepcionales deben compensarse con la brevedad de la duración del cargo, siguiendo las directrices marcadas por la dictadura comisarial romana, que tiene siempre su fundamento en la constitución republicana.

Frente a la división de poderes de Montesquieu, el despotismo ilustrado es partidario de la eliminación de todos los obstáculos que se oponen a una *autorité irrésistible*. «Una sola fuerza y una sola voluntad» basada en el conocimiento de las verdaderas leyes del orden social en la que coincide el interés del soberano con el de los súbditos. La dictadura de la razón se fundamenta en la distinción entre la minoría ilustrada y el pueblo a ilustrar, pero el objetivo final es la prosecución de la igualdad a través de la pedagogía. Si el pueblo ya no es ignorante, no son necesarios los magistrados extraordinarios dotados de facultades omnímodas. Con similares fundamentos, Robespierre propondrá en la Asamblea Constituyente de 1790 que, en la medida en que el rey tiende a abusar de su poder, solo el legislativo debía decidir sobre las situaciones extraordinarias de guerra y de paz, dado que solo la Convención Nacional habla en nombre del pueblo y es, en palabras de Mably, «la dictadura soberana de la Revolución»<sup>23</sup>.

Reunida por primera vez el 20 de septiembre de 1792, la Convención era un órgano extraordinario del *poder constituyente* para la elaboración de una suprema norma. Redactada la Constitución de 1793 y plebiscitada por el pueblo, sus facultades quedaban extinguidas. Sin embargo, la situación contrarrevolucionaria y el estado de guerra motivaron que el 10 de octubre de 1793 la Convención acordara constituirse en *Gobierno provisional revolucionario* y suspender de inmediato la Constitución, que ya no volvería a entrar en vigor. Ni en las funciones atribuidas a la Convención ni en la propia Constitución se autorizaba su suspensión, de modo que la autodeclaración de la Convención como titular de un *poder constituyente* y, por tanto, soberano dio lugar a la instauración una dictadura soberana. Abolida la separación de poderes y, en consecuencia, conculcado el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la situación devino un puro *estado de excepción*.

Así, la Convención se enfrentó a la necesidad de ejercer poderes extraordinarios. Las circunstancias excepcionales requerían medios de acción extraordinarios. Son los momentos en que *callan las leyes* y la situación de emergencia viene compensada por la brevedad de la encomienda del cargo. Sin duda, la Convención estaba influenciada por las ideas de Rousseau, para quien los estados excepcionales son apoderamientos extraordinarios otorgados durante un breve plazo para dar solución a una situación de necesidad. Al respecto, el ginebrino distingue una situación ajurídica, concretada en la en la aplicación de medidas fácticas, y una situación extraordinaria de concentración de poderes en el ejecutivo que no altera el resto de la constitución. Y ello porque una suspensión legal temporal de *toda* la constitución devendría necesariamente en una dictadura. Para Rousseau, un procedimiento extremadamente sumario no cambia la *volonté générale* y solo debe considerarse como una vigorización de la fuerza ejecutiva de la ley dentro del reforzamiento general del poder ejecutivo<sup>24</sup>.

Durante los desórdenes de Londres, acaecidos a finales del siglo XVIII, tuvo que ser aplicada la Martial Law. Se produjo una suerte de situación ajurídica en la que el Poder Ejecutivo (representado por la autoridad militar actuante) procedía a combatir la emergencia conforme a la *situación de las cosas* sin tener en cuenta las barreras legales. El supremo fin consistía en la reversión de la crisis. A diferencia del estado de declaración de guerra, el Derecho de guerra que se aplicó aparecía dominado por el fin fáctico perseguido. La regulación jurídica se limitaba a establecer los presupuestos bajo los cuales entraba en acción la fuerza represora. El fundamento jurídico de la situación se legitimaba por la incapacidad e ineficacia de los restantes poderes del Estado para atajar la emergencia. La fuerza actuante tenía la consideración de acción fáctica liberada de consideraciones jurídicas y puesta al servicio del fin político perseguido.

En Francia, los sucesos revolucionarios de 1848 condujeron a la regulación jurídica de estado de sitio, que determinó suspensión de los derechos y libertades constitucionales. Ya no se trataba de la derogación (temporal o no) de la Constitución *in totum*, sino de la afectación de un conjunto de derechos y libertades previamente acotados y, por tanto, limitados. En consecuencia, tal situación jurídica no permitirá ya una acción incondicionada de los poderes públicos actuantes, por cuanto la actuación extraordinaria de los poderes excepcionales estaba sometida a Derecho. Fue un paso adelante y un claro precedente de la regulación de los estados excepcionales en las constituciones democráticas que vendrían después.

La más reciente situación de esta breve secuencia histórica es la referida a la República de Weimar. El artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 regulaba los poderes excepcionales. En su párrafo segundo, el precepto citado disponía lo siguiente: «Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a las Fuerzas Armadas si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153». Se trata, en opinión de Schmitt, de «[...] una comisión de acción no limitada jurídicamente cuyo presupuesto decide por sí mismo el presidente bajo el control del Reichstag». Para dicho autor, estamos en presencia de una «dictadura comisarial» y de «[...] un apoderamiento para una acción incondicionada, que resulta insólito para la concepción del Estado de Derecho mantenida hasta entonces»<sup>25</sup>. Con arreglo a la Constitución, el presidente puede adoptar, sin limitación alguna, todas las medidas que, por sí mismo, considere necesarias en orden a alcanzar el fin propuesto, unas medidas que se sitúan en el terreno de lo fáctico, sin afectación y al margen de las disposiciones legislativas o administrativas.

En cualquier caso, es necesario destacar dos limitaciones importantes que, desde el punto de vista teórico, la Constitución de 1919 imponía a los poderes omnímodos del presidente: el control que el Reichstag ejercía sobre los actos del presidente y el acotamiento de derechos fundamentales susceptibles de suspensión<sup>26</sup>. En este, como en los anteriores casos, el estado de excepción puso a prueba la fuerza normativa de la constitución y la teórica superioridad de la normatividad sobre la facticidad. Desgraciadamente para la historia

de la humanidad, el uso del artículo 48 por el presidente Hindenburg propició en 1933 el acceso de Hitler a la Cancillería del Reich y, con él, el inicio de la época más negra de la reciente historia universal<sup>27</sup>.

### 3. LAS CIRCUNSTANCIAS ENDÓGENAS Y EXÓGENAS DE LAS CRISIS

Convenimos entonces que, de ordinario y en circunstancias de *normalidad* constitucional, la defensa de la constitución se realiza a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional y la técnica de la *reforma* de la norma suprema. Pero hoy los poderes públicos se ven con frecuencia convulsionados por crisis de diversa etiología para hacer frente a las cuales puede que no sean suficientes los instrumentos de *legalidad ordinaria* establecidos en la constitución. Las *crisis* pueden tener su origen en *causas exógenas*, es decir, en circunstancias ajenas al funcionamiento y vigencia de la propia constitución. Estas circunstancias son las siguientes: en primer lugar, las catástrofes naturales (terremotos, inundaciones), los accidentes graves provocados por la acción humana (Chernobil, Prestige), las pandemias, los desabastecimientos, etc. En segundo término, las alteraciones de la seguridad ciudadana y del orden público derivadas de las convulsiones sociales o del terrorismo de alta intensidad. Por último, las agresiones exteriores de carácter militar que comprometen la supervivencia de la comunidad política o la propia soberanía, independencia e integridad del Estado. En los dos últimos casos, la situación de *emergencia nacional* puede conllevar la anulación de la vigencia temporal de la parte de la constitución *susceptible de suspensión*, siempre y cuando el *Derecho de excepción* posibilite la reanudación de la vigencia de la constitución —es decir, de la parte de la misma susceptible de ser suspendida— una vez superada la crisis. El *Derecho de excepción* conseguiría, así, una doble finalidad: posibilitar la superación de la situación de emergencia y garantizar el retorno a la vigencia de la constitución *ordinaria*.

Distinto es el problema cuando el origen de la crisis es *endógeno* y lo que está en juego es la pervivencia de la propia constitución. Su causa puede ser una situación extrema de ingobernabilidad provocada por diversas circunstancias (hundimiento general de la economía, actividad terrorista descontrolada, ausencia de funcionalidad del sistema que es incapaz de satisfacer las demandas sociales, ruptura del consenso sobre los valores que sustentan la constitución, etc.). En estos casos, no estaría en juego la conservación y el bienestar de la comunidad nacional ni la independencia e integridad territorial, sino el *modelo* de organización política plasmado en la constitución. En estas situaciones, la restauración del orden constitucional *ordinario* puede conllevar, también, la *suspensión temporal* de la vigencia de fragmentos de la norma suprema. Aunque también puede suceder que mediante la aplicación de las normas jurídicas disponibles —*ordinarias* y de *excepción*— no pueda solventarse la crisis. En tal caso extremo, si las previsiones *ordinarias* y *extraordinarias* previstas en la constitución no son ya suficientes para atajar la situación, nos encontraremos ante un proceso *revolucionario* que se resuelve en el terreno de lo fáctico. Es entonces cuando procede devolver la palabra al poder constituyente para que intente fraguar un consenso político en torno a un nuevo texto constitucional.

Recapitulando lo expuesto, cabe señalar que hay varias formas —unas *ordinarias* y otras *extraordinarias*— de articular la *defensa de la constitución*, a saber: *i)* el *tribunal constitucional* como garante de la restauración del orden jurídico querido por la suprema norma; *ii)* la *reforma constitucional* como mecanismo de ajuste entre normatividad y normalidad; *iii)* la interpretación *evolutiva* y la *mutación* constitucional; *iv)* el supuesto de superlegitimidad de la constitución, que hace innecesario mecanismo alguno de defensa, pues «la constitución se defiende sola» (*autodefensa*); *v)* la existencia en la propia constitución de un *Derecho de excepción* disponible para hacer frente a crisis imprevistas de diversa naturaleza y de intensidad; *vi)* también podría suceder que la Constitución no disponga de respuesta alguna o que esta sea insuficiente. A falta de recursos normativos, esta situación a veces se ha resuelto mediante *la fuerza de lo fáctico*. El poder ejecutivo, dotado de mayores medios y recursos, proveería lo necesario para solucionar la emergencia y la dación de cuentas de los *excesos* cometidos bien podría terminar en el parlamento con una *ley de indemnidad*. Esta situación es más propia del sistema político británico, en el que la soberanía del Parlamento es la pieza angular de su Constitución, aunque también podríamos encontrarla en regímenes políticos autoritarios. En todo caso, tiene difícil encaje en el constitucionalismo social y democrático de Derecho de matriz continental.

