

ENCUESTA

ENCUESTA SOBRE EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

PRESENTACIÓN

Las constituciones de los Estados democráticos de nuestro entorno suelen regular con mayor o menor extensión la reacción del orden constitucional a situaciones de especial emergencia, configurando diversas posibilidades de aplicación de un denominado Derecho de excepción. La Constitución española de 1978, como es bien sabido, configura el artículo 116, regulando tres estados de anormalidad constitucional: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio, confiriendo cobertura jurídica a la aplicación de este Derecho de excepción. Este se erige, como bien sabemos, a modo de garantía de la pervivencia de la constitución en tales tiempos excepcionales, dotando a los detentadores ocasionales del poder de ciertas facultades inusuales que pueden llegar a crear márgenes para modular o incluso excepcionar a la población la aplicación de ciertos derechos fundamentales de forma momentánea; a los solos efectos, eso sí, de poder afrontar tal situación de excepcionalidad y retomar en un futuro más o menos próximo la normalidad constitucional. Resulta en ese sentido decisivo que tales medidas estén correcta y claramente fundamentadas, explicadas y justificadas. Tal requerimiento de motivación, de justificación y de razonamiento deviene esencial para que el soberano en una democracia, esto es, el pueblo, al que momentáneamente se le ha podido modular o privar del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, pueda cuando menos comprender tal actuación.

El ejercicio de tal Derecho de excepción se complica, no obstante, en la aplicación concreta al caso específico; tal demanda, en primer lugar, se debe llevar a cabo en momentos especialmente delicados en los que la situación de anormalidad, que puede traer causa de catástrofes naturales o pandemias, como la que en estos momentos acaece a nivel mundial, de alteraciones del orden público o incluso de situaciones bélicas, dota de particular urgencia, y en algunos casos de gravedad, a la necesidad de adopción de medidas. Por otra parte, la distribución territorial del poder, que en algún Estado como el nuestro presenta particulares complejidades, puede convertir en problemática la asignación del titular competente para adoptar en cada momento la medida en cuestión.

Todos estos asuntos hacen que, a pesar de que la Constitución española parece regular en su artículo 116, con cierta sistemática y orden, la cobertura jurídica del

ejercicio de tal derecho, la aplicación práctica del mismo haya sido objeto de particular polémica y controversia. Por eso nos ha parecido, desde el equipo de redacción de *Teoría y Realidad Constitucional*, que tal controversia podía proyectarse en una de las tradicionales encuestas que encabezan los números de nuestra revista, y, en concreto, en la que abre este número dedicado a analizar el derecho de excepción en un momento en el que los constitucionalistas de todo el mundo están teniendo que hacer frente a los desafíos que la pandemia de la Covid19 plantea al orden constitucional, desde el punto de vista de la excepcionalidad de la situación, pero también desde otras perspectivas diversas.

En la encuesta que abre este número, diversos especialistas en la materia, como es habitual, han aceptado amablemente contestar las preguntas formuladas, que, planteadas en términos muy generales, les permitirán expresar su opinión sobre el particular. Debemos alertar a nuestros lectores, por último, que las respuestas se redactaron antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la constitucionalidad de la declaración de los estados de alarma vinculados a la Covid-19.

Para terminar, querríamos dejar constancia aquí de nuestro sincero agradecimiento a quienes tan amablemente aceptaron participar en la encuesta y enviarnos sus reflexiones sobre este tema.

CUESTIONES

1. *¿Qué consideraciones generales quiere hacernos sobre la razón de ser del derecho de excepción, que permite suspender temporalmente y en determinados supuestos el orden establecido en la constitución, y sobre los límites y garantías que deben rodearlo?*

2. *Parece claro que tal derecho de excepción puede limitar ciertos derechos ¿en qué medida considera que podría también imponer deberes? En ambos casos, ¿qué papel considera que desempeñan el contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad?*

3. *En relación con el derecho de excepción previsto en la Constitución de 1978 ¿qué valoración le merece la regulación de situaciones de anormalidad constitucional en ella y, en concreto, la redacción del artículo 116 CE? ¿Y la redacción de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio que dio desarrollo a ese precepto constitucional?*

4. *Las situaciones excepcionales también pueden enfrentarse con medios previstos en ciertas leyes, como la ley de salud pública. ¿Qué cree que diferencia a este «derecho legal de necesidad» del derecho de excepción? ¿Qué relación existe entre ellos?*

5. *El derecho de excepción se ha aplicado solo en dos supuestos: la huelga de controladores aéreos de 2010 y la actual pandemia causada por la COVID 19. ¿Qué consideraciones querría hacernos al respecto? ¿Cree que a la vista de estas experiencias sería aconsejable alguna reforma en la LO 4/1981?*

6. *¿Considera que la actual ordenación territorial del poder en España facilita o dificulta la aplicación y eficacia del derecho de excepción?*

7. *Desde el punto de vista del control ¿cómo valora las posibilidades de control judicial de las declaraciones de excepción y de las decisiones adoptadas en su marco?*

ENCUESTADOS

MANUEL ARAGÓN REYES, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid*

RAÚL CANOSA USERA, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid*

ANA CARMONA CONTRERAS, *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla*

PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid*

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid*

CARLOS GARRIDO LÓPEZ, *Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza*

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo*

RESPUESTAS

1. *¿Qué consideraciones generales quiere hacernos sobre la razón de ser del derecho de excepción, que permite suspender temporalmente y en determinados supuestos el orden establecido en la constitución, y sobre los límites y garantías que deben rodearlo?*

MANUEL ARAGÓN REYES

De manera coherente con la idea de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y, por ello la fuente originaria de los derechos de los ciudadanos y de las potestades del Estado, es muy correcto que en ella se prevean no sólo las garantías de aquéllos y los deberes de éste en las situaciones de normalidad, sino también las restricciones necesarias de derechos y la ampliación especial de los poderes del Estado para hacer frente a posibles situaciones de crisis que, por su gravedad, no puedan ser combatidas con los instrumentos que el Derecho de la normalidad proporciona. A eso se le llama «constitucionalización del Derecho de excepción». Constitucionalización que tiene un doble fin: primero, el de la seguridad jurídica, regulando en la propia Constitución la excepción, con objeto de evitar que, incluso en dichas situaciones, se actúe fuera del Derecho (en el Estado constitucional no cabe la vieja máxima *salus publica suprema lex esto*); segundo, el de la preservación de las bases fundamentales del sistema constitucional, pues, al regularse el Derecho de excepción, se condicionan los supuestos, materiales, orgánicos y procedimentales, habilitantes para su ejercicio, garantizándose así su correcta utilización y

evitándose que el objetivo, legítimo, de defender aquel sistema pueda convertirse en un medio, ilegítimo, para destruirlo.

Por ello, a mi juicio, no cabe como fórmula adecuada para la previsión constitucional de la excepción la de la vieja figura (ya conocida en el Derecho Romano) de la «dictadura constitucional comisoria», o si se quiere, la del otorgamiento al Estado de «plenos poderes» para hacer frente a la crisis. Siendo preferible (más aún, teóricamente exigible) que la constitucionalización del Derecho de excepción prevea límites que las autoridades públicas no puedan en ningún caso traspasar. Límites, por otro lado, que en modo alguno privan de eficacia a las medidas necesarias que deban adoptarse, pues el sistema constitucional democrático tiene capacidad suficiente para defenderse sin abjurar de las bases fundamentales que le dan sentido.

La eficacia de esa defensa puede exigir determinadas restricciones de derechos ciudadanos y determinadas ampliaciones de las potestades públicas, pero la legitimidad de esa defensa obliga a que se mantengan, no obstante, las líneas esenciales de aquello que se pretende defender. En resumen, con el Derecho de excepción pueden limitarse e incluso suspenderse derechos, pueden ampliarse las competencias de los poderes estatales e incluso suspenderse reglas de delimitación o distribución competencial, pero lo que no se puede (o no se debe) suspender son los principios que configuran la forma de Estado y la forma de gobierno. Dicho ello, el examen concreto de los límites y garantías que deben regir en el Derecho de excepción los trataré al contestar a la pregunta 3.

RAÚL CANOSA USERA

El Derecho prevé lo malo para que no suceda lo peor, pero en ocasiones aún ha de anticipar que lo peor pueda acontecer y dotar al Estado de una capacidad de respuesta para afrontar circunstancias excepcionales. Con todo, esta respuesta extraordinaria debe encaminarse siempre a recuperar cuanto antes la normalidad. Se ha recordado en estos tiempos la grandeza de la institución romana de la dictadura cuya naturaleza esencial radicaba en el apoderamiento de un sujeto con todo el poder, pero ligado a una estricta temporalidad. Si el dictador permanecía, se convertía en un tirano. El escritor guatemalteco Miguel Ángel Asturias narró en su obra «El señor Presidente» la peripecia de un presidente que gobernaba con los poderes de los que se le dotaba en la Constitución para momentos de excepción y, convertido en dictador perpetuo, era en rigor un tirano.

Así pues, la dramática suspensión temporal del derecho de la normalidad para dar entrada al derecho de excepción o de emergencia debe rodearse de todas las cautelas que aseguren su eficacia para recuperar la normalidad e impidan que lo excepcional se convierta en normal y se subvierta la democracia.