La realidad actual evidencia que no será infrecuente que la norma suprema deba enfrentarse a causas imprevistas y que no siempre disponga de respuestas eficaces desde la legalidad ordinaria para hacerles frente. Nos encontramos, entonces, ante una situación dicotómica: situaciones de *normalidad*, para afrontar las cuales la legalidad dispone de instrumentos *ordinarios* de respuesta; y situaciones de *anormalidad* derivadas de causas imprevisibles, para afrontar las cuales la suprema ley dispone de respuestas normativas *extraordinarias* que conocemos como el *Derecho de excepción*, Derecho conformado por unas cláusulas habitualmente durmientes que solo se activan en situaciones de crisis. Dado que forman parte de la norma suprema, estas previsiones mantienen la vigencia formal de la misma y la garantía de la restauración de la *normalidad* constitucional tan pronto como desaparezcan las causas que la provocaron. De esta manera, el *Derecho constitucional de excepción* forma parte de la constitución misma, cuyo carácter es *garantista*, y su activación puede implicar la suspensión de parte de esa misma constitución.

#### 4. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTADO DE ALARMA

La historia de los estados excepcionales en España es, en buena medida, la historia del constitucionalismo español. «Lo normal ha sido la anormalidad», afirmaba Sánchez Agesta<sup>28</sup>, un buen conocedor de nuestro pasado reciente. La situación no era muy diferente en otras naciones de Europa. Pensando en su Alemania natal, Walter Benjamin escribió en sus *Tesis sobre la filosofía de la historia*: «La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de “excepción” en el cual vivimos es la regla». Antes de la existencia del Estado constitucional, en las situaciones de emergencia no era necesario recurrir a la limitación o suspensión

de derechos. Sencillamente, tales derechos no existían porque no se pueden considerar como tales graciosas concesiones de la Corona, por más que estas aparecieran sistematizadas en una «declaración» solemne. Y esto es válido tanto para la monarquía absoluta como para los Estados totalitarios y autoritarios. En un marco de concentración de poderes, la primacía del poder ejecutivo determinaba que el gobierno graduase la intensidad con que quería ejercer su poder en función de la naturaleza de la situación de emergencia. En consecuencia, la crisis se afrontaba por el gobierno como una manifestación habitual y ordinaria de las facultades del poder ejecutivo, considerado el poder por excelencia.

Durante no poco tiempo, en nuestra historia constitucional coexistieron la previsión constitucional de «suspensión de garantías» y la asonada inconstitucional de la declaración de «los estados de sitio o de guerra» —llevados a efecto en el puro terreno de lo fáctico y sin apoyo constitucional alguno—. Entre 1812 y 1869, nuestras constituciones solo prevén como derecho de excepción la «suspensión de garantías». Así, el art. 308 de la Constitución de Cádiz establecía: «Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado».

Las Constituciones de 1837 y 1845 (ambas en su art. 8) reiteraron las previsiones de la de 1812, y configuraron la posibilidad de establecer un «estado excepcional», cuya declaración correspondía en exclusiva a las Cortes mediante ley. Tal declaración podía afectar a la libertad personal, la libertad de residencia y la inviolabilidad del domicilio. Hasta en cinco ocasiones las Cortes hicieron uso de esta potestad excepcional de «suspensión de garantías» conferida por la Constitución isabelina. Pero no se trataba, en rigor, de una defensa *civil* de la Constitución. Como ha señalado Fernández Segado<sup>29</sup>, durante este periodo el protagonismo en la protección del *orden constitucional* correspondió a las Fuerzas Armadas, que mediante sucesivas declaraciones del *estado de sitio o de guerra* configuraron un *estado excepcional militar*. Estas declaraciones se llevaron a efecto sin ningún sostén constitucional y su característica esencial consistió en la sustitución de las autoridades civiles —incluidas las jurisdiccionales— por las militares. Las guerras carlistas, la pugna entre tradición y modernidad y el mantenimiento del orden público fueron las causas que justificaron el protagonismo militar.

Habrà que esperar a la entrada en vigor de la Constitución de 1869 para que se introduzca un cierto orden en el *Derecho de excepción* español. En efecto el artículo 31 de la Constitución revolucionaria establecía: «Las garantías consignadas en los artículos 2º (libertad personal), 5º (inviolabilidad del domicilio), y 6º (libertad de residencia), y párrafos 1º (libertad de expresión), 2º (derecho de reunión) y 3º (derecho de asociación) del artículo 17, no podrán suspenderse en toda la monarquía o en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias». El párrafo segundo preveía que, una vez declarado el estado excepcional, la Ley de Orden Público sería el Derecho aplicable en el territorio afectado. La suspensión no podía operar sobre otros derechos que no fueran los mencionados en el propio precepto. El Gobierno tenía vedado proceder al extrañamiento o deportación de los españoles

y no podía decretar su destierro a más de 250 kilómetros de su domicilio. El precepto se cerraba con la expresa prohibición a todas las autoridades, tanto civiles como militares, de establecer restricciones o suspensiones distintas a las previstas previamente por la ley.

A partir del contenido del extenso artículo 31 de la Constitución de 1869, resulta ya posible extraer una disciplina constitucional y establecer una sistemática la Constitución en materia de *Derecho de excepción*. Con algunas variantes, esta es la regulación ha llegado hasta nuestros días. Las características básicas de aquella ordenación eran las siguientes: *i)* el presupuesto habilitante para la activación del Derecho de excepción es la concurrencia de circunstancias *extraordinarias* que afectan a la seguridad del Estado; *ii)* se prevé una ampliación de las garantías susceptibles de *suspensión*, al incorporarse a las anteriores la libertad de expresión y los nuevos derechos de reunión y asociación; *iii)* la suspensión decretada será *temporal*; *iv)* la competencia para la suspensión será *exclusivamente* de las Cortes mediante ley; *v)* la declaración del *estado excepcional* podrá afectar a todo o parte del territorio nacional; *vi)* las garantías afectadas están tasadas por la Constitución; *vii)* el Derecho aplicable sobre la materia mientras dure la suspensión será una Ley de Orden Público, que habrá de aprobarse con anterioridad a la suspensión; *viii)* como medidas adicionales, en el estado de prevención se autoriza la suspensión y el secuestro de las publicaciones que contravengan la ley.

La mencionada Ley de Orden Público a la que se hacía referencia la Constitución se promulgó el 23 de abril de 1870. Aprobada durante la Regencia del General Serrano, estaba inspirada por la Ley de González Bravo de 1867, que regulaba las medidas que podían adoptar las autoridades civiles y militares en defensa de la Constitución. En su artículo primero, la ley establecía: «Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías, a que se refiere el art. 31 de la Constitución, y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes». La Ley contenía las disposiciones gubernativas que las autoridades civiles y militares debían adoptar para mantener el orden público y prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público. La norma preveía dos estados excepcionales: el de *prevención y alarma*, de carácter estrictamente civil; y el *estado de guerra*, en el que el mando de la autoridad civil quedaba resignado en la autoridad militar, circunstancia que se comunicaría a la población mediante bandos y edictos que contendrían las prevenciones y medidas oportunas.

La disciplina legal establecida por el artículo 31 de la Constitución de 1869 y la Ley de Orden Público de 1870 quedó bien pronto desfigurada por Orden de la Regencia. Ello propició que el *estado de guerra* pudiese ser declarado sin intervención alguna de las Cortes. Consagrada esta viciosa práctica, la Constitución de 1876 eliminó de su artículo 17 toda referencia a la Ley de Orden Público e introdujo la novedad de que el *Gobierno, bajo su responsabilidad*, podía acordar la suspensión de garantías si se daban dos requisitos: que las Cortes no estuvieran reunidas y que el caso fuera «grave y de notoria urgencia». En todo caso, el acuerdo sería sometido a la aprobación posterior de las Cortes a la mayor brevedad posible. Por primera vez desde 1812, quebraba la reserva absoluta de ley para la suspensión de derechos fundamentales.

Con anterioridad a la Restauración y tras la abdicación de Amadeo I, las Cortes declararon la República. El proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873 no contemplaba en su articulado *derecho de excepción* alguno. Antes al contrario, reforzaba las garantías de los derechos desde el propio inicio del Título Preliminar, que establecía lo siguiente: «Toda persona encuentra asegurados en la república, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley alguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales». El Título II del proyecto contenía una ambiciosa tabla de derechos y libertades que, siguiendo la senda del *iusnaturalismo* revolucionario, se declaraban intangibles, imprescriptibles e inalienables; según el tenor literal del texto, «[...] estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Finalmente, el proyecto constitucional disponía: «No se establecerá, ni por las leyes ni por las autoridades, disposición alguna preventiva que se refiera a los derechos definidos en este título».

La proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931, tras el derrumbamiento de la monarquía que siguió a unas elecciones municipales, dejó al nuevo Estado inermes ante las graves alteraciones del orden público y los permanentes ataques a la Constitución y a los poderes constituidos. En virtud del Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional, aprobado al día siguiente de la proclamación de la República, se establecía un Gobierno de «plenos poderes» que, hasta la aprobación de la Constitución, debía responder ante las Cortes Constituyentes. En el art. 4 del Estatuto Jurídico se regulaban la «libertad individual» y los «derechos ciudadanos» junto a los sindicales y corporativos. Sin embargo, el art. 6 habilitaba al Gobierno provisional, «[...] en virtud de razones que justifican la plenitud de su poder», para suspender temporalmente los derechos reconocidos en el art. 4 («[...] someter a un régimen de fiscalización gubernativa», decía literalmente, «[...] de cuyo uso dará asimismo cuenta circunstanciada a las Cortes Constituyentes»). El Gobierno provisional justificaba esta previsión en el hecho de que «[...] incurriría en verdadero delito si abandonase la República naciente a quienes desde fuertes posiciones seculares y prevalidos de sus medios, pueden dificultar su consolidación». El reconocimiento de los derechos y libertades ciudadanos iba acompañado de la posibilidad de suspensión gubernamental, sin intervención parlamentaria ni judicial, «[...] si la salud de la República, a juicio del Gobierno, lo reclama».