ANA CARMONA CONTRERAS

La principal consideración en torno a la previsión constitucional de un derecho de o para la excepción debe tomar como punto inicial de referencia su existencia como tal. Con su constitucionalización se deja constancia expresa de la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento de instrumentos idóneos para afrontar circunstancias cualificadas de necesidad ante las que el derecho ordinario se muestra inoperante y cuya superación exige arbitrar medidas pertinentes. Con la recepción constitucional de la excepción se crean cláusulas de salvaguardia del Estado de Derecho, introduciéndose válvulas de adaptación jurídica que de forma transitoria y contingente permiten articular las respuestas requeridas por situaciones de emergencia. Se abre, de este modo, la puerta a la creación de un ordenamiento alternativo al ordinario, sometido a las exigencias preestablecidas por parte de las genéricas previsiones establecidas en sede constitucional posteriormente concretadas por la ley orgánica prevista a tal efecto. De este modo, se sientan las bases rectoras de un ordenamiento que, a pesar de estar llamado a activarse en circunstancias fácticas excepcionales, despliega sus efectos en un marco institucional que permanece sustancialmente inalterado en términos funcionales. Así queda patente atendiendo a la afirmación constitucional que impide la interrupción del funcionamiento de todos los poderes del Estado durante la vigencia de cualquiera de los estados excepcionales contemplados. En este sentido, la Norma Suprema formula una decidida apuesta a favor de mantener plenamente operativo el poder legislativo, introduciendo un mandato de convocatoria automática de ambas cámaras y, asimismo, vetando de forma expresa la disolución del Congreso estando declarado cualquiera de los escenarios excepcionales (artículo 116.5 CE). Una similar línea de normalidad funcional se afirma en relación con el Ejecutivo, entendido en sentido omnicompreensivo (Gobierno y Administración Pública), según se desprende de la afirmación del principio de no modificación de la «responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes» (artículo 116.6 CE). Sobre la base del diseño constitucional expuesto se desprende que el control parlamentario al que está sometido el Gobierno no experimenta alteración alguna en el marco de la excepcionalidad. Es más, precisamente en el mismo y teniendo en cuenta el protagonismo que en su gestión corresponde a aquel, su fiscalización en sede representativa refuerza su sentido general. En cuanto al poder judicial, cabe resaltar que la jurisdicción militar sólo puede rebasar su ámbito natural de actuación (sic., el castrense) «en los supuestos de estado de sitio», de acuerdo con lo dispuesto por la ley que la regula y siempre «de acuerdo con los principios de la Constitución» (artículo 117.5 CE). Es precisamente este planteamiento de sometimiento de la excepción jurisdiccional a los postulados normativos establecidos lo que justifica la prohibición expresa de los tribunales de excepción (artículo 117.6 CE), una figura dotada de un destacado protagonismo en nuestra experiencia histórica.

Por lo que se refiere a la incidencia de los estados excepcionales sobre los derechos fundamentales y sus garantías, el artículo 55.1 CE se erige en directo referente, al incorporar la previsión de un específico elenco de los que son susceptibles de ser suspendidos estando declarados el estado de excepción o el de sitio. Nada se establece en relación con el de alarma, por lo que tal operación suspensiva escapa a su radio de acción. En función de esta premisa constitucional, así como de las posteriores especificaciones previstas por la Ley Orgánica 4/1981, la activación de cualquiera de los estados excepcionales previstos deberá determinar junto con su ámbito territorial y su duración no sólo qué concretos derechos resultan afectados, sino también en qué medida y con qué intensidad. La formalización jurídica de la voluntad declarativa de la excepción, de esta forma, se afirma como un escalón normativo sucesivo que, por su naturaleza materialmente legislativa, queda sometido al control de constitucionalidad ejercido por el TC (ATC 7/2012 y STC 83/2016). Por su parte, los actos de aplicación en los que sus previsiones se concretan ex post se incardinan lógicamente en el ámbito de control que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Tendría que empezar refiriéndome a la propia noción de ‘derecho de excepción’, que ha logrado carta de naturaleza en los últimos tiempos, singularmente con ocasión de la actual pandemia. Cuando la llevé al título de mi análisis de la Ley orgánica 4/1981 en el segundo número de la Revista española de Derecho constitucional no era una expresión en absoluto corriente. Si puedo entrar en este género de consideraciones, y salvo error u omisión, creo que la estaba utilizando por vez primera, opté deliberadamente por ella con la intención de apuntalar mi primer objetivo con dicho artículo, en concreto, la propuesta de una arquitectura jurídica de la excepción y, más allá de eso, el de subrayar en aquellos meses críticos de 1981 la juridicidad, sin excepción, de las instituciones de nuestra joven Constitución. A la Ley orgánica de aquel mes de junio debía seguirle un primer intento de caracterización de los estados excepcionales en un esfuerzo de revelación de la lógica interna de esa pieza básica de «la constitución de excepción».

Por suerte, prescindiendo de la legislación antiterrorista permitida por el art. 55.2 CE, el aparato constitucional de la excepción quedó durante décadas en estado latente, con el carácter apenas de una obligada lección en el programa a impartir a los alumnos de grado. No hubo así necesidad de debatir mucho acerca de lo que la *excepción* implicaba como categoría enfrentada a la normalidad.

Es así como, entrando ya en la respuesta a la pregunta formulada, resulta que una faceta sobresaliente de la experiencia con la Covid19 es la comprobación de hasta qué punto eran elementales nuestras nociones al respecto cuando han debido ser contrastadas con la experiencia vivida. El nombre de esta revista, «Teoría y realidad constitucional» pocas veces ha estado tan justificado como en esta ocasión.

En efecto, la realidad nos ha situado de bruces con una situación excepcional que, propiamente, no era de las previstas por nuestra Constitución. El «estado de pandemia», con todos los caracteres hoy conocidos, no *estaba* en la Constitución, por así decir. Y, sin embargo, no había alternativa a encararla con los instrumentos constitucionalmente previstos. O, siendo más precisos, la alternativa del estado de necesidad resultaba difícilmente presentable ante la panoplia de estados excepcionales que la Constitución ofrecía.

A partir de aquí, la experiencia ha puesto en evidencia la debilidad o la pobreza incluso de la dogmática de nuestro 'derecho de excepción'. Por poner el ejemplo más evidente, creíamos disponer de una noción firme de *suspensión* de los derechos fundamentales y en seguida advertimos hasta qué punto nuestro arsenal era reducido a la hora de deslindar esta categoría de otras próximas. Y menos mal que a lo largo de las últimas décadas hemos visto florecer la noción de contenido esencial. Pero esa es la realidad, hay ocasiones en las que cuando más se nos necesita, quiero decir a los constitucionalistas de oficio, resulta que es relativamente poco lo que podemos ofrecer. O quizá sea más ajustada la proposición de que el problema no se sitúa en el más o menos corto número de categorías con las que nos movemos, cuanto en la medida en la que somos capaces de articular un discurso a la altura de las circunstancias a partir de aquéllas.

Dicho esto, considero que la todavía actual situación de pandemia da pie para reforzar la idea de que la dogmática de los derechos fundamentales y de las libertades públicas sólo es posible en singular en tanto venga complementada, en plural, por un aparato conceptual propio de cada uno de dichos derechos y libertades. Lo cual se aplica evidentemente a la noción de suspensión, que sólo puede ser adecuadamente analizada en función de cada derecho o libertad. Y en función por supuesto de cada *situación*, sobre lo que tendré ocasión de volver.

Ahora bien, más allá de todo lo anterior, la actual pandemia está dando lugar a un esfuerzo de reflexión constitucional sin precedentes tanto en su universalidad, en la globalidad de su escala, como en su celeridad con la que esta reflexión está teniendo lugar. Rara vez se había asistido a una reflexión constitucional *transfronteriza* con este grado de intensidad. Del mismo modo, con la misma celeridad con la que se han inventado y se están inventando vacunas, y con la misma simultaneidad en el esfuerzo, se está produciendo una reflexión sobre las muchas dimensiones constitucionales de esta plaga de alcance planetario. De nuevo el mundo adquiere caracteres de *aldea*, la aldea constitucional de la pandemia.

Todo ello con independencia de que, en buena parte, el derecho constitucional de excepción sea un derecho nacional, es decir, un derecho que asume rasgos propios en el caso de cada Estado de la comunidad internacional. En primer lugar, por supuesto, en razón de las categorías propias de cada ordenamiento constitucional. Pero, con igual intensidad, en razón de la respectiva coyuntura política, con repercusión constitucional. Esto vale muy particularmente para el caso español.

Por fin, pero no en último lugar, se impone una reflexión constitucional sobre la normalidad *postpandemia*, pues no hay necesidad de calificarla de otro

modo. Somos conscientes de que la experiencia sufrida ha modificado nuestra propia conciencia, casi podría decirse que como especie, al igual que ha modificado nuestra percepción de la comunidad política en la que vivimos. Sería ilusorio pensar que todo esto tiene lugar sin repercusión alguna sobre ese universo que llamamos Constitución.

En definitiva, resulta inevitable pensar que de este episodio sanitario global vamos a salir por pura necesidad más sabios, y qué duda cabe que más humildes también, y es con este ánimo como trataré de responder a este cuestionario.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Ante una eventual pregunta acerca de si puede ser suspendido bajo el estado de alarma el derecho fundamental a contagiar a los demás una enfermedad grave, solo cabría, para empezar, una respuesta: negar la mayor. Negar que exista tal derecho fundamental a contagiar a los demás al ejercer plenamente la libertad de circulación.

Con carácter previo a cualquier consideración general sobre el derecho de excepción es preciso distinguir entre, por una parte, lo que son los límites naturales de los derechos y libertades con sus restricciones y limitaciones y, por otra, lo que es suspensión de los derechos (A). También, con el mismo carácter previo delimitar qué quiere decirse por «derecho de excepción» (B). Solo entonces estaremos en condiciones de hacer algunas consideraciones generales sobre la razón de ser del derecho de excepción y los límites y garantías que deben rodearlo (C).

A) «Límites» de los derechos, «restricción» de los derechos y «suspensión» de los derechos

La primera enmienda de la Constitución de E.E.U.U. no ampara, como dijo el juez Oliver Wendell Holmes¹ en su célebre sentencia de 1919, gritar «fuego» falsamente en un teatro abarrotado; ello demuestra que no se trata de una cuestión de «suspensión» de la libertad de expresión, sino de inexistencia de esa libertad en ese determinado contexto. A nadie se le ocurriría sostener lo contrario. En realidad, tampoco es cuestión ni siquiera de «restricción» de tal libertad, entendiéndose por restricción algún tipo de menoscabo o condicionamiento, siquiera sea parcial de tal supuesta libertad. De lo que se trata es de que no existe, pura y simplemente, en modo alguno, una hipotética libertad para gritar «fuego» en un tea-

¹ Schenk v. Estados Unidos, 249 US 47 (1919) «We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U. S. 194, 195 U. S. 205, 195 U. S. 206. *The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*».

tro. No existir no es lo mismo que recortar o disminuir el derecho, sino una cuestión más radical o esencial.