Ante las circunstancias políticas y sociales imperantes en aquel contexto, la República tuvo que legislar bien pronto en materia de *Derecho de excepción*. Así, el 21 de octubre de 1931 las Cortes Constituyentes procedieron a aprobar la Ley de Defensa de la República a fin de dotar al Gobierno provisional de los instrumentos para actuar contra los que cometieren «actos de agresión contra la República». El último párrafo del artículo 4 de la citada ley establecía lo siguiente: «Si al disolverse las Cortes Constituyentes no hubieren acordado ratificar esta ley, se entenderá que queda derogada». Comoquiera que la ley autorizaba al ministro de la Gobernación a suspender derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Constitución de 1931, se la incluyó expresamente en la disposición transitoria segunda de la Constitución para que pudiera mantener su vigencia mientras continuaban reunidas las Cortes Constituyentes «[...] si antes no la derogan estas expresamente».

Aprobada la Constitución, el art. 42 estableció que los derechos a la libertad personal (art. 29), a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad de residencia (art. 31), a la libertad de expresión (art. 34), el derecho de reunión (art. 38) y los derechos de asociación y de sindicación (art. 39) «[...] podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado en casos de notoria e inminente gravedad». Correspondía a las Cortes, si estas estaban reunidas, resolver sobre la suspensión acordada por el Gobierno, debiendo ser convocadas de inmediato, si estuviesen cerradas, en el plazo máximo de ocho días. De no producirse convocatoria por parte del presidente de la Cámara, se tendrían por convocadas automáticamente en el noveno día y no podrían ser disueltas mientras subsistiera la suspensión de garantías. En caso de que ya estuviesen disueltas, se daría cuenta a la Diputación Permanente, que resolverá con las mismas atribuciones.

El plazo de suspensión de garantías no excedería de treinta días y podría ser prorrogado previo acuerdo del Pleno de las Cortes o, en su caso, de la Diputación Permanente. Durante el periodo de suspensión regía para el territorio afectado la Ley de Orden Público. Finalmente, se establecía la limitación de que en ningún caso el Gobierno podía extrañar o deportar a nacionales españoles ni desterrarlos a una distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio. El 28 de julio de 1933, las Cortes procedieron a aprobar la Ley de Orden Público a la que se refería el artículo 42 de la Constitución, una norma de excepción que sustituyó a la Ley de Defensa de la República que había regulado la materia durante el primer bienio republicano (1931-1933).

La Ley de Orden Público no era exclusivamente una ley de excepción, como su predecesora de 1870. La nueva ley atendía a la regulación de la seguridad del Estado tanto en situaciones *ordinarias* como *extraordinarias*. A tal efecto, facultaba al Gobierno para declarar tres estados excepcionales por decreto, atendiendo a la gravedad de la situación, sin necesidad de que las Cortes suspendieran previamente las garantías constitucionales:

- i) El *estado de prevención* era decretado por el Gobierno, que quedaba habilitado para tomar «medidas no aplicables en régimen normal». El plazo era de dos meses y podía ser prorrogado. Durante la vigencia del estado de prevención, el Gobierno estaba facultado para restringir el derecho de libre circulación por el territorio nacional, intervenir industrias por razones de orden público, llevar a cabo la intervención previa de publicaciones y adoptar medidas preventivas sobre reuniones y asociaciones.
- ii) El *estado de alarma* podía ser decretado por el Gobierno «[...] cuando lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad». La declaración del estado de alarma facultaba a las autoridades gubernativas para practicar registros en domicilios, detenciones preventivas, imponer penas de destierro a una distancia no superior a 250 kilómetros del domicilio del condenado, ordenar el cambio de residencia de presuntos perturbadores del orden público, prohibir actos públicos y disolver asociaciones consideradas peligrosas. En realidad, el estado de alarma permitía una suspensión absoluta de garantías. Cabe subrayar que tanto en el estado de prevención como en el de alarma los encausados no eran juzgados por la jurisdicción ordinaria, sino por «tribunales de urgencia» integrados por magistrados civiles.

iii) El *estado de guerra* se diferenciaba del estado de alarma porque en el primero se verificaba la *resignación* de los poderes de la autoridad civil y la entrega del mando a la autoridad militar. Era declarado por el Gobierno en los supuestos en que la autoridad civil no pudiera «[...] dominar en breve término la agitación y restablecer el orden». Los acusados eran juzgados por consejos de guerra integrados únicamente por personal militar. Las tensiones políticas y sociales que padeció la República desde su misma proclamación determinaron que la declaración de estados excepcionales fuese la regla y la normalidad constitucional la excepción.

El régimen de Franco fue, por su propia naturaleza, un *estado de excepción* permanente que ignoró de manera flagrante los más elementales principios del Estado de Derecho. La Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939; la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo, de 1 de marzo de 1940, y la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941 constituyen las tres piezas fundamentales con las que se sustanció la política judicial para la represión de los vencidos. Las dos primeras fueron calificadas de especiales y excepcionales, pero su contenido y la naturaleza de las sanciones en ellas previstas tenían un carácter netamente penal. La Ley de Seguridad del Estado, que fue igualmente penal, especial, excepcional y transitoria, se aprobó con el pretexto de colmar las insuficiencias de la legislación general y común y terminó incorporándose al texto refundido del Código Penal<sup>30</sup>.

El 17 de julio de 1945, decantada ya la Segunda Guerra Mundial a favor de las potencias democráticas, el régimen de Franco se vio en la necesidad de aprobar una peculiar declaración de derechos, un remedo de la parte dogmática de las constituciones liberales conocido como el Fuero de los Españoles. Este cuerpo legislativo fue definido como «[...] texto fundamental, definidor de los derechos y deberes» de los españoles y «amparador de sus garantías». Aunque en dicha ley fundamental se reconocían la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o la libertad de reunión y asociación, la proclamación de tales derechos y libertades era una completa farsa, dado que la efectividad de los mismos dependía de la aprobación de una ley ulterior de interposición que nunca se dictaba y que el propio Fuero preveía que aquellos se ejercitaran «[...] de conformidad con lo que establezcan las Leyes Fundamentales».

Para completar la legislación franquista, en 1959 el régimen aprobó una Ley de Orden Público. En ella se establecían dos estados excepcionales: el *estado de excepción*, de pretendido carácter civil, y el *estado de guerra*, de naturaleza militar:

i) El primero se declaraba, según el tenor literal del art. 25.1 de la ley, «Cuando, alterando el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo». Mediante decreto ley, el Gobierno podía declarar el *estado de excepción* en todo o en parte del territorio nacional «asumiendo los poderes extraordinarios» establecidos en el texto legal. Igual previsión sería aplicable si los casos de catástrofe, calamidad o desgracia pública así lo aconsejaren. El decreto ley establecería qué garantías jurídicas del Fuero de los Españoles quedaban suspendidas en ese o en posteriores decretos leyes, de los que se daría cuenta inmediata a las Cortes, que conocerán también del decreto de regreso a la normalidad. El *estado de excepción*

se decretaba por un plazo de tres meses, pudiendo prorrogarse con conocimiento de las Cortes si la normalidad no hubiere podido ser restablecida en el plazo previsto. Las medidas que podían adoptarse afectaban a derechos tales como la libertad personal, la circulación de personas y vehículos, la formación de grupos o estacionamientos en la vía pública, la libertad de desplazamiento y la inviolabilidad del domicilio; asimismo, el estado de excepción facultaba al Gobierno para ejercer la censura previa de prensa y otras publicaciones y las emisiones de toda clase en los medios de comunicación o para prohibir espectáculos públicos de todo tipo, entre otros aspectos.

- ii) El *estado de guerra*, por su parte, podía decretarse en dos circunstancias: cuando la alteración que motivó el estado de excepción adquiriese tales proporciones o gravedad que no pudiera ser reconducido por las medidas adoptadas por la autoridad civil, y cuando se produjera una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus instituciones políticas o la estructura social. Al igual que en el caso anterior, la Ley de Orden Público preveía que el estado de guerra sería declarado por el Gobierno mediante un decreto ley del que daría cuenta inmediata a las Cortes. El estado de guerra se limitaba al plazo de dos meses, transcurridos los cuales podría ser prorrogado «por el plazo que se estime conveniente» si subsistían las circunstancias que habían motivado su declaración. La ley preveía que autoridad militar asumiría el mando que lo ejercería a través de bandos. La declaración del *estado de excepción* fue una medida que, durante los estertores del franquismo, se adoptó de manera recurrente en el territorio de las provincias vascas para hacer frente al movimiento nacionalista y al terrorismo de ETA.

En contraste con lo que sucedía en tiempos pasados, las *crisis* actuales no comportan la instauración de un orden jurídico-político *alternativo* al de la constitución ni, como pretendía Schmitt<sup>31</sup>, reubican la soberanía en la instancia que decide sobre el estado de excepción. Se trata de crisis provocadas por ataques, externos o internos, a la unidad, independencia e integridad territorial del Estado que son gestionados por las autoridades militares previa declaración del *estado de guerra o de sitio*, así como de aquellas otras en que el Estado enfrenta situaciones ligadas al mantenimiento de la seguridad ciudadana, el orden público o la lucha contra el terrorismo, que son las causas habituales de la declaración del *estado de excepción*. A diferencia de lo que ocurría en otros momentos históricos, actualmente estas situaciones son poco frecuentes y han sido desplazadas por otro tipo de catástrofes y calamidades públicas que se resuelven mediante la declaración del *estado de alarma* cuando son verdaderamente *extraordinarias* y no pueden ser solucionadas por los medios *ordinarios* previstos en la constitución y las leyes.

Los *estados excepcionales* en España siguen, a la luz de la Constitución de 1978 (en adelante CE), pautas concretas ancladas en nuestro Derecho histórico. En síntesis, la previsión constitucional de los *estados excepcionales* responde a la necesidad de salir al paso de situaciones de *emergencia* mediante modificaciones, concretas y temporales, de la vigencia *ordinaria* de la Constitución. En efecto, el artículo 116 CE contempla tres tipos de *estados*

*excepcionales* que hacen referencia a situaciones de distinta naturaleza. Pero debe afirmarse enseguida que su declaración no comporta la *suspensión* completa de la Constitución, sino la posibilidad de suspender temporalmente la vigencia de algunos de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados por la norma suprema. Es más, en el estado de alarma, que es el estado excepcional de menor intensidad, solo se permiten *restricciones* al ejercicio de algunos de los derechos señalados en el art. 55.1 CE, precepto que, al prever la *suspensión* de determinados derechos constitucionales, hace referencia únicamente a los estados de excepción y sitio.