El significado de las palabras es en este tema muy importante y a veces las carga el diablo. Por ello hay que ser especialmente cuidadoso con las palabras «suspensión», «limitación» y «restricción».

a) «Limitación» de derechos y libertades.

Como enseguida veremos, frente a la «suspensión», que suprime sin más los derechos mientras duren los estados de excepción o de sitio, la «limitación» de los derechos no suprime, en realidad, los derechos, sino que éstos no existen a partir de determinados límites. Lo más relevante es que no los comprime, recorta o reduce, sino que, en realidad, los delimita; es decir establece cuáles son sus fronteras naturales, más allá de las cuales no existen.

En el caso al que se enfrentaba el Juez Wendell Holmes en 1919 no se trataba de saber si la libertad de expresión se había recortado por una Ley en interés de la defensa, sino que es la propia sentencia la que «descubre» con un ejemplo (el de gritar fuego falsamente) que hay unos límites naturales de los derechos, más allá de los cuales, el derecho —la libertad de expresión en el caso— no existe. La sentencia del juez Holmes «desvela» una realidad que no precisa de una Ley previa que suprima o recorte derechos: la realidad de que los derechos tienen límites intrínsecos cuando interactúan con otros derechos o con otros bienes constitucionales, que marcan el final de cada derecho. No se trata ni siquiera de que una Ley ponga o no ponga determinados límites que marquen las fronteras de los derechos; son los mismos derechos en su interacción con los demás los que hacen surgir los límites a partir de los cuales los derechos se reconfiguran o, incluso, desaparecen; límites que los propios tribunales —incluso sin ley alguna previa— constatan.

La limitación no necesita de un autor antropomórfico que haga una ley que, en cada caso, ponga límites a los derechos². De haber algún autor podría señalarse la Constitución como autora referencial de la limitación en cada caso, pues al reconocer derechos que interactúan o entran en conflicto entre sí, obliga al legislador a sentar los límites de cada uno o, en su caso, los principios con arreglo a los cuales han de resolverse tales conflictos. Obliga también a los jueces, en defecto o insuficiencia de previsión legal, a encontrar y declarar los límites de los derechos en su mutua interacción. Lo mismo vale cuando los derechos entran en conflicto con otros bienes constitucionales (secreto del sumario o secretos de la defensa).

2 «Limitación» se describe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como «poner límites»; y «límite» como «fin» o «término». A su vez la primera acepción de «fin» es «Término, remate o consumación de algo». En definitiva «límite» es el final o terminación de algo. En relación con los derechos quiere decir el final, la terminación, la desaparición o la extinción del derecho de que se trate. Lo importante es que ese final puede no ponerlo nadie; son los derechos de los demás y los demás derechos los que «ponen límites» a otros derechos en concretas y determinadas circunstancias.

La limitación de derechos no proviene así de un acto de libre voluntad ni del legislador ni de los jueces, sino de un «descubrimiento» de dónde están sus límites en función de las concretas e infinitas circunstancias de cada caso que ningún legislador puede prever. Tampoco cuando el legislador mismo fija tales límites lo hace desde su libérrima voluntad, sino desde su interpretación de cuáles son los límites de los derechos en su interacción con otros; por ello puede encontrarse con que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una eventual Ley de limitación de derechos porque ha interpretado erróneamente los límites con violación de alguno de los derechos en presencia. Es, así, la Constitución y no la Ley la referencia para determinar los límites de los derechos en su mutua interacción.

Hay que concluir este apartado destacando que los límites naturales de los derechos que hemos analizado no solo surgen ante la aparición de una pandemia, sino que surgen también en situaciones ajenas a la enfermedad: por ejemplo, y entre otras, en las relaciones de la libertad de expresión con la intimidad o el honor. Es decir, en situaciones, al margen del estado de alarma, en que la interacción entre derechos determina que algunos acaben donde empiezan los otros, sin que sea necesario que el legislador sea el que ponga los límites. Son los derechos mismos los que ponen dichos límites que acaban declarando directamente los Tribunales.

b) La restricción de derechos.

La idea de «restricción» tiene un significado algo distinto al de «limitación». En sentido estricto se «restringen» los derechos cuando su ejercicio no es completamente libre, sino que queda condicionado al cumplimiento de determinados requisitos o condiciones formales o procedimentales que el legislador establece; también cuando impone obligaciones derivadas de su ejercicio. La prestación del servicio de comunicación audiovisual precisa de comunicación ante la autoridad audiovisual competente previa al inicio de la actividad; el derecho de manifestación igualmente exige comunicación por escrito a la autoridad gubernativa con una antelación de diez días como mínimo, salvo casos de urgencia en que el plazo se reduce a 24 horas; el derecho de asociación una vez constituida hace obligatoria su inscripción a efectos de publicidad; el derecho de libre circulación en vehículos de motor exige al conductor estar en posesión del correspondiente permiso; la difusión de impresos está sujeta al pie de imprenta; la libertad de enseñanza a requisitos que exigen, para empezar, poner en conocimiento de las autoridades competentes la creación de centros de enseñanza con una serie de datos sobre los mismos.

Las condiciones y requisitos o las obligaciones formales derivadas del ejercicio de determinados derechos son innumerables y se entiende que no niegan el derecho mismo pero suponen, en sentido estricto, restricciones en cuanto su ejercicio no es absolutamente libre. Tales restricciones son instrumentos al servicio de la defensa futura o preventiva de otros derechos y, por eso, aun eventuales o

diversas, al estar ordenadas a la defensa de otros derechos, son expresión de los límites o limitaciones que se imponen al derecho al que afecta.

La restricción puede entenderse también en un sentido más amplio cuando no se trata solo de requisitos o condiciones formales de comunicación a la autoridad o de obligaciones igualmente formales posteriores al ejercicio del derecho (como registro de asociaciones) sino que afectan sustancialmente al modo, extensión, alcance o forma de ejercitarlo. Es el caso del derecho de manifestación cuando la autoridad competente propone la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la misma; también el caso de la libertad de enseñanza en cuanto al plan de estudios, los títulos a obtener, las condiciones materiales del centro o la titulación de los enseñantes o en el caso de la libertad de empresa para comercialización de productos su sometimiento a determinados requisitos de etiquetado, registro, etc., para proceder a su venta. Aquí se va más allá de requisitos o condiciones formales para establecer requisitos o condiciones sustanciales que limitan la absoluta libertad de ejercicio de la misma. En realidad este segundo tipo de restricción del derecho —«restricción» sustancial o en sentido amplio— podría reconducirse en algunos casos a la «limitación» de la letra a) anterior, pues se trata de que otros derechos u otros bienes legítimos determinan el «fin» o «terminación» de un derecho que no puede llegar más allá de su límite salvo en una visión libertaria de los derechos.

c) La suspensión de derechos en los estados de excepción y de sitio.

El término «suspensión» solo se emplea en dos ocasiones en la Constitución (artículo 55) vinculándolo con el terrorismo o con los estados de excepción y de sitio. Qué quiso decir el constituyente por tales estados, que siempre se han vinculado con la suspensión de garantías y éstas, necesariamente, con el «orden público», está claro en esa vinculación transitiva. El concepto de «orden público» desencadenante de la suspensión está claro en términos del artículo 3 del Código civil³ por su contexto, antecedentes y no es difícil deducirlo de nuestra historia constitucional, que revela lo que las palabras significaban para el constituyente en 1978. Por si ello fuera poco, el sentido que tienen por sí mismas y el que se deduce de nuestra historia y tradición constitucional lo hicieron explícito los padres constituyentes en el debate constitucional y lo ratificaron 3 años después al debatir la Ley Orgánica 4/1981 sobre los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES en lo sucesivo). Y los estados de excepción y sitio —que no el de alarma, que con su contenido actual es una novedad— se vinculan en toda nuestra historia constitucional con la alteración del orden político y constitucional, la integridad territorial del Estado y el orden público en su sentido estricto de seguridad y orden en la calle.

3 Artículo 3.º del Código civil: 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Que la Constitución misma no diga mucho sobre tales estados de excepción y sitio que permiten suspender derechos, no permite en modo alguno afirmar que su denominación supusiera una especie de cheque en blanco para que el legislador pusiera en el mismo cualquier contenido para cualquier finalidad. Las palabras tienen en sí mismas un significado; y el mismo, de acuerdo con nuestra costumbre y tradición constitucional y con el Código civil, no ofrecen la menor duda. Nada ha cambiado en los años de democracia transcurridos para afirmar gratuitamente que su sentido sea distinto.

Es decir, cuando esas circunstancias políticas de alteración del orden público se dan, la Constitución ha querido que ni el legislador (a través de sus leyes), ni los jueces tengan que apreciar los límites de los derechos o hasta donde llegan o no llegan; en absoluto. Pura y simplemente ha querido que determinados derechos queden temporalmente en suspenso por concretas y limitadas razones políticas. Se trata de una apreciación política concreta de si se dan determinadas circunstancias que, ni los jueces, ni las leyes generales pueden hacer: solo la representación del pueblo en el Congreso de los Diputados puede tomarla. Dejando aparte el Tribunal Constitucional, ni los jueces, ni el propio legislador (en su veste normativa general) tienen que entrar a valorar ni cómo interactúan los derechos con los intereses políticos de mantener la seguridad pública o la integridad territorial, ni cuáles son las fronteras naturales de los derechos en relación con esos valores externos a la normal interacción de los derechos con otros derechos o con otros bienes constitucionales.