El artículo 116 CE en conexión con el 55 CE permite la suspensión de algunos derechos fundamentales como posible consecuencia de la declaración de los estados excepcionales, con el matiz que acaba de indicarse. Los derechos susceptibles de ser suspendidos son la libertad personal y sus garantías, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y desplazamiento, la libertad de expresión y de comunicación, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Estos son los derechos que *pueden* ser suspendidos tras la declaración de los estados de excepción y sitio —y restringidos tras la declaración del estado de alarma—. Como puede apreciarse, se trata de un elenco tasado y, por tanto, limitado. El resto de la Constitución permanece inalterable, excepción hecha de las competencias que eventualmente se vean afectadas por las decisiones que, con carácter temporal, adopte la *autoridad competente*.

La CE se aparta aquí de la larga tradición seguida por nuestro Derecho histórico, en el que las constituciones regulaban el *Derecho de excepción* en un solo precepto relativo a la suspensión de derechos y garantías, de tal manera que la determinación de las modalidades de los *estados excepcionales* y su naturaleza quedaba encomendada a la legislación ordinaria (Ley de Orden Público, Ley de Defensa de la República, etc.). En cambio, por primera vez, nuestra Constitución eleva al máximo rango la clasificación de los *estados excepcionales* posibles y establece algunas prescripciones sobre ellos.

La tipología de *estados excepcionales* plasmada en la Constitución no especifica los presupuestos fácticos que justifican su activación. A pesar de que el artículo 116 CE contiene ya una regulación mínima, lo cierto es que no puede ser aplicado inmediata y directamente, dado que los tres estados excepcionales carecen del presupuesto habilitante para su declaración. Ello justifica que el precepto se inicie reenviando a una ley orgánica la regulación de los *estados excepcionales*, cada uno de los cuales responde a situaciones de emergencia de diferente naturaleza.

El presupuesto de hecho *genérico* que habilita a los poderes del Estado para declarar los estados excepcionales es, en principio, claro: «[...] cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Varios son los principios que rigen el funcionamiento del *Derecho de excepción*. En primer lugar, el *principio de adecuación*, en virtud del cual las «limitaciones» a las que se refiere

la Constitución deben ponerse en relación con el carácter de las disposiciones a adoptar, de manera que las medidas y la duración de las mismas sean «[...] las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» (art. 1.2 LO 4/1981). En segundo lugar, el *principio de proporcionalidad*, en virtud del cual la levedad o contundencia de las medidas y la duración del estado excepcional se realizará «[...] de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2 LO 4/1981). En tercer lugar, el *principio de temporalidad*, que obliga a las autoridades a levantar el *estado excepcional* tan pronto como las circunstancias extraordinarias hubiesen desaparecido. En este sentido, el levantamiento del estado excepcional podrá ser anticipado y, en el caso de se hayan extinguido aquellas circunstancias, deberá hacerse efectivo a pesar de que el plazo de autorización no se hubiese agotado. En el principio de temporalidad se enmarca también la obligación de que, una vez finalizada la situación de emergencia y levantado el estado excepcional, decaigan en su eficacia las competencias sancionadoras, las actuaciones preventivas y las medidas adoptadas por las autoridades competentes, salvo que hubiesen devenido firmes. En cuarto lugar, la LO 4/1981 establece el *principio de publicidad ordinario* (la publicación de las medidas en el BOE) e impone la *obligación de su difusión extraordinaria* por parte de todos los medios de comunicación públicos y privados que determinen las autoridades. Por último, el *principio de inmediatez* obliga a que, tras su publicación, las medidas entren en vigor de forma inmediata («[...] desde el instante mismo de su publicación») y a que las disposiciones que las autoridades competentes vayan adoptando mientras dure la vigencia de los estados excepcionales sean divulgadas también de forma inmediata.

El *estado de alarma* es la modalidad del Derecho constitucional de excepción al que el Estado español ha recurrido con motivo de la crisis de la COVID-19. La Ley de Orden Público de 1870 lo denominaba *estado de prevención y alarma* y su naturaleza era estrictamente civil. La Ley de Orden Público de 1933 distinguía el *estado de alarma* y el denominado *estado de prevención*. Solo este último permitía la *restricción* (no la suspensión) de ciertos derechos y libertades. En los debates previos a la aprobación del estado de alarma, los constituyentes de 1978 quisieron aislar la figura de la controversia política. El objetivo era diseñar un instrumento capaz de hacer frente a catástrofes naturales, pero también a aquellas provocadas por la actuación de las personas. El *estado de alarma* que la Ley Orgánica 4/1981 regula se encuadra en un *Derecho excepcional de baja intensidad*, objetivado y desprovisto, en principio, de sesgo político alguno, cuyo presupuesto habilitante se ciñe a cuatro supuestos: catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y desabastecimiento de productos de primera necesidad.

El *estado de alarma* se declara por el Gobierno mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros y su duración máxima es de quince días. No es suficiente, por tanto, una resolución individual del presidente del Gobierno fundada en su condición de titular y depositario de la confianza de la Cámara, sino que es necesaria la decisión *colegiada* del Consejo de Ministros plasmada en una disposición normativa que deberá adoptar la forma de decreto. Comoquiera que el ámbito territorial sobre el que extiende sus efectos la declaración puede ser variable, la Ley Orgánica 4/1981 exige que la norma determine el espacio afectado, que puede ser una provincia, una comunidad autónoma —o parte de ella— o la

totalidad de la nación. La declaración del estado de alarma se dicta para un plazo máximo de quince días. No obstante, puede suceder que no sea posible solventar la situación de emergencia en el plazo fijado. En este caso, el Gobierno puede solicitar una o sucesivas *prórrogas*, y deberá ponderar con prudencia la urgencia de solucionar la crisis y la necesidad de levantar el *estado excepcional* en cuanto sea posible.

La *prórroga* no está sometida a límite temporal alguno, aunque la solicitud debe determinar la duración prevista para la misma. En todo caso, el *estado de alarma* quedará automáticamente levantado, sin necesidad de que se realice declaración alguna, una vez agotado el plazo de la declaración o la *prórroga* del mismo. Como ya se ha dicho, si desaparecen anticipadamente las circunstancias que lo motivaron, el estado de alarma debe ser levantado por el Gobierno, que habrá de comunicar al Congreso las circunstancias y razones de la adopción de tal decisión.

La *prórroga* puede solicitarse una o varias veces, pero la competencia para acordarla corresponde al Congreso de los Diputados. Si en la declaración inicial del *estado de alarma* el decreto del Gobierno establece las circunstancias y efectos de la declaración, en el acto de «autorización» de la ampliación del plazo el Congreso «[...] podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la *prórroga*». La «autorización» deberá solicitarse «antes de que expire» el plazo. El Congreso no se limita ahora a aceptar o denegar en su totalidad las condiciones establecidas por el Gobierno, sino que las competencias parlamentarias aparecen reforzadas, dado que la Ley Orgánica 4/1981 permite al Congreso establecer el alcance y las condiciones que regirán la *prórroga*.

Por tanto, en el acto de autorización de la *prórroga* el Gobierno no solo pierde la competencia sobre la decisión, sino también sobre el establecimiento de las condiciones y requisitos que han de regirla. La concesión de la *prórroga* queda, de esta manera, plenamente «parlamentarizada». En todo caso, nos encontramos ante un acto constitucional complejo que requiere el concurso de dos voluntades: si bien es cierto que a la Cámara le corresponde la autorización y condiciones de la *prórroga*, también lo es que el Gobierno conserva el derecho de iniciativa en la formulación de la propuesta; en otros términos: para que el Congreso autorice una *prórroga*, es necesario que el Gobierno la solicite. El Congreso establecerá el alcance y las condiciones de la *prórroga* bien ratificando la propuesta del Gobierno en sus propios términos, bien modificándola a través de la presentación por los grupos parlamentarios de propuestas de resolución.

No es fácil determinar *a priori* los efectos del *estado de alarma*, dado que el art. 55 CE no hace referencia al posible impacto que su declaración produce sobre la Constitución. Dicho en otras palabras: la norma suprema no prevé que el *estado de alarma* provoque ningún tipo de *suspensión* de la Constitución o de alguno de sus preceptos. Pero lo cierto es que el art. 116.1 CE remite a una ley orgánica la regulación de los tres estados excepcionales «[...] y las competencias y limitaciones correspondientes». Ello nos pone sobre la pista de la necesidad de examinar *ad casum* los impactos sobre la Constitución, que dependerán de la naturaleza de la emergencia.

Cabe afirmar con rotundidad que el *estado de alarma* no está dotado de la fuerza constitucional suficiente para *suspender* derechos, pero sí para, eventualmente, *limitarlos*. El estado de alarma genera, entonces, un tercer estatuto de los derechos, que no es ni el de *plenitud de vigencia* ni el de *suspensión*, sino el de *limitación*, es decir, la posibilidad de establecer *restricciones* en el ejercicio de ciertos derechos sin afectación del contenido esencial de los mismos<sup>32</sup>.

## 5. EL ESTADO DE ALARMA EN EL ESTADO AUTONÓMICO: EL CASO DE LA COVID-19

En los Estados descentralizados como España, y en situaciones de *normalidad* constitucional, cada poder desarrolla su actividad en el ámbito competencial que le es propio. Las inevitables fricciones y conflictos connaturales a este modelo de organización política se resuelven por la vía del diálogo intergubernamental o, en último extremo, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero sucede también que, en situaciones de *anormalidad* constitucional, y para mejor enfrentar las crisis de diverso tipo, la propia Constitución configura un *Derecho especial* que brinda cobertura para adoptar medidas de emergencia e impacta sobre el ordenamiento como un *Derecho de excepción* con fuerza suficiente para *alterar* la vigencia normalizada del orden constitucional.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 a la categoría de pandemia internacional. Para hacer frente a la situación de crisis, el Gobierno de España procedió a declarar, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el *estado de alarma* en todo el territorio nacional. En su exposición de motivos, el Real Decreto afirmaba que «[...] las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos». A fin de combatir la pandemia, se establecían una serie de medidas que, según el mismo texto, «[...] son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental».