El fin de mantener el orden público que persiguen los estados de excepción o de sitio es también la «causa» de los estados de excepción y de sitio y de la necesaria «suspensión» que conllevan; y esa causa determina que la suspensión radical y temporal de los derechos sólo sea posible en los casos y supuestos de tales estados vinculados básicamente con el orden público en nuestra historia y en el momento de aprobar la Constitución; casos y supuestos que coinciden con lo expresado por los diputados y senadores al aprobar el artículo 116.3 y 4, con nuestra costumbre constitucional y con lo que de tales estados se ha desarrollado en la LOAES. Cuando el artículo 55 CE circunscribe la suspensión del estado de excepción o de sitio están asumiendo tanto el significado de esos estados en nuestra historia constitucional como el de la suspensión de garantías constitucionales vinculada indisolublemente con dichos estados.

d) La diferencia entre los límites naturales de los derechos en su interacción con otros derechos y bienes constitucionales y la suspensión de derechos del artículo 55 de la Constitución.

La diferencia entre limitación y restricción de derechos y suspensión de los mismos se ha desarrollado en las explicaciones anteriores y ello obliga rechazar de una vez por todas que limitar o restringir derechos suponga una ablación, sustracción o reducción de su normal despliegue. Es una redefinición o reconstrucción del alcance de los derechos determinada por los demás derechos. Es erróneo,

por eso, cualquier intento de distinguir limitación y restricción por la intensidad de la afección o reducción que experimenten los derechos o por una supuesta reducción de su contenido esencial. Ni la intensidad ni la esencialidad sirven para hacer distinción alguna, ni existe reducción.

Lo que sea limitación, restricción o suspensión de los derechos tiene que ver con su causa, además de con su alcance y contenido. Es frecuente fijarse en los efectos de algo para designar los efectos por sus causas, confundidos en la sinécdoque de imputar unos efectos a una misma causa cuando obedecen a causas diferentes. Se trata de un error lógico o entimema que ya pusiera de relieve Aristóteles, reprochándoselo a los sofistas, en su *Retórica* y en *Analíticos*⁴. Se trata de un silogismo truncado, de uso frecuente en el discurso retórico, en el que se ha suprimido una de las premisas por considerarse obvias o para ocultar intencionadamente una falacia. Así en el ejemplo «*Lisias tiene fiebre porque jadea*» se presupone por error o intención la premisa «*todos los que jadean tienen fiebre*», que es completamente falsa; se puede jadear sin tener fiebre por haber corrido 1.000 metros en una competición atlética.

En nuestro caso el error radica en afirmar que el estado de alarma no permite suspender derechos, pues lo que ocurre es que las limitaciones o restricciones que puedan establecerse en el estado de alarma por causa y defensa de la salud nada tienen que ver con la suspensión de derechos: son limitaciones o restricciones y nunca suspensión de derechos. La razón es bien clara: la Constitución en su artículo 55 reserva el concepto de «suspensión» para la supresión de garantías por razones de orden público, ajenas a las restricciones o limitaciones por razones de salud.

Ha sido frecuente decir que el confinamiento domiciliario de la primera fase de la pandemia tenía los mismos efectos que un arresto domiciliario. Pero un arresto domiciliario tiene como «causa» la privación de libertad por comisión de un delito por lo que nunca puede hablarse de que tiene «suspendidos» sus derechos el arrestado, sino que está privado de los mismos. Lo mismo ocurre con el que cumple condena por asesinato, pues no puede decirse que tiene suspendidos sus derechos. Y por supuesto lo mismo ocurre con tener suspendidos los derechos en el estado de excepción por razones de orden público, frente a estar confinado en casa por razón de la pandemia.

El confinamiento durante la pandemia no obedece a que se hayan suspendido los derechos de todos, sino a que el peligro galopante de contagio de la enfermedad altera, por sí mismo, el derecho de libre circulación en los términos que fije el decreto de alarma.

La diferente causa de ambas situaciones (suspensión en el estado de excepción y de sitio y confinamiento en el estado de alarma) muestra las abismales diferencias entre ambas.

4 *Retórica* 1356a35-1357b25 y en *Analíticos* II, 23 y 27.

B) *Delimitando el «derecho de excepción»*

La locución «derecho de excepción» es, en sí misma, equívoca en cuanto incluye dentro de la misma los tres estados —alarma, excepción y sitio— o incluso estados no formalizados pero que entrañen situaciones de emergencia. El equívoco reside en el segundo término de la locución —«excepción»— pues, por una parte, es el mismo que se utiliza para uno de los estados formalizados del artículo 116, con lo que tiende a confundirse de entrada lo que significa en su causa, alcance y efectos con todo los demás. Por otra parte tiene un significado genérico: la excepción a la regla o lo particular respecto de lo general de lo que sería excepción; en el «derecho de excepción» —que no en el estado homónimo— entrarían también situaciones de emergencia o extraordinarias no formalizadas, ni formalizables en estado alguno.

Ello desaconsejaría emplear la locución «derecho de excepción» sin previa aclaración de su alcance en un contexto en que de lo que se trata, en último término, es de profundizar en la distinción entre los tres estados formalizados o con otras situaciones extraordinarias.

Lo que se quiera decir por «derecho de excepción» exige aclarar que como categoría jurídica —como tal o con dicho nombre— no existe propiamente en el Derecho positivo, aunque ha sido utilizado, a veces, muy legítimamente, por la doctrina con otras finalidades de agrupación de situaciones extraordinarias. Si por «derecho de excepción» nos referimos al «estado de excepción» y al «estado de sitio» no habría demasiados problemas pues es correcto hablar de «suspensión» sin más de derechos fundamentales en tales estados formalizados. Pero en cuanto se pretendiera incorporar en esa teórica categoría del «derecho de excepción» el «estado de alarma» entonces habría que denunciar, con toda energía, esa hibridación que induciría a asimilar la alarma y sus efectos y consecuencias con la de uno de los estados —el de excepción— por la agrupación en un concepto único de los tres estados.

Tal consideración vale para hacer la oportuna distinción tanto en relación con los estados «formalizados» de alarma, excepción y sitio, como en relación con determinadas situaciones extraordinarias no formalizadas. Como tal, y como ejemplo, puede conceptuarse el caso de la toma de posición política personal del Rey contra el golpe de estado en la noche del 23 y 24 de febrero de 1981 que tenía secuestrado al Gobierno que constitucionalmente debía haber refrendado su personal actuación. Se trata de situaciones no formalizadas en que hay que adoptar «medidas» o tomar decisiones aunque no se ajusten, aparentemente, a la legalidad⁵, pero que quedarían legitimadas por la emergencia o el carácter extraordinario de la situación y por el hecho de no implicar «suspensión» alguna de derechos,

⁵ El discurso del Rey en la madrugada del 24, sin conocimiento ni respaldo formal del gobierno, o la convocatoria el mismo día de la Comisión de Subsecretarios como un remedo de Gobierno, pueden ser muestras de situaciones de excepción sin formalización de «estado» alguno.

sino delimitación o restricción de los mismos conformada por las circunstancias. En Francia, con motivo de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno contra la pandemia en marzo de 2020 el *Conseil d'État*⁶ en su informe al Gobierno recordó la «emergencia» como título de legitimación para adoptar determinadas medidas —sin necesidad de invocar cualquier otro— en relación con las restricciones a la libre circulación de las personas. En su *Arrêt Heyriès* en 1918, seguido sin desmayo en ulteriores decisiones, lo que se invoca es la llamada teoría de las circunstancias excepcionales que lo que subraya son las circunstancias y no las medidas a tomar en un sistema constitucional en el que no se formalizan estados —y menos el de excepción— sino en que se permite al Presidente tomar determinadas medidas en concretas situaciones; no cabe, pues, en el vecino país confusión de las circunstancias excepcionales con ningún estado formalizado.

C) *Los límites y garantías que deben rodear el «derecho de excepción»*

Las primeras garantías en el orden temporal son políticas, pero no son las únicas. En el estado de alarma el Gobierno es libre para decretarlo siempre que se den las circunstancias naturales previstas en la LOAES, pero solo puede hacerlo por quince días. Su prórroga, en cambio, precisa de la autorización del Congreso; prórroga de la que no se dice la duración a diferencia de lo que ocurre con el estado de excepción o de sitio, de lo que puede deducirse que no se ha querido poner límite temporal a la prórroga. El Gobierno no podría decretar unilateralmente el primer estado de alarma por más de 15 días, pero la prórroga, que ya no corresponde al Gobierno solo, al necesitar previa autorización, no tiene plazo; precisamente porque ya es el Congreso el que lo autoriza y porque no se trata de suspender derechos, sino de fijar sus límites en situaciones naturales extraordinarias que, por sí mismas, limitan los derechos.

Al margen de ese control político están las garantías constitucionales por el control del Tribunal Constitucional, con el obligado margen de deferencia hacia el Ejecutivo y el Congreso, sobre si concurren las circunstancias para decretar la alarma y sobre la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas de limitación y restricción de derechos. Por su parte cabe el control judicial de la aplicación práctica de las medidas en los casos concretos que afecten a los ciudadanos de forma individual o colectiva. Una eventual desproporción en las medidas determinaría que las mismas se consideren inconstitucionales o violadoras de derechos, pero nunca constitutivas de «suspensión».

En el estado de excepción la garantía política frente la «suspensión» de determinadas garantías o derechos radica en la previa autorización del Congreso, por simple mayoría, que habilita al Gobierno para declarar tal estado de excepción

6 Avis du Conseil d'État n.º 399873 rendu par sa commission permanente le 18 mars 2020 sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, donde retoma la teoría de las circunstancias excepcionales que el propio Conseil d'Etat configuró en su arret Conseil d'État, Heyriès de 28 juin 1918.

cuando se dan las circunstancias que lo permiten y que la tradición constitucional ha acuñado vinculándola con el orden público. Para su prórroga, de nuevo hará falta, la autorización por simple mayoría, pero aquí, con el límite temporal máximo de 30 días que la Constitución, a diferencia de la alarma, sí se ha preocupado por establecer para un estado que entraña «suspensión» de derechos, a diferencia de nuevo con la alarma. El límite máximo de 30 días es para la prórroga, pudiendo suscitar dudas si puede haber más de una prórroga, aunque en ningún caso excederían tampoco de 30 días, lo que significa que cada 30 días será siempre el Congreso quien deba dar la autorización y el gobierno pedirla.

También aquí cabe el control por el Tribunal Constitucional sobre si concurren las razones para el estado de excepción y sobre la adecuación y proporcionalidad de las medidas. De nuevo los tribunales ordinarios podrían en teoría controlar, pero con enorme dificultad por la idea de suspensión misma, los actos de aplicación concreta de las medidas que afecten a los ciudadanos de forma individual o colectiva en la medida que se ajusten o no al Decreto del estado de excepción si estableciera detalles de ejecución.

En el estado de sitio la garantía política reside en que la capacidad para declararlo reside en la mayoría absoluta del Congreso a petición del Gobierno. Por otra parte la duración no se limita en la Constitución sino que queda entregada su fijación al Congreso de los Diputados.

De nuevo el Tribunal constitucional y los tribunales ordinarios tienen las mismas competencias de control explicadas para el estado de excepción.

En todo caso desde el punto de vista material la primera garantía en todos los casos está en la determinación de las causas que motivan la declaración respectiva de cada estado: solo cabe declarar cada estado por las causas previstas para cada uno de ellos.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

La convivencia colectiva puede ser alterada por acontecimientos extraordinarios que exigen la adopción de medidas de excepción. Durante la monarquía absoluta, el príncipe no precisaba de atribuciones especiales para activar esas medidas porque la concentración del poder no era una respuesta a la excepción, sino la regla. Tras las revoluciones liberales, el constitucionalismo pretendió someter el ejercicio del poder a la razón y refundar el Estado sobre bases normativas. Las primeras emergencias obligaron, sin embargo, al Estado de derecho a admitir en sus entrañas el poder de excepción. En los países anglosajones, dicho poder se ha ejercido desde entonces fundamentalmente *ad hoc* mediante la ley marcial, las exoneraciones parlamentarias *ex post facto* y las leyes de plenos poderes. En el continente europeo, también varios países ignoraron normativamente la excepción, lo que condujo asimismo a la aprobación de leyes de indemnidad o al otorgamiento de poderes plenos. Y con idéntico objeto se acogió la doctrina

del estado de necesidad (*Staatsnotrecht*), desarrollada entre otros por Ihering, Jellinek y Köhler, con el propósito de liberar al Estado, en situaciones excepcionales, de las ataduras que limitan su acción.

Otros países europeos incorporaron a sus ordenamientos jurídicos un marco habilitador de las medidas a adoptar. Surgió así el modelo de estado excepcional caracterizado por concentrar el poder sin renunciar a la fuerza normalizadora del derecho y cuyo objetivo es superar las emergencias protegiéndose de sí mismo. En el modelo de estado excepcional, se autoriza la acción, pero taxativamente y sin alterar el principio de responsabilidad. El constituyente o el legislador identifican los tipos de emergencias, determinan la competencia para apreciar su concurrencia, enumeran el elenco de medidas a adoptar y subrayan su carácter limitado. Y conforme a ese estricto plan normativo, se enfrentan las emergencias, se actúa durante ellas y se liquidan sus consecuencias tras el retorno a la normalidad.

Desde una perspectiva crítica, se ha sostenido que el modelo de estado excepcional es la forma jurídica de lo que no puede adoptar forma jurídica, porque lo que el derecho regula es algo esencialmente externo a él. «Si lo propio del estado de excepción —ha subrayado Agamben— es la suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal?» (Cfr. *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2005, p. 59). Para otra doctrina, sin embargo, la paradoja no existe, porque el estado excepcional no es un derecho al margen del derecho dado que la suspensión que prevé no es completa y está definida por el propio derecho, que habilita un marco jurídico que sustituye a otro conforme a una norma superior. Comparto esta segunda tesis, pero es preciso reconocer que la excepción es refractaria al derecho y, cuando concurre, poco encaja en el marco normativo con el que se quiso enfrentar.

La excepción es inaprensible e imprevisible, por lo que la regulación de las emergencias no puede realizarse sino genéricamente. De ahí la inoperancia de las tipificaciones taxativas de los supuestos de crisis que la excepción suele desbordar y, a la postre, el recurso a enumeraciones abiertas y fórmulas de habilitación general. En el modelo de estado excepcional, la capacidad para regular las derogaciones del derecho ordinario resulta también muy limitada y, cuando la excepción irrumpe, los poderes públicos se ven forzados a adoptar medidas sin respaldo suficiente. Ello condujo, en Francia, a la elaboración de la doctrina jurisprudencial de las circunstancias excepcionales dirigida a avalarlas; y en Suiza, a la justificación de las actuaciones *contra legem* y a la consideración por el Consejo Federal de que la previsión de las medidas extraordinarias es una tarea «*inutile et pas sans risque*», porque, estén o no previstas, su admisión dependerá de su necesidad y del criterio del intérprete que juzgue *a posteriori* su adecuación constitucional. En este modelo, el control jurisdiccional de las decisiones excepcionales debe ser posible, pero su alcance es muy relativo. La justicia no reduce la «plusvalía política adicional» de la decisión del titular del poder de excepción sobre la que Schmitt teorizó y normalmente llega a tarde. El control jurisdiccional de los presupuestos de la emergencia y de las medidas adoptadas se sustenta sobre habilitaciones

generales y conceptos jurídicos indeterminados. Y pese al carácter objetivado de la interpretación que la justicia quiera llevar a cabo, es imposible obviar los criterios de oportunidad que esa interpretación encierra y que suelen conducir a la autolimitación de los jueces o a la desautorización del Estado. La activación del derecho excepcional es una grave decisión política y sus condiciones de realización son extraordinarias. Debido a ello, la respuesta a la excepción desborda su regulación. Y, en no pocas ocasiones, sólo la interpretación conforme y el juicio sobre la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad salvan el problema de su legitimidad constitucional y permiten seguir considerándolo como derecho. De ahí la responsabilidad que asume el intérprete, su obligado *self-restraint* y el dilema que enfrenta. Un dilema que en la STC 148/2021, 14 de julio, se ha saldado con la desautorización del Estado.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Es sabido que hay ordenamientos constitucionales que no contemplan el derecho de excepción, trasladando la respuesta a las eventuales crisis que se presenten al ámbito de lo fáctico, como ocurre en el Reino Unido; otros, con textos constitucionales formalizados, como los de Bélgica y Luxemburgo, omiten cualquier referencia a las situaciones excepcionales: en el primer caso se prohíbe la suspensión de todo o parte de la Constitución (artículo 187) y en el segundo se dispone que ninguna disposición de la Constitución puede ser suspendida (artículo 113).

En los sistemas constitucionales de índole presidencialista se suelen atribuir poderes excepcionales al Jefe del Estado, como ocurre en el artículo 16 de la Constitución francesa, «cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido». En tales circunstancias, el Presidente de la República tomará las medidas que las mismas requieran, previa consulta con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional y por un tiempo de 30 días, transcurrido el cual cabe acudir al propio Consejo a efectos de que resuelva si se siguen cumpliendo las condiciones justificativas de las medidas adoptadas.

Como es conocido, los ordenamientos de, entre otros Estados, España, Alemania, Países Bajos o Portugal han optado por, en mayor o menor medida, detallar los presupuestos de las situaciones excepcionales y los instrumentos jurídicos con los que pretenden hacerles frente y esta tercera opción nos parece la más adecuada para evitar, en la conocida expresión de Jellinek, la fuerza normativa de lo fáctico, aunque, como es obvio, la delimitación de las situaciones que justifican la declaración de un estado de excepción será necesariamente genérica y las medidas a adoptar tampoco serán del todo precisas. A pesar de las dificultades, y en contra de las tesis de Agamben, no nos encontramos ante una

articulación paradójica —la suspensión total o parcial del ordenamiento prevista por el propio ordenamiento—, sino ante el intento, más o menos logrado, de que el Derecho siga presente en las situaciones excepcionales.

Y, por lo que a nosotros respecta, el sistema constitucional español ha tratado de que el Derecho de excepción siga siendo Derecho articulando en la propia Constitución (CE) algunos límites orgánicos y procedimentales e imponiendo varias exigencias; así, el artículo 116 fija quién puede declarar cada uno de los tres estados excepcionales —el Gobierno el estado de alarma; el Gobierno, previa autorización del Congreso, el de excepción, y el Congreso, por mayoría absoluta, el de sitio—; se concreta la duración inicial del estado de alarma (máximo de quince días) y la total del estado de excepción (no más de treinta días, prorrogables por otro plazo igual); se prohíbe la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados citados; se mantiene el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes y se prohíbe el inicio de una reforma constitucional durante la vigencia de estos estados (artículo 169). Por su parte, el artículo 55.1 CE precisa qué derechos fundamentales pueden ser objeto de suspensión en los estados de excepción y sitio.

Se podrían afinar algo más los límites y garantías previstos, primero, en la Constitución, concretando, por ejemplo, la duración de las prórrogas del estado de alarma, regulando un control de constitucionalidad específico de las declaraciones de los estados excepcionales o acotando más los derechos susceptibles de suspensión; en segundo lugar, también cabría precisar más en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, eliminando, como veremos, algunos de los supuestos que justifican la declaración del estado de alarma o definiendo mejor las medidas que se pueden adoptar.

En suma, y en conjunto, la articulación del Derecho de excepción prevista por la Constitución hace más de 40 años responde a la idea de Derecho, de limitación del poder, pero las propias transformaciones del Estado español, singularmente su descentralización, así como los cambios sociales, económicos y políticos inherentes a la «sociedad del riesgo global», en la afortunada expresión de Ulrich Beck, bien podrían aconsejar una reflexión sobre si estamos ante la mejor respuesta posible a las situaciones excepcionales del siglo XXI.