El *estado de alarma* se declaró por un plazo de quince días para todo el territorio nacional, la *autoridad competente* quedaba residenciada en el Gobierno de la nación y, bajo la dirección del presidente del Gobierno, se designaban *autoridades delegadas*. Estas recaían, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, en los ministros de Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y en el ministro de Sanidad, que residualmente asumió todas las competencias no atribuidas a los ministros antes citados. Todos ellos quedaban facultados para dictar las órdenes, resoluciones y medidas necesarias para la protección de las personas, bienes y lugares. El Real Decreto 463/2020 limitaba la circulación de las personas, excepto para la realización de las actividades reguladas, autorizaba requisas temporales y prestaciones personales obligatorias, establecía medidas de contención en los ámbitos educativo, comercial, cultural, de hostelería y restauración y otras adicionales en

materia de transporte, suministros, abastecimiento y reforzamiento del Sistema Nacional de Salud. Finalmente, suspendía los plazos procesales, administrativos y los de prescripción y caducidad de acciones.

Con posterioridad, ante la gravedad de la emergencia y a fin de contener la propagación de la enfermedad, el Gobierno solicitó al Congreso autorización para *prorrogar* el estado de alarma y las medidas contenidas en el real decreto de declaración. Al día siguiente, el Pleno del Congreso acordó la autorización y la inclusión de una nueva disposición adicional en el Real Decreto 463/2020 en virtud de la cual el Gobierno venía obligado a remitir semanalmente al Congreso la información sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para lograr los objetivos propuestos. Mediante Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el estado de alarma quedó prorrogado en las mismas condiciones hasta el 12 de abril. El Gobierno suministró la información requerida y compareció para informar semanalmente en el Congreso de los Diputados del conjunto de medidas adoptadas.

A la luz de la evolución de la pandemia y la saturación de los servicios sanitarios, el Gobierno obtuvo una segunda prórroga hasta el 26 de abril (Real Decreto 487/2020, de 10 de abril), una tercera hasta el 10 de mayo (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril) y una cuarta hasta el 24 de mayo (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo). A partir de esta última prórroga, se introdujeron las medidas de *desescalada* de forma progresiva y asimétrica y en diálogo con las comunidades autónomas. En caso de acuerdo, estas medidas eran aplicadas por la presidencia de cada comunidad autónoma. El decreto contenía, además, una disposición en virtud de la cual el estado de alarma no impediría la realización de las actuaciones precisas para la celebración de las elecciones convocadas en el País Vasco y Galicia (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo).

La quinta prórroga mantuvo el estado de alarma hasta el 7 de junio (Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo). En ella ya se establecían las condiciones para la progresión por *fases* en el procedimiento de *desescalada*. La autorización correspondía al ministro de Sanidad en su condición de *autoridad delegada*, pero las decisiones se adoptaban a propuesta de las comunidades autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Estas medidas se aplicaban por la presidencia de cada comunidad o ciudad autónoma como representante ordinario del Estado en cada territorio y con arreglo al principio de *cooperación*. El Real Decreto 537/2020 flexibilizó las medidas en el ámbito educativo no universitario y levantó la suspensión de los plazos administrativos y procesales con efectos de 1 y 4 de junio de 2020, respectivamente.

La sexta y última prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados amplió los efectos de la declaración del *estado de alarma* hasta el día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). La norma permitía la progresión de las medidas de *desescalada*, autorizadas por el ministro de Sanidad a propuesta de las comunidades autónomas y las ciudades autónomas. El Real Decreto 555/2020 establecía que la superación de todas las *fases* previstas en el plan de desescalada determinaba que quedaban sin efecto las medidas extraordinarias derivadas de la declaración del *estado de alarma*. Las *autoridades delegadas* para esta última fase eran el ministro de Sanidad y el presidente de cada *comunidad autónoma y de las ciudades autónomas*, y actuarían con arreglo al principio de *cooperación*

interterritorial. Por tanto, en la fase III del plan de desescalada se incrementaba el protagonismo de la presidencia de cada comunidad autónoma y de las ciudades autónomas, que se constituía en *autoridad competente delegada* salvo para las disposiciones vinculadas a la libertad de circulación que excedieran el ámbito territorial de cada comunidad autónoma. Correspondía al presidente de cada comunidad autónoma y al de las ciudades autónoma la competencia para decidir la superación de la fase III en su territorio con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos y, por tanto, para determinar la fecha de entrada en la «nueva normalidad».

En los sucesivos reales decretos de prórroga aprobados se han ido modulando las medidas restrictivas y acomodándolas a la evolución del control de la enfermedad. El tramo final se ha sustanciado mediante el recorrido de *cuatro fases* en el proceso de *desconfinamiento* hacia la *nueva normalidad*. Los distintos territorios iban accediendo sucesivamente a las distintas fases previo cumplimiento de los rigurosos parámetros científicos establecidos por el comité de expertos. El levantamiento de las medidas de contención se ha llevado a cabo de manera *gradual, asimétrica y coordinada* con las comunidades autónomas. A tal efecto, se ha atendido a la evolución de los datos epidemiológicos y el impacto de las medidas adoptadas y se han seguido las recomendaciones científicas, las directrices de la OMS y la «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el 15 de abril por la presidenta de la Comisión Europea y el presidente del Consejo Europeo.

Concluido el plan de desescalada, se hace necesario seguir manteniendo la protección de la salud mediante medidas preventivas hasta que los organismos internacionales decreten la superación de la pandemia. La virulencia de la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto la necesidad de impulsar con urgencia ciertas modificaciones legales para facilitar las «actuaciones coordinadas en salud pública». En este sentido, el Gobierno procedió a dictar el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que contiene disposiciones, planes y estrategias de actuación y medidas de prevención e higiene (uso de mascarillas, ordenación de los puestos en el trabajo, medidas de higiene en los locales de concurrencia pública, las actividades deportivas y el transporte público, garantías de abastecimiento de productos sanitarios, detección precoz de la enfermedad y vigilancia epidemiológica, planes de contingencia y régimen sancionador del incumplimiento de las medidas de prevención, entre otras). La norma también prevé determinadas actuaciones de carácter económico (autorización de avales, contratación etc.) y el refuerzo de las medidas de coordinación entre las comunidades autónomas y el Estado para afrontar situaciones de emergencia en salud pública.

La escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el *estado de alarma* producida hasta la fecha no permite delimitar con precisión sus perfiles en el Estado autonómico. La ley orgánica que desarrolla el art. 116 CE fue concebida antes en clave de Estado unitario que de Estado descentralizado, dado que en el momento de ser aprobada solo dos comunidades autónomas (Cataluña y el País Vasco) habían accedido a su autonomía y el modelo territorial delineado en la Constitución apenas comenzaba su despliegue. Esa es

la razón de que la Ley Orgánica 4/1981 apenas mencione a las comunidades autónomas y sea muy parca en el establecimiento de técnicas cooperativas. Sin embargo, tanto la STC 83/2016 como el ATC 7/2012, a los que después nos referiremos, han establecido una serie de principios para interpretar el contenido del artículo 116, precepto, a juicio del Tribunal Constitucional, «[...] de enorme calado para nuestro Estado de Derecho»:

- i) El art. 116 CE es la opción del constituyente para la regulación de un *Derecho constitucional de excepción*. El precepto identifica los tres estados excepcionales con que hacer frente a las posibles situaciones de *anormalidad* constitucional, los órganos competentes para la declaración y prórroga de cada uno de ellos, el procedimiento de adopción de tales decisiones, la forma que han de revestir, el contenido necesario y el plazo máximo de su vigencia. Contiene, además, una serie de garantías para proteger la Constitución y refuerza el control parlamentario y la responsabilidad del Gobierno y de sus agentes.
- ii) Los efectos de la declaración del *estado de alarma* tienen su proyección «[...] en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas». La *autoridad competente* es el Gobierno o, por delegación de este, el presidente de una comunidad autónoma, dependiendo de que la declaración afecte a todo el territorio nacional o solo a una parte del mismo. Quedan bajo las órdenes *directas* de la *autoridad competente* todas las autoridades civiles y todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, incluyendo los autonómicos y locales, así como todos los funcionarios y trabajadores de dichas Administraciones, a los que se podrá imponer servicios extraordinarios.
- iii) La declaración del estado de alarma también despliega sus efectos «[...] en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones» en materia de derechos. A diferencia de los estados de excepción y sitio, «[...] la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 *contra-rio sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio». Las limitaciones que pueden adoptarse afectan al derecho de desplazamiento y circulación de personas y vehículos y a los derechos de reunión y manifestación. Circunstancialmente, pueden quedar afectados otros derechos en la práctica de requisas temporales, la imposición de prestaciones obligatorias o la intervención y ocupación de locales (excepto domicilios privados).
- iv) La declaración del estado de alarma produce excepciones o limitaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento y de disposiciones legales que, sin ser derogadas o modificadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad habitual, lo que resulta necesario ante la imposibilidad de atajar la emergencia de situaciones extraordinarias por medios legales ordinarios.
- v) Las locuciones «valor de ley», «rango de ley» o «fuerza de ley» no quedan circunscritas a las decisiones aprobadas en el ámbito parlamentario, pues se predicen también de actos, disposiciones o decisiones de origen gubernamental. La decisión de declarar el estado de alarma es expresión del ejercicio de una competencia atribuida

en exclusiva al Gobierno (art. 116.2 CE) en cuanto órgano constitucional al que corresponde la dirección política del Estado (art. 97 CE) y no en cuanto órgano superior de la Administración. La declaración del estado de alarma por el Gobierno contiene «[...] la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos», por lo que integra, junto a la Constitución y la Ley Orgánica, «[...] el sistema de fuentes del Derecho de excepción».

- vi) Esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental «[...] desplaza durante la vigencia del 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 o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar». Por consiguiente, los reales decretos que declaran el estado de alarma tienen «el rango y valor de ley» y quedan revestidos de una fuerza normativa 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. En consecuencia, los decretos de declaración del estado de alarma no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino solo ante el Tribunal Constitucional. En cambio, los actos de aplicación sí serán recurribles ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente.
- vii) Tampoco son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa los acuerdos del Consejo de Ministros de solicitud al Congreso de prórroga del estado de alarma, pues en tales casos el Gobierno «[...] actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse de administrativa». Dicho de otro modo, en semejantes casos el Gobierno dicta actos constitucionales ejerciendo las competencias de dirección política que le confiere la Constitución.

El impacto constitucional que supone la declaración del estado de alarma se proyecta sobre la norma suprema al menos en tres órdenes de cuestiones: los *derechos fundamentales* de la persona, el equilibrio entre los *poderes* y el ejercicio de las *competencias* asignadas.

## 5.1. LAS RESTRICCIONES O LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo que se refiere al *ejercicio de los derechos fundamentales*, en el momento de escribir estas líneas el Tribunal Constitucional no ha tenido muchas oportunidades de pronunciarse sobre la institución del *estado de alarma* en el marco del Estado autonómico. De hecho, hasta la aparición de la pandemia declarada con motivo de la COVID-19, el único precedente de declaración del estado de alarma tuvo lugar con motivo del *caso de los controladores aéreos*. Del él se ocupó la STC 83/2016, de 28 de abril, derivada de un recurso de amparo interpuesto contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió la demanda contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del

transporte aéreo. Esta sentencia había venido precedida del Auto 7/2012, de 13 de enero, por el que se inadmitió a trámite un recurso de amparo planteado por los controladores al servicio de AENA en relación con el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la *prórroga* del estado de alarma.

Declarada la pandemia provocada por la expansión de la COVID-19, la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió, mediante Auto 40/2020, de 30 de abril, inadmitir el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia y la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra, en relación con la comunicación de una manifestación conmemorativa del 1 de mayo. La Central Unitaria de Trabajadores denunciaba la vulneración del derecho de reunión y manifestación en relación con el derecho a la libertad sindical. El TC se remite a la STC 83/2016, de 28 de abril, en lo que respecta a que la declaración del estado de alarma «[...] supone excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas determinadas disposiciones legales, que sin ser modificadas o derogadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria, pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante los poderes ordinarios la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias». En tal sentido, reitera que «[...] el estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, para que la autoridad competente pueda incidir en el derecho de reunión y manifestación en lugares públicos, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio o, incluso, prohibiéndolo, es necesario que existan razones *fundadas*. Ello implica la exigencia de *motivación* de la resolución correspondiente, que debe aportar las razones conducentes a la conclusión de que, en las circunstancias en que se pretende, el ejercicio del derecho producirá una alteración del «orden público» proscrita por el art. 21.2 CE, o afectará de manera desproporcionada otros bienes o derechos también protegidos por la Constitución (derecho a la vida, a la salud y a la integridad física). Para salvar el principio favorecedor del ejercicio del derecho, deberán existir razones convincentes e imperativas que puedan justificar las restricciones a esa libertad. No cabe duda de que en esta ocasión las ha habido y así lo ha apreciado el Tribunal Constitucional.

El supremo intérprete de la Constitución vino a recordar su tradicional doctrina sobre los límites de los derechos: estos no son absolutos y su ejercicio puede generar colisiones con otros derechos y precisar modulaciones que reclaman la realización de un *juicio de ponderación* por parte de los poderes públicos en función de las circunstancias concurrentes. El Tribunal Constitucional trata de indagar *ad casum* en la noción de *orden público* con peligro para las personas como elemento que ha fundamentado la prohibición de la reunión y manifestación y razona del siguiente modo: «[...] no podemos olvidar que, como reconoce la reclamante, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados

y fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), si es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente».

En relación con las medidas propuestas por los solicitantes de la manifestación (en vehículos conducidos por una sola persona con protección, etc.), el Tribunal aduce que «[...] no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria [...]». Y en el propio *juicio de ponderación* que realiza añade otras circunstancias: «[...] en una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada». En consecuencia, el *juicio de proporcionalidad* conduce al Tribunal Constitucional a desestimar el recurso de amparo y considerar que, en el caso concreto, resultaba proporcionada y ajustada a Derecho la limitación del ejercicio del derecho de reunión<sup>33</sup>.

Durante la crisis se han visto afectados, también de manera directa, el derecho a la salud (art. 43 CE) y, con él, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), derechos íntimamente conectados en las circunstancias de la pandemia. Para hacer frente a la misma solo se han establecido *restricciones o modulaciones* sobre la libertad de circulación de las personas (salvo para las actividades autorizadas en el art. 7 del Real Decreto 463/2020) con afectación de los derechos de reunión y manifestación. No puede afirmarse, por tanto, que las medidas adoptadas por las autoridades competentes hayan supuesto la violación o la suspensión de derechos fundamentales, situación no prevista por la Constitución para el estado de alarma. Las restricciones del derecho de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) han abocado a un *confinamiento* imprescindible para detener el contagio del virus; han sido igualmente imprescindibles la suspensión de la modalidad *presencial* en los centros educativos y la adopción medidas restrictivas en determinados sectores de actividad (comercio, eventos culturales y recreativos, hostelería y restauración), así como en ceremonias civiles y religiosas, entre otros actos, a fin de evitar las aglomeraciones de personas, que constituyen la fuente primaria de contagio.

Por lo demás, no debe olvidarse que el artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud. En tal sentido, las medidas adoptadas responden al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para «[...] organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2 CE). Los decretos de declaración del estado de alarma y sus prórrogas no regulan el régimen general de los derechos afectados. Antes bien, las medidas adoptadas se consideran *proporcionadas* en relación con el bien público que trata de protegerse. En tal sentido, el Tribunal Cons-

titucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la efectividad de la protección del derecho a la salud, en su condición de principio rector dirigido a orientar y determinar la actuación de todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, lo que obliga «[...] a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3).

## 5.2. LA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES

Si bien es cierto que el sintagma «declaración de *estados excepcionales*» sugiere el reforzamiento de los poderes ejecutivos y gubernamentales, es preciso señalar que el *Derecho constitucional de excepción* vigente en España no se ajusta a ese patrón. Nuestro país se dotó de una constitución *democrática* en 1978 y, en coherencia con este rasgo definitorio, la norma suprema atribuye un rol claramente protagónico al órgano representativo del pueblo español —concretamente, al Congreso de los Diputados— en la declaración de aquellos estados. En contraste con lo que, como se ha visto en páginas precedentes, sucedía pasado, nuestra Constitución establece un modelo abiertamente garantista y anuda la suspensión de derechos a la autorización previa del Parlamento.

En España, la característica esencial de los *estados excepcionales* es la sujeción a *control parlamentario*, que en estos casos adquiere una especial proyección e intensidad a través del *principio de responsabilidad*. En efecto, la Constitución establece que la declaración de los estados excepcionales «[...] no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» (art. 116.6 CE). Ello significa que se mantienen incólumes la *responsabilidad política* del Gobierno ante el Parlamento y la *responsabilidad jurídica* ante la jurisdicción competente. En este sentido, el art. 3.1 de la LO 4/1981 dispone: «Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.1 LO). Esta previsión se extiende a la *responsabilidad patrimonial* del Estado por los daños causados a los particulares en su persona o sus bienes, que tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con la legislación vigente.

La relevancia del papel que juega el Congreso de los Diputados en la declaración del estado de alarma se manifiesta desde el inicio mismo del proceso conducente a tal declaración. En efecto, si bien la decisión inicial de declarar el estado de alarma corresponde al Gobierno, una vez decretado el estado de alarma el Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso «[...] reunido inmediatamente al efecto» (art. 116.2 CE). El Reglamento del Congreso (en adelante RCD) completa de manera un tanto confusa esta prescripción en su art. 165.1, que dispone que «[...] el asunto será sometido al Pleno del Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido, incluso en el periodo entre sesiones». Solo si la Cámara se encuentra disuelta o ha expirado el mandato de los diputados, las competencias del Pleno serían asumidas por la Diputación Permanente (art. 165.2 RCD).

La cuestión, entonces, estriba en determinar sobre qué extremos ha de pronunciarse el Congreso y en qué órgano concreto. La duda se suscita porque, como acabamos de ver,

el art. 165.1 RCD atribuye el conocimiento al Pleno o, en su caso, a la Diputación Permanente. En cambio, en los casos de declaración del estado de alarma, el art. 162 RCD establece la obligación de que el Gobierno remita al presidente del Congreso «una comunicación» que acompañará al decreto, de la que se dará traslado a la comisión competente. En cualquier caso, por una u otra vía, estamos ya ante una primera actividad de control del Parlamento de las decisiones adoptadas por el Gobierno: tanto de la declaración en sí misma como de las consideraciones técnicas y de oportunidad que hayan motivado la adopción de la decisión. A partir de la solicitud de la primera *prórroga*, como ya conocemos, el Gobierno pierde la competencia para decidir sobre la autorización de la misma, que queda residenciada en el Congreso.

Con respecto a los equilibrios, frenos y contrapesos entre los poderes del Estado, no puede concluirse que nuestra Constitución autorice una concentración del poder en manos del Gobierno ni que nuestro Derecho constitucional permita una *dictadura* temporal del Poder Ejecutivo. No hay más que examinar el protagonismo del Congreso de los Diputados en el control de la declaración y en su competencia para la autorización de la prórroga para negar tal aserto. En cumplimiento de su deber de información a la Cámara, el Gobierno suministrará al Congreso «la información que le sea requerida» (art. 8.1 LO 4/1981). Por otra parte, el ejercicio del derecho constitucional a la información, del que son titulares tanto la Cámara como sus actores políticos (los diputados y los grupos parlamentarios), impone al Gobierno el deber de dar cuenta al Congreso de cuantos decretos relacionados con el estado de alarma dicte durante la vigencia del mismo (art. 8.2 LO 4/1981). El propio Reglamento parlamentario especifica, en fin, que la comisión a la que se remita la declaración «[...] podrá recabar la información y documentación que estime procedente» (art. 162.1 RCD). Si a ello añadimos que el Gobierno deberá someterse a cuantas iniciativas de control político o sesiones informativas deban sustanciarse a petición del propio Gobierno o a solicitud de los grupos parlamentarios, no cabe sino concluir que el protagonismo del Congreso de los Diputados es indiscutible.