2. *Parece claro que tal derecho de excepción puede limitar ciertos derechos ¿en qué medida considera que podría también imponer deberes? En ambos casos, ¿qué papel considera que desempeñan el contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad?*

MANUEL ARAGÓN REYES

El Derecho de excepción puede limitar, e incluso en ciertos casos suspender, derechos. También, a mi juicio, imponer deberes a los ciudadanos, es decir, deberes

en sentido propio, que es algo bien distinto de las restricciones a su libertad que se derivan, obviamente, de toda limitación o suspensión de derechos. Estas restricciones podrían quizás entenderse, impropriamente, como deberes negativos (en cuanto que impiden la realización de determinadas conductas), pero ello, al menos conceptualmente, debe diferenciarse de lo que constituye un auténtico deber: obligación, positiva, de realizar una determinada conducta, que se impone frente al principio general de libertad de no hacerlo. Así, serían auténticos deberes los de prestación personal (de servicios de ayuda, asistencia, o cualquier otra modalidad, incluido el que pudiera prestarse a través de las armas).

Por lo que se refiere a la limitación de derechos, me parece claro que en el Derecho de excepción (y en Derecho de la normalidad, en el que también pueden limitarse derechos) ha de regir, además del respeto al contenido esencial de los derechos, el principio de proporcionalidad (dos nociones que, a mi juicio, no deben confundirse, pues la segunda no sustituye, sino que se añade, a la primera), más aún, que ello rige en el Derecho de excepción está claro en cuanto que la propia LO 4/1981 dispone en su art. 1.1 que «las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio serán todo caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad».

Dicho ello, estimo que el principio de proporcionalidad es válido para las concretas medidas de limitación de derechos, pero no para el control del supuesto de hecho que habilita la adopción de esas medidas, esto es, para la puesta en marcha del Derecho de excepción, que, como el Tribunal Constitucional apreció, correctamente, al enjuiciar la utilización del art. 155 CE en el caso de Cataluña, ese control del presupuesto habilitante ha de limitarse al principio de adecuación, verificable a través de un juicio de razonabilidad. En cuanto a la suspensión de derechos, ya no cabe apelar al contenido esencial, simplemente porque el derecho se ha suspendido, pero sí al principio de proporcionalidad, precisamente para controlar la validez de tal medida concreta de suspensión.

RAÚL CANOSA USERA

No sólo puede limitar derechos sino incluso suspenderlos, porque el derecho de excepción implica siempre o una suspensión de derechos que no contempla el derecho de la normalidad o limitaciones que tampoco contempla. Y no siempre es fácil, como han puesto de relieve los acontecimientos vividos en estos últimos tiempos distinguir entre suspensión y limitación de derechos. Acaso fuera útil diferenciar entre afectaciones de los derechos contemplados en la legislación de la normalidad y por lo tanto permanentes (aunque su aplicación fuera episódica), y afectaciones (limitaciones sobrevenidas o suspensiones) propias del derecho de excepción y por ello de validez temporal.

Y como los deberes son con frecuencia el reverso de los derechos, también el derecho de excepción puede imponer temporalmente deberes, y lo hace sin duda

estableciendo frecuentemente deberes de no hacer lo que nuestros derechos nos permiten hacer. Tanto éstos como las limitaciones reducen el espacio de libertad de las personas, y su legitimidad tiene que someterse al principio de proporcionalidad que, sin embargo, ya la propia Constitución esboza y desarrolla en su caso la legislación que completa el sistema de fuentes del derecho de excepción.

Es obvio que cuando la Constitución contempla la suspensión hay un juicio liminar por su parte, autorizando una ablación total de uno o varios derechos constitucionales que no van a poder ejercerse durante la vigencia del estado de excepción. Y al perder vigencia el derecho fundamental y no poder ejercerse, la mención de contenido esencial pierde paralelamente sentido pues temporalmente el derecho «no existe». Podríamos hablar en este supuesto de una ruptura consentida por la propia Constitución. Cosa distinta sucede si hablamos de limitaciones, pues entonces sí debe hacerse un juicio de proporcionalidad, sólo que éste tiene lugar en el marco del derecho de emergencia y en consecuencia con un panorama normativo y fáctico distinto del propio de la normalidad. En estas circunstancias, la justificación de la limitación es más fuerte. Y con este juicio de proporcionalidad se trata de saber si está justificada la afectación del derecho para recuperar la normalidad cuanto antes, pues esta recuperación es siempre el fin último del sacrificio que se impone a los derechos cuando se les limita durante la vigencia del derecho de emergencia.

Cabría preguntarse si el límite de los límites, es decir, el contenido esencial de los derechos juega igual cuando estamos ante un estado de alarma (el único supuesto del derecho de excepción español sin suspensión de derechos). No me cabe duda de que en este supuesto sigue incidiendo el límite del contenido esencial, mezclándose entonces un elemento propio del derecho de la normalidad —el contenido esencial— con la vigencia de una modalidad del derecho de emergencia, justamente porque la alarma no conlleva suspensión de derechos. Continúa entonces operando la garantía del contenido esencial, si bien condicionada por las exigencias derivadas de la situación que justifica la declaración.

ANA CARMONA CONTRERAS

De la lectura combinada de los artículos 116 y 55.1 de la Constitución se deriva la existencia de un régimen diferenciado de restricción de derechos fundamentales dependiendo del estado excepcional llamado a activarse. Atendiendo al contenido de los preceptos referidos, como ya se ha indicado en el apartado precedente, en el caso de la alarma no cabe en modo alguno la suspensión de derechos, sino tan solo introducir restricciones o límites. Por el contrario, en los otros dos supuestos de emergencia (excepción y sitio), el artículo 55.1 CE establece expresamente los derechos que, llegado el caso, sí son susceptibles de suspensión. Por lo que atañe a los deberes constitucionales nada se establece, ni por parte de la Norma Suprema ni tampoco, como no podía ser de otra forma dado el silencio de aquélla, en la LO 4/1981. Cuestión diversa y que discurre en un plano jurídico

diferente es la relativa a la imposición de obligaciones como consecuencia de la declaración de cualquiera de los estados excepcionales, en cuyo caso, la normativa legal de desarrollo constitucional ha previsto un nutrido y variado catálogo.

En relación con el papel desempeñado por el contenido esencial en la dialéctica limitación-suspensión de derechos fundamentales, ha de recordarse que esta garantía objetiva vincula y tiene como destinatario inmediato al legislador, mostrándose como un límite infranqueable para su acción. En efecto, dicho contenido, según reza el artículo 53.1 CE, debe ser respetado «en todo caso» por la ley, tanto cuando desarrolla un derecho fundamental (si es orgánica) como cuando regula su ejercicio (en el caso de que sea ordinaria). La cuestión a dilucidar es si en el contexto de la excepción declarada el que se afirma como «límite de los límites» sigue estando o no vigente. En este sentido, estimamos que lo más pertinente es concentrarse en la conexión necesaria que se entabla entre la suspensión de un derecho fundamental y su afectación, entendida como incidencia reductiva de su contenido esencial. Al hilo de tal planteamiento, únicamente en el marco del estado de excepción o del de sitio es admisible en términos constitucionales activar una normativa que proceda a alterar los elementos nucleares de los derechos concernidos, llegando incluso hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Sobre la base de tan incisivo modus operandi, las restricciones previstas traen consigo la desnaturalización de tales derechos, pudiendo despojarlos de sus señas básicas de identidad, esto es, de su contenido esencial. En todo caso, la regulación que de los derechos susceptibles de suspensión lleva a cabo la LO 4/1981 pone de manifiesto la existencia de una serie de garantías mínimas aplicables a los mismos *también* durante la vigencia de los estados de excepción y sitio, por lo que la afectación del contenido esencial no conduce a su completa supresión. Un panorama muy diverso se constata, por su parte, en relación con la limitación de derechos estando vigente el estado de alarma, puesto que en éste la garantía del contenido esencial se ha de mantener incólume, sin que los decretos que lo declaran o prorrogan puedan desconocerlo. La previsión de restricciones ha de mantenerse, así pues, dentro los límites establecidos específicamente para dicho estado por la LO 4/1981. En tal supuesto, la locución «en todo caso» que acompaña a la tarea legislativa no experimenta ninguna alteración.

Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, nos hallamos ante un canon hermenéutico que se aplica a las restricciones previstas, exigiendo que éstas persigan un fin legítimo (sic. recuperar la normalidad gravemente alterada) y, asimismo, cuenten con una motivación que justifique la intervención realizada. Entre ambos vectores se establece una insoslayable relación de conexión causal o de sentido, de tal manera que la restricción decretada debe mostrarse idónea con respecto a la situación que anida en su base. Asimismo, teniendo en cuenta la proporcionalidad en un sentido estricto, las limitaciones deben respetar el principio de intervención mínima. Estas exigencias inherentes a la proporcionalidad (el denominado «triple test») aparecen recogidas expresamente por la Ley Orgánica 4/1981, cuyo artículo 1.2 dispone lo siguiente: «Las medidas a adoptar en

los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias». Así pues, la declaración de cualquiera de los estados excepcionales habrá de respetar, dentro de su ámbito de acción correspondiente, los requisitos aludidos.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Son estas dos cuestiones que conviene tratar separadamente. Por lo que hace a la primera, la posibilidad de que las situaciones de crisis exijan la imposición de deberes a los particulares, se entiende deberes adicionales a los que se exigen en situación de normalidad: En línea de principio, no hay dificultad alguna en que la ley imponga determinados deberes específicos en las situaciones que contemplamos. Siempre, claro es, que esos deberes no se traduzcan en vulneraciones de derechos fundamentales. Con lo cual volvemos al punto de partida. En definitiva, se trata de una cuestión que ha de ser analizada en términos de derechos fundamentales. Por poner un ejemplo muy claro, una eventual obligación de vacunarse ha de ser respondida en tanto que cuestión de derechos y libertades, sin que sea ésta la ocasión de entrar en esta específica materia. Y así en el caso de tantos otros deberes que en este contexto se nos puedan venir a la cabeza. Pero es sin duda cierto: Con independencia de su raíz iusfundamental, la experiencia vivida nos ha puesto en la tesitura de acatar nuevas y auténticamente inéditas obligaciones, lo que justifica plenamente el que nos preguntemos por la cuestión de su legitimidad. En fin, de pronto nos hemos vuelto mucho más conscientes de la trascendencia del principio general de libertad, lo cual no es enteramente negativo.