Todo ello no está reñido, por razones operativas y de eficacia, con la concentración de la autoridad ejecutiva en un *mando único* para la adopción de disposiciones y medidas *directamente relacionadas con la protección de la salud*. En tales casos, se subordinan a la *autoridad competente* todas las autoridades de las Administraciones Públicas del territorio afectado por la declaración, incluidos los cuerpos de policía de las comunidades autónomas y las corporaciones locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas. Todos ellos quedan bajo las órdenes directas de la *autoridad competente* en la medida en que ello sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza (art. 9.1 LO 4/1981).

De ordinario, la *autoridad competente* recaerá en el Gobierno o, bajo la autoridad superior del presidente, en el ministro en quien delegue, dependiendo de la naturaleza de la emergencia. La propia ley orgánica distingue especialmente los supuestos de catástrofes y crisis sanitarias. En este último caso, además de aprobar las disposiciones limitativas ya mencionadas, el ministro de Sanidad, como *autoridad competente*, podrá adoptar por sí mismo cuantas medidas prevea la legislación para luchar contra las enfermedades infeccio-

sas. Ahora bien, comoquiera que la crisis sanitaria puede producir efectos colaterales — entre ellos, la paralización de servicios públicos esenciales o las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad—, la *autoridad competente* queda facultada para acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, a fin de asegurar el abastecimiento de productos de primera necesidad. Al personal movilizado le será de aplicación «[...] la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo [...]» (art. 12.2 LO 4/1981).

A la hora de decidir sobre la atribución de la condición de *autoridad competente*, la Ley Orgánica 4/1981 abandona el eje vertebrador centralista que la recorre y recuerda la existencia de comunidades autónomas en el entramado institucional del Estado. A tal efecto la Ley contempla tres supuestos: *i*) que la crisis afecte solo a una parte o a todo el territorio de una comunidad autónoma, en cuyo caso el presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración del *estado de alarma*; *ii*) si tal circunstancia se produce, el Gobierno queda facultado para *delegar* en el presidente de la comunidad autónoma la condición de *autoridad competente*. En este caso, todas las autoridades, cuerpos policiales, funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas de dicho ámbito territorial quedan bajo la dependencia del presidente de la comunidad autónoma; *iii*) En tales supuestos, el presidente de la comunidad, en cuanto *autoridad competente*, podrá requerir la colaboración de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales. Aunque, obviamente, no son los únicos, estos son los tres supuestos en que el legislador contempla *formalmente* las posibilidades de *colaboración y cooperación* entre el Estado y las comunidades autónomas.

Se establece, finalmente, un régimen sancionador para el caso del incumplimiento o resistencia a las órdenes de la *autoridad competente*, actos que, en función de su naturaleza, serán sancionados con arreglo a lo dispuesto en las leyes vigentes. Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios públicos, las autoridades competentes podrán decretar la inmediata suspensión en el ejercicio de su cargo o funciones, pasando, en su caso, el tanto de culpa a los tribunales con notificación al superior jerárquico a los efectos de la apertura del correspondiente expediente disciplinario. Si los actos de incumplimiento o resistencia fuesen cometidos por autoridades, las facultades que les correspondieren en orden al cumplimiento de las medidas podrán ser asumidas por la *autoridad competente* (art. 10 LO 4/1981).

En conclusión, puede afirmarse que, en España, el *Derecho constitucional de excepción* está «parlamentarizado» tanto en la autorización de la prórroga como en el establecimiento y control de las decisiones adoptadas por los poderes ejecutivos. Establecidas (o autorizadas) las líneas maestras para combatir la emergencia por la Cámara, el *bloque constitucional* vigente confiere amplias potestades de disposición a la *autoridad delegada*. En contraste, cabe señalar que en el Reino Unido la Civil Contingencies Act de 2004 autoriza al Gobierno a dictar medidas extraordinarias de emergencia que quedan pendientes de ser confirmadas por el Parlamento. En Francia la adopción de medidas de emergencia corresponden al presidente de la República, que las somete a consulta del Consejo Constitucional (art. 16 de la Constitución francesa). En Alemania, las medidas del Gobierno Federal se sus-

penderán en cualquier momento a petición del Consejo Federal y sin demora después de que haya sido conjurada la situación de emergencia (art. 35.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana). Visto el panorama comparado, es claro que la regulación española distribuye equilibradamente las funciones entre los distintos poderes del Estado.

Si ya es importante el control que el Congreso de los Diputados ejerce sobre la declaración del estado de alarma y la plena decisión sobre las posibilidades de prórroga, los poderes de la Cámara se incrementan a medida que se agravan los estados excepcionales. Así, se requiere la autorización previa del Congreso para decretar el *estado de excepción* y la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros para declarar el *estado de sitio*. Además, la posición del Parlamento se refuerza con medidas adicionales previstas en la propia Constitución. En primer lugar, el presidente del Gobierno no podrá disolver el Congreso mientras esté vigente la declaración de alguno de los *estados excepcionales*. En segundo lugar, las Cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones. En tercer lugar, su funcionamiento y el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de los *estados excepcionales*.

Para cerrar el círculo del reforzamiento del control parlamentario, en los casos en que se encontrare el Congreso disuelto o hubiera expirado su mandato, las competencias parlamentarias serán asumidas por la Diputación Permanente. En el mismo sentido, la declaración de cualquiera de los *estados excepcionales* no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes. La extrema contagiosidad de la pandemia no ha interrumpido el normal funcionamiento de los poderes del Estado, pero sí lo ha perturbado en el ámbito parlamentario. Así, el Congreso de los Diputados ha debido recurrir al voto telemático. En el ámbito autonómico, algunos Parlamentos han puesto en funcionamiento a la Diputación Permanente, medida de carácter antiestatutario y, por tanto, inconstitucional, dado que la Cámara se encontraba en periodo ordinario de sesiones.

### 5.3. EL IMPACTO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Las medidas que adopta el Gobierno en la crisis pueden referirse «a cualquier materia», aun cuando la competencia para aprobarlas esté atribuida a las comunidades autónomas o a las corporaciones locales. Ello no significa que se suspenda el orden constitucional de competencias, sino que la potente competencia estatal gubernamental *concorre* con las competencias sectoriales autonómicas o locales. Así lo reconoce el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, es decir, el decreto por el que se declaró el estado de alarma, que afirma que «[...] cada administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente», por más que tal ejercicio pueda quedar *afectado* por las medidas que dicte el Gobierno o la autoridad delegada. Por ello, todos los ámbitos competenciales sobre los que no legisle la autoridad estatal pueden ser regulados por la autoridad autonómica o local que ostente la competencia.

Es manifiesto que el decreto de declaración del estado de alarma y los que autorizaron sus prórrogas impactaron temporalmente en el ejercicio de ciertas competencias y en la autoridad a la que correspondía ejercitarlas. El *Derecho constitucional excepcional*, (integrado

por los art. 116 y 55.1 CE, la Ley Orgánica 4/1981 de estados de alarma, excepción y sitio, el Reglamento del Congreso de los Diputados y los decretos de declaración y de prórroga de los estados excepcionales) irrumpió con toda su fuerza y vigor. La instauración de una *autoridad competente centralizada* en el Gobierno de la nación (o, por delegación, en el ministro) supuso la sujeción a un mando único de todos los integrantes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluidas las policías autonómicas y locales, y de los funcionarios y el personal al servicio de todas las Administraciones Públicas. Es indudable, entonces, que se produjo un *desplazamiento temporal* de la autoridad, que quedó parcialmente centralizada en aras de los principios de inmediatez y eficacia en la toma de decisiones. Así lo dispone *el Derecho constitucional de excepción*, que atribuye a la autoridad competente o, en su caso, a la delegada, la capacidad de adoptar en el conjunto del territorio nacional cuantas medidas sean necesarias para combatir la pandemia ámbito de la salud, los suministros, el transporte y el abastecimiento alimentario y sanitario, así como otras medidas limitadoras de la movilidad y libertad de desplazamiento.

La emergencia padecida a consecuencia de la COVID-19 es una «crisis sanitaria», expresamente prevista en el art. 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, que en su artículo 12.1 autoriza a la *autoridad competente* a dictar todas las medidas previstas en las leyes y, específicamente, «[...] las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas». Por tanto, la ley pone en manos de la autoridad competente una competencia especialmente cualificada y reforzada atendiendo a la especificidad de la calamidad. Este reforzamiento fue objeto de discusión, dado que, en materia de «sanidad», el Estado, *ex artículo 149.1.16 CE*, tiene competencias para establecer las bases y *coordinación* de la sanidad, competencias básicas que, por consiguiente, tienen la consideración de *mínimos* a desarrollar por los poderes autonómicos. En cambio, las comunidades autónomas asumen las competencias sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Haciendo uso de sus facultades sobre la materia, las comunidades autónomas gestionaron los servicios sanitarios en sus territorios. Y aunque el decreto de alarma habilitaba a la *autoridad competente delegada* para dictar cuantas órdenes y disposiciones convinieran para hacer frente a la emergencia sanitaria, la gestión de los servicios sanitarios continuó en manos de las comunidades autónomas.

Durante la crisis no se produjo el desapoderamiento de las competencias autonómicas sobre las distintas materias ni la *recentralización* del Estado. Tuvo lugar un *desplazamiento temporal* del ejercicio de las mismas a la autoridad central cuando ello fue necesario para salvaguardar la salud y los derechos constitucionales. El reparto de competencias constitucionalmente establecido permaneció incólume. Tan solo durante el plazo de vigencia del estado de alarma queda alterada la distribución de funciones en virtud de los apoderamientos de la autoridad competente que autoriza el decreto —que, no se olvide, es *norma especial* y tiene *rango de ley*—. Ello justifica que, durante la vigencia del *estado de alarma*, todas las autoridades sanitarias, así como todo el personal de cualquier clase al servicio del Sistema Nacional de Salud y los establecimientos de sanidad privada puedan recibir instrucciones del ministro de Sanidad en tanto sea necesario para la protección de las personas, bienes y lugares.

Comoquiera que España no es un Estado federal, sino descentralizado, no existe en nuestra Constitución un precepto semejante al art. 35 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que establece con claridad los deberes de cooperación entre el *Bund* y los *länder* en las situaciones de emergencia. Ahora bien, el *Derecho constitucional excepcional* español no desconoce que nos encontramos en el marco de un Estado compuesto. De hecho, y como ya se ha señalado arriba, la Ley Orgánica 4/1981 especifica tres supuestos en los que el presidente de una comunidad autónoma puede, como representante ordinario del Estado, colaborar con el Gobierno de España cuando la emergencia afecte a todo o parte del ámbito territorial de su comunidad o ciudad autónoma. Además, en todo momento las autoridades autonómicas y locales pudieron solicitar, motivadamente, a las autoridades competentes delegadas la adopción de cuantas medidas consideraban convenientes para la prestación de los servicios y la protección de las personas y bienes. Es más, en las fases finales de la *desescalada* las autoridades autonómicas ejercieron las funciones de *autoridad competente*. Los cuerpos policiales de las comunidades autónomas, bajo la dependencia del ministro del Interior, pudieron llevar a cabo las actuaciones necesarias para hacer cumplir las medidas decretadas y las Juntas de Seguridad con policías propias previeron lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones dictadas.

En todo aquello que no se vio afectado por el *Derecho excepcional*, cada Administración conservó las competencias asignadas por la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para luchar contra la pandemia, que es una obligación de todos los poderes públicos. El *estado de alarma* reforzó los deberes, ya previstos en la legislación ordinaria, de *cooperación* entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas, las ciudades autónomas y las corporaciones locales, en el ámbito de sus competencias, en materia de gestión, prevención, vigilancia y protección de la salud pública (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). También se reforzó el principio de *coordinación* interadministrativa y los controles de viajeros en frontera en virtud del título de «sanidad exterior», ambos competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.16 CE), a fin de lograr respuestas acompañadas y activar los controles necesarios en la lucha contra la pandemia.

De las disposiciones adoptadas en materia de circulación se informó previamente a las autoridades autonómicas con competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, y estas divulgaron entre la población las medidas atinentes al tráfico rodado. Las autoridades autonómicas y locales pudieron solicitar de las autoridades delegadas la práctica de requisas de todo tipo de bienes y el cumplimiento de prestaciones personales obligatorias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en el decreto que declaró el Estado de alarma. Las autoridades autonómicas y locales participaron en la aprobación de medidas en materia de transportes. Todas las disposiciones adoptadas se consideraron *necesarias y proporcionadas* para preservar la salud pública. Y el decreto de declaración del *estado de alarma* ratificó todas las disposiciones y medidas adoptadas por las autoridades competentes de las comunidades autónomas, las ciudades autónomas y las entidades locales para combatir la infección, que continuaron vi-

gentes y produjeron los efectos previstos en la medida en que se acreditó su compatibilidad con las disposiciones del decreto.

La carencia de instrumentos constitucionales de *cooperación* interterritorial fue suplida por diversas convocatorias de la Conferencia de Presidentes. En ellas, las máximas autoridades estatales y autonómicas pudieron dialogar, poner en común sugerencias y opiniones y establecer estrategias que posteriormente dieron lugar a decisiones de la *autoridad competente*. Asimismo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se reunió semanalmente y, bajo la presidencia del ministro, actuó como órgano de cooperación e intercomunicación en materia sanitaria entre el Estado y las comunidades autónomas y entre las propias comunidades.

A partir de la cuarta prórroga, una vez controlado el pico de la pandemia, se incrementó progresivamente el papel de las autoridades autonómicas. Tras la quinta prórroga, con el inicio del plan de desescalada, los presidentes de las comunidades autónomas ejecutaron las medidas en virtud del principio de *cooperación*. En la sexta y última prórroga del *estado de alarma*, las *autoridades competentes delegadas* fueron los presidentes de las distintas comunidades autónomas. Excepción hecha de la libertad de circulación fuera del ámbito territorial de la propia comunidad autónoma, los presidentes autonómicos fueron los que tomaron las decisiones sobre la fase final de la *desescalada* y las medidas necesarias para el establecimiento de la «nueva normalidad».

Durante el desarrollo de la crisis, el Gobierno y sus ministros comparecieron semanalmente, una o más veces, ante el Pleno del Congreso de los Diputados y las comisiones parlamentarias correspondientes, y los medios de comunicación informaron ampliamente sobre las medidas profilácticas para hacer frente a la pandemia. Es cierto que todo acción de gobierno es perfectible, más aún cuando el Ejecutivo debió afrontar una crisis sanitaria que obligó a articular una práctica constitucional *creativa* en la que hubo algunas insuficiencias en los instrumentos de coordinación motivadas por determinadas carencias legales o por falta de voluntad política. La colaboración y cooperación del Estado y las comunidades autónomas, y de estas entre sí, fue insuficiente en lo que se refiere a la disposición y el intercambio de datos. La descoordinación en materia de compras y distribución de material sanitario no debiera volver a repetirse. En descargo de los actores políticos, debe decirse que la nave ha sido pilotada en condiciones meteorológicas extremadamente adversas.

En todo caso, y a la vista de todo lo expuesto, no puede afirmarse (salvo prueba jurídica en contrario) que el Gobierno vulnerara los principios de *proporcionalidad*, *provisionalidad* y *adecuación* de las medidas adoptadas, o que aprovechara las circunstancias para gobernar *en dictadura*, zafarse del control parlamentario y poner en marcha un proceso inconstitucional de recentralización de competencias y funciones. El Real Decreto 463/2020, seis veces prorrogado, proyectó una aplicación *posible* del *Derecho constitucional de excepción* vigente y en ocasiones ello produjo una afectación, por *desplazamiento temporal*, de las competencias autonómicas y locales.

Dado que el estado de alarma no altera el reparto de competencias, las eventuales *conurrencias* de las medidas estatales con otras disposiciones adoptadas por las auto-

ridades autonómicas o locales no se resuelve mediante un conflicto de competencias, sino por la regla de prevalencia establecida en el art. 149.3 CE. Por ello, no es sorprendente que una *medida* de la autoridad competente pueda desplazar una ley o decreto autonómico (STC 83/2016 y ATC 7/2012). El objetivo de combatir la emergencia, en cuanto *fin constitucional*, vincula a todos los poderes públicos, lo que significa que estos, sin excepción, pudieron seguir ejerciendo sus competencias ordinarias y contribuir a la lucha contra la pandemia, lo cual no fue obstáculo para que el Gobierno activara lo que Velasco Caballero ha denominado «[...] una competencia extraordinaria, latente y muy cualificada del Estado», que el autor denomina «el gobierno del país en situación de alarma», competencia no atribuida al Estado por el art. 149.1 CE que, no obstante, resplandece implícita como competencia *especial y extraordinaria* derivada del art. 116 CE<sup>34</sup>.

## NOTAS

1. García Pelayo (1984: 34 ss.).
2. De Vega (1985).
3. Schmitt (1983: 27).
4. De Vega (1985: 17).
5. *Vid.* Schmitt (1982: 333-334).
6. Para una exposición de conjunto, *vid.* Kelsen (52012).
7. Kelsen (2011: 249-300).
8. Para este y otros problemas conexos, *vid.* García de Enterría (1981: 50 ss.).
9. Kelsen (2011: 256 ss.).
10. *Vid.* Bryce (2015).
11. *Vid.* Lassalle (1982).
12. Hesse (1983: 61 ss.).
13. *Ibidem*: 74.
14. Jellinek (1991: 6).
15. Cruz Villalón (1984: 31).
16. Schmitt (1985).
17. *Vid.* Maquiavelo (2016).
18. *Vid.* Maquiavelo (2017).
19. *Vid.* Bodin (2006: esp. cap. VII, libro I).
20. Cit. en Schmitt (1985: 49).

21. Hobbes (2009: cap. 26).
22. *Vid.* Montesquieu (2007: esp. cap. VI, libro XI).
23. Cit. en Schmitt (1985: 154).
24. *Vid.* las líneas generales de su pensamiento político en Rousseau (2012).
25. Schmitt (1985).
26. *Ibidem*: 259 ss.
27. Sobre la cuestión, *vid.* el excelente estudio de Childers (2019).
28. Sánchez Agesta (1977: xvii).
29. Fernández Segado (1977).
30. *Vid.* Cano Bueso (1985: 81 ss.).
31. *Vid.* Schmitt (2009: 19).
32. Cruz Villalón (1984: 75 ss.).

33. En el momento de cerrar este trabajo, otras salas territoriales se han alineado con Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, confirmada por el ATC 40/2020, de la que se apartan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, Navarra y Aragón. Esta última, fechada el 30 de abril de 2020, considera que, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, la Administración debe motivar en qué medida la participación de sesenta personas en vehículos individuales supone un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad, deber que, a juicio de la Sala, no realiza la Administración. En consecuencia, estima el recurso de la entidad sindical. La Sentencia cuenta con un voto particular que considera la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el *estado de alarma* en todo el territorio nacional.

34. Velasco Caballero (2020: 82).

## BIBLIOGRAFÍA

- BODIN, Jean (2006): *Los seis libros de la República*, Madrid: Tecnos.
- BRYCE, James (2015): *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CANO BUESO, Juan (1985): *La política judicial del Régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos.
- CHILDERS, Thomas (2019): *El tercer Reich. Una historia de la Alemania nazi*, Barcelona: Crítica.
- DE VEGA, Pedro (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1977): *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Madrid: Edersa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial.
- HOBBS, Thomas (2009): *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial.

- HESSE, Konrad (1983): «La fuerza normativa de la Constitución», en *Id.*, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- JELLINEK, George (1991): *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, Hans (2011): «La garantía jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- (2012): *Teoría General del Estado*, Ciudad de México: Ed. Coyoacán.
- LASSALLE, Ferdinand (1982): *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona: Ariel.
- MAQUIAVELO, Nicolás (2016): *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid: Akal.
- (2017): *El Príncipe*, Barcelona: Espasa Calpe.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.
- (1983): *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos.
- (1985): *La dictadura*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2009): *Teología política*, Madrid: Trotta.
- MONTESQUIEU (2007): *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Tecnos.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2012): *El contrato social*, Madrid: Taurus.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1977): «Prólogo» a F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Madrid: Edersa.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020): «Estado de alarma y descentralización del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, marzo-abril.

**Fecha recepción: 31 de julio 2020.**

**Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.**