Pasando ya a la segunda pregunta, la relativa al papel respectivo en esta materia tanto del contenido esencial de los derechos y libertades como del principio de proporcionalidad, de nuevo son dos cuestiones que conviene tratar separadamente. No hay mucho que las una, en términos conceptuales. Les une el hecho de que a veces aparezcan mencionadas de forma conjunta en el contexto de las limitaciones legítimas de los derechos fundamentales, así por ejemplo, en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, junto con el principio de legalidad. No es el caso, como sabemos, de nuestra vieja Constitución. También les ha venido a unir la relación dialéctica en la que ocasionalmente se les ha situado, de tal manera que el principio de proporcionalidad podría desplazar o hacer menos urgente la noción de contenido esencial, un planteamiento que no me entusiasma. En este sentido hay que tener claro de qué se habla cuando se habla tanto de proporcionalidad como de contenido esencial.

Y es que, como de sobra sabemos, contenido esencial es ante todo una forma de hablar. Se trata, por así decir, de una categoría comunicativa, en el sentido de que presupone que tenemos una noción compartida de lo que, por

ejemplo, libertad de expresión supone. Y es sólo a partir de esa noción compartida como el juez constitucional puede desarrollar un razonamiento susceptible de ser básicamente seguido por la comunidad a la que va dirigido. Así entendida, la noción de contenido esencial no es disponible: En particular, no es disponible en el marco de las limitaciones y suspensiones de derechos usuales en el derecho de excepción.

Sobre el principio de proporcionalidad, con el contenido complejo que lo caracteriza hoy día, no es necesario a estas alturas decir gran cosa. Pero sí me parece necesario precisar algo. La proporcionalidad es un mandato de conducta y un canon de control: Un mandato de conducta que afecta tanto a los particulares como a las autoridades públicas, y un canon de control que afecta esencialmente al juez, en su caso al juez constitucional. Como herramienta de control, la proporcionalidad convierte de nuevo al juez en el portavoz de un *idem sentire* de la colectividad a partir únicamente de lo cual cabe desarrollar un discurso compartido sobre lo razonablemente exigible en cada circunstancia, en particular en las extraordinarias. Con la diferencia de que en el caso del contenido esencial la comprensión compartida que el juez busca trasladar se proyecta sobre institutos individualizados de nuestras reglas de convivencia, en tanto que en el caso de la proporcionalidad es el propio modo de razonar el que aspira a ser compartido por la colectividad.

Dicho esto, sólo añadiré lo siguiente. No me parece discutible que la categoría de la suspensión de derechos y libertades que la Constitución contempla no puede prescindir de la noción hoy comúnmente admitida de contenido esencial. Expresado de otro modo, la suspensión no es únicamente una categoría formal, declarativa si se quiere, expresada en el acto de proclamar suspendido un derecho o libertad. La suspensión hace alusión a una forma específica en la que queda eventualmente situada la vigencia de un derecho o libertad, con independencia de que se haya proclamado formalmente el estado de vigencia de ese derecho.

En otros términos aun, el estado de suspensión de un derecho es la cara negativa del contenido esencial del derecho. Y del mismo modo que el contenido esencial parte de una noción compartida acerca de la *identidad* de un derecho o libertad, de lo que ese derecho esencialmente es, así también la suspensión de un derecho o libertad parte de una noción compartida acerca de lo que ese derecho o libertad de entrada excluye, de lo que no es. En mi criterio, y como primera conclusión, el elemento de *noción compartida* es clave también a la hora de analizar una situación en términos de suspensión de un derecho.

A estos efectos, se plantearía la tarea de introducir aun la categoría de *conexión de sentido*, en este caso referida a la noción de suspensión. En los siguientes términos: La conexión de sentido que corresponde o en la que se sitúa un determinado régimen temporal de un derecho o libertad puede ser determinante a la hora de pronunciarse sobre la identidad o calificación de ese régimen temporal, ya sea como restricción o como suspensión del derecho. Esto es así porque esa conexión de sentido puede repercutir intensamente, llegado el caso, en la noción

compartida, imperante, acerca de cuándo se puede entender suspendido o no un determinado derecho o una determinada libertad.

Para ser más concreto, la noción de suspensión de derechos con la que estamos familiarizados, con la que nos *reconocemos*, es esencialmente política, en el sentido de que es una noción que resulta inseparable de la organización de la convivencia a nivel de la comunidad política. Esto hace que nuestra representación de la noción de suspensión de derechos y libertades está unida a un determinado estadio de fractura política o social. Es en este sentido en el que me refiero a la conexión de sentido de la suspensión de un derecho o libertad. Por contraste, la conexión de sentido es diferente cuando se trata de normas de conductas que se imponen a la comunidad, y son así asumidas por ésta, como otros tantos instrumentos de respuesta a amenazas a la subsistencia de la comunidad como tal, casi en su condición de especie animal (así, inmunidad *de rebaño*). Es de este modo como medidas que en otro contexto no podrían analizarse sino en términos de suspensión de derechos, en la situación a la que me acabo de referir pueden no merecer tal calificativo. También va de suyo que esta conexión de sentido se traduce en un excepcional grado de aceptación en términos colectivos, lo que se expresa en primer lugar en el grado de consenso con el que estas medidas son adoptadas.

Volviendo ya al principio de proporcionalidad, no cabe sino subrayar su función de primer orden en las situaciones que contemplamos. En concreto, tratándose de medidas que se traducen en la restricción o incluso de suspensión de derechos y libertades es ante todo el momento del juicio de necesidad de cada actuación concreta el que adquiere el carácter de regla de oro en la actuación de las autoridades públicas. Es en particular en situaciones de restricción de los derechos, por definición más flexibles que las de suspensión, donde se impone el estricto seguimiento del principio de necesidad.

En otros términos, en un estado de alarma como el nuestro, en el que el poder público ha de detenerse en el umbral de la suspensión, el tratamiento por éste de unos derechos y libertades que previamente ha sometido a condicionamientos particularmente intensos ha de asumir la proporcionalidad como el mandato más urgente. Esto a su vez tiene repercusión en el grado del control judicial de estas restricciones de derechos. Cabría sostener que el margen de discrecionalidad del que normalmente disponen las autoridades administrativas en la gestión de la proporcionalidad está llamado a estrecharse perceptiblemente en las situaciones que nos ocupan.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

En el estado de alarma no se suspenden sino que se «limitan» los derechos; es decir se respetan íntegramente dentro de sus límites naturales adaptados a las circunstancias que son la causa de que se declare el estado de alarma.

Desde luego cabe imponer deberes. La Constitución ya prevé tal posibilidad en el artículo 31.3 cuando dispone que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Ningún momento más adecuado para ello que el del estado de alarma en que hechos naturales o accidentes técnicos justifican la imposición de deberes positivos para que todos los miembros de la comunidad contribuyan al esfuerzo colectivo de remediar distintos desastres.

Otra cosa son los estados de excepción o de sitio. En una democracia «no militante» la suspensión de derechos por razones de orden público en sentido estricto es bien comprensible; pero en cambio no lo es tanto, y en principio, la imposición de una colaboración activa en el mantenimiento del orden con conductas positivas a quienes sin participar en modo alguno, ni directa, ni indirectamente en la alteración del orden público, podría simpatizar con las razones de fondo de quienes alteran el orden público aunque no con la alteración misma.

El principio de proporcionalidad desempeña siempre un papel fundamental. Sin duda mayor que el que corresponde al «contenido esencial» de los derechos, dado que dicho supuesto «contenido esencial» no puede ser concebido como un núcleo inexpugnable; y no puede serlo porque cada derecho, en su relación con otros, se adapta y modula para reconfigurarse y, en ese proceso, en ocasiones desaparece. Es en esa articulación donde juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad; el contenido esencial acaba siendo un principio de máxima conservación de los derechos, mientras ello sea posible, en su conflicto con los demás derechos. Pero en ocasiones, aun tratando de conservar algo de unos u otros, puede ser que alguno o desaparezca, o tenga, incluso, que ser sacrificado. Es ahí donde el principio de proporcionalidad es el determinante para establecer qué queda de la «esencia» de cada derecho en su interacción con otros derechos o bienes constitucionales. Por ejemplo, el derecho a informar de hechos verdaderos puede ser sacrificado cuando lesione la intimidad: el llamado «derecho al olvido» es la negación en determinados supuestos del derecho a la información que desaparece sin quedar protegido por una «esencia» inexpugnable.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

La declaración de un estado excepcional habilita la concentración del poder, la imposición extraordinaria de deberes y la restricción, e incluso la suspensión, del ejercicio de ciertos derechos y libertades. La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) refuerza la acción extraordinaria del poder y el mando único en las situaciones excepcionales. Declarado un estado crítico, las autoridades de los territorios afectados, los miembros de los cuerpos de policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales y los demás funcionarios y trabajadores públicos quedan «bajo las órdenes directas de la autoridad competente» en cuanto sea necesario para la protección de personas,

bienes y lugares, quien puede imponerles servicios extraordinarios (arts. 9 y 28 LOAES). Como el artículo 30.4 CE prevé y la LOAES regula, durante los estados excepcionales la autoridad gubernativa también puede imponer deberes y prestaciones adicionales a los ciudadanos: todos los que la legislación ordinaria de necesidad permite y los que derivan de los apoderamientos especiales que autorice expresamente la declaración del estado, como la práctica de requisas temporales, las limitaciones al uso de servicios y al consumo de productos de primera necesidad, la imposición de prestaciones obligatorias, el abastecimiento forzoso de los mercados, el control de los transportes, la intervención y ocupación de industrias, talleres, explotaciones o locales privados, la suspensión temporal de sus actividades o la intervención de empresas y servicios y la movilización de su personal (arts. 11, 12, 19 y 26 LOAES, entre otros).

La declaración de un estado excepcional puede también incidir en el estatuto ordinario de algunos derechos, limitándolos en caso de estado de alarma o suspendiéndolos en caso de estado de excepción o de sitio. En teoría, la distinción entre la limitación y la suspensión de derechos es posible. La suspensión de derechos supondría una modificación sustancial en su vigencia, en las condiciones de su ejercicio y en sus garantías normativas y procesales. La declaración excepcional que los suspendiera dejaría sin efecto parcial o totalmente la obligatoriedad jurídica de los derechos suspendidos. Y establecería un régimen jurídico distinto que podría afectar a su contenido esencial, esto es, al conjunto de facultades jurídicas que los hacen reconocibles como derechos. La limitación de derechos, en cambio, no priva a las libertades de la garantía de su contenido esencial; un contenido que puede verse afectado por la declaración, pero no hasta el punto de provocar su desaparición temporal —total o parcial— como sucedería con la suspensión. La limitación incide sobre el haz de facultades de los derechos afectados y puede llegar a la negación transitoria de su ejercicio a sus titulares. Sin embargo, las garantías normativas de los derechos siguen intactas y los excesos pueden ser controlados judicialmente porque su régimen jurídico no ha sido ni desplazado ni suspendido. La limitación es una constricción intensa y con excepciones en el ejercicio del derecho, pero no en su regulación: de ahí que quepa impetrar su tutela y verificar la proporcionalidad de la afeción. La puesta en práctica del derecho de excepción ha evidenciado, no obstante, la tenue línea existente entre ambas categorías y la extraordinaria importancia que en la aplicación de este derecho desempeñan los principios de necesidad y proporcionalidad para delimitar su alcance y salvar la legitimidad de las medidas restrictivas o suspensivas.

Previstas o no las derogaciones y medidas excepcionales, su adopción ante una situación crítica acaba rigiéndose y legitimándose por dichos principios, especialmente por el de proporcionalidad, cuya función reside en su capacidad para conciliar intereses contrapuestos buscando el equilibrio específico en cada medida extraordinaria. Dicha conciliación exige un proceso lógico que consta de tres fases en las que se comprueba la adecuación o idoneidad de la medida para salvaguardar el fin esencial superando la situación crítica o amenaza; la exigibilidad o necesidad,

en virtud de la cual los poderes públicos han de elegir la medida menos lesiva de entre las posibles, y la proporcionalidad *stricto sensu*, de suerte que la medida no provoque un daño que sea manifiestamente desproporcionado en relación con el fin o bien esencial perseguido. Conforme a estas reglas, solo hallarán justificación aquellas medidas que, siendo lo menos lesivas posible, sean adecuadas y necesarias para superar la crisis y cuyos efectos negativos no superen los positivos derivados de la terapia excepcional. Así lo estimó el Tribunal Constitucional cuando, en su Auto 40/2020, de 30 de abril, subrayó que la prohibición de reunirse y manifestarse el 1 de mayo decidida por la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra había sido, al ponderar otros derechos y bienes constitucionales, una limitación de derechos idónea, necesaria y proporcionada ante el grave riesgo de contagio existente y la magnitud de la pandemia de la COVID-19 (FJ 4). Y así lo ha vuelto a estimar en su STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma sanitaria, considerando necesaria y proporcionada a la crisis la severa restricción de la libertad de movimientos adoptada durante los primeros meses de la pandemia, lo que no ha impedido al Tribunal declarar inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que reguló dicha medida, a partir de una discutible identificación entre «restricción intensa» y suspensión de derechos que priva de efectos al juicio de proporcionalidad (FJ 5).

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

El establecimiento de deberes no deja de ser otra de las formas que pueden adoptar la suspensión o limitación de derechos y tal imposición está prevista en varios preceptos de la L. O. 4/1981; así, en relación con el estado de alarma y conforme al artículo 11, se podrán «imponer prestaciones personales obligatorias» (b) e «impartir [y, en consecuencia, habrá que obedecer] las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados»; de acuerdo con el artículo 12, se «podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento».

Si se decretase la suspensión de derechos fundamentales, cabría, en principio y de acuerdo con el artículo 55 CE, afectar a esos ámbitos de libertad sin respetar su contenido esencial, pues es posible la «desconstitucionalización» de dichos derechos al perder, temporalmente, la cobertura de la norma iusfundamental. Esa opción ha quedado, no obstante, limitada por el propio legislador orgánico, que al articular la L. O. 4/1981 ha llevado a cabo una configuración de los estados de excepción en la que la suspensión de los derechos no estará condicionada por su contenido esencial aunque tampoco cabrá prescindir totalmente del derecho mismo, cuya dimensión objetiva obligará a someter a un juicio de proporcionalidad clásico (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en

sentido estricto) las medidas suspensivas que se adopten y ello sin perder de vista la propia regulación legal de las situaciones de crisis.

La misma L. O. 4/1981 ha incorporado al artículo 1.2 la exigencia de que «las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias».

3. *En relación con el derecho de excepción previsto en la Constitución de 1978 ¿qué valoración le merece la regulación de situaciones de anormalidad constitucional en ella y, en concreto, la redacción del artículo 116 CE? ¿Y la redacción de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio que dio desarrollo a ese precepto constitucional?*

MANUEL ARAGÓN REYES

Creo que, con una salvedad que señalaré más adelante, cabe valorar positivamente el conjunto de las previsiones que la Constitución dedica a los estados de excepción, que estimo suficientes para hacer frente a cualesquiera situaciones de emergencia cuya gravedad no permita solucionarlas con los instrumentos públicos ordinarios o normales.

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

La habilitación constitucional para suspender todos o algunos de esos derechos fundamentales cuando se declaren los estados de excepción o sitio resulta congruente con la gravedad, y en cada caso, la intensidad, de las situaciones a las que el Estado ha de hacer frente mediante el Derecho de excepción. De ahí se deriva también que la CE ha determinado, razonablemente, que la situación de peligro que puede originar la declaración del estado de alarma es de menor entidad que las que pueden originar la declaración de los estados de excepción y sitio, y, en consecuencia, no está permitido que en el estado de alarma se suspendan derechos (aunque puedan algunos limitarse, siempre de manera proporcionada, como exige cualquier limitación de derechos fundamentales). No encuentro, pues, ningún problema de exceso en el art. 55.1 CE, pero sí uno de defecto, que podría hacer recomendable su reforma: la ausencia, entre los derechos fundamentales que

pueden suspenderse, del de libertad de empresa, cuando resulta que su suspensión pudiera ser necesaria para hacer frente a una extrema situación de emergencia. De ahí que me parezca recomendable incluirlo en una futura reforma del art. 55.1 CE.

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

- a) Su carácter gradual, pues se prevé no una única respuesta excepcional, sino tres (alarma, excepción y sitio), en relación con la menor o mayor entidad de las situaciones de peligro y, en consecuencia, de la menor o mayor intensidad de las medidas a adoptar.
- b) Que no se trata, en ninguno de los supuestos, del establecimiento de una «dictadura constitucional» (de tipo comisario, por emplear términos bien conocidos que proceden del Derecho Romano), sino de un Derecho de excepción temporal, procedimental, y materialmente limitado. Por ello, dichos estados (tanto su declaración como sus prórrogas) no podrán tener duración indefinida, sino temporalmente precisa: por un plazo máximo de 15 días, el estado de alarma, por una duración que no podrá exceder de treinta días, el estado de excepción, y por la duración que el Congreso determine en cada caso, el estado de sitio (art. 116.2, 3 y 4 CE). Además, la declaración de dichos estados deja incólume los controles democráticos, políticos y jurisdiccionales, por lo que, durante ellos no pueden suspenderse ni la división de poderes ni el funcionamiento regular de las instituciones públicas. De ahí que el art. 116.5 CE disponga que no podrá disolverse el Congreso mientras estén declarados los estados de alarma, excepción y sitio, y que «su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados». Y el art. 116.6 CE determina que «la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».
- c) La decisión para la declaración y prórroga de los estados excepcionales no es competencia exclusiva del Ejecutivo, sino que necesita de la intervención del Congreso de los Diputados. Así, el art. 116.2 CE, prevé que el estado de alarma podrá declararlo el Gobierno pero dando cuenta inmediatamente al Congreso, y sus prórrogas habrán de ser autorizadas por el Congreso; el art 116.3 determina que el estado de excepción será declarado por el Gobierno, pero previa autorización del Congreso, autorización que también se necesita para su prórroga; y el art. 116.4 dispone que el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, determinando el Congreso su ámbito territorial, duración y condiciones.

- d) En cuanto al plazo de vigencia de las declaraciones de esos estados y al de sus prórrogas, es lógico que no esté previsto para el estado de sitio (por sus propias características), pero sí lo están para los estados de alarma y excepción, como ya se apuntó. La declaración del estado de excepción podrá extenderse por un plazo máximo de 30 días, prorrogable por otro plazo de igual duración. La declaración del estado de alarma lo será por un plazo máximo de 15 días, prorrogable (en mi opinión) por el mismo plazo («dicho plazo», dice expresamente el art. 116.2 CE).
- e) Se remite a una ley orgánica (tipo de ley apropiado, creo, para ese cometido) el desarrollo de estas previsiones constitucionales concretando «las competencias y limitaciones correspondientes» (art. 116.1 CE).
- f) En resumen, y a diferencia de lo que ocurre en las constituciones de otros Estados democráticos (por ejemplo, en Francia, y no es el único caso), la nuestra ha previsto, en su art. 116, un Derecho de excepción gradual y limitado, que no viene al alterar, sustancialmente, los principios nucleares de nuestro Estado democrático de Derecho. A mi juicio, tales previsiones constitucionales del art. 116 parecen suficientes y adecuadas para hacer frente, con eficacia y garantías, a las situaciones de emergencia y, por ello, no precisan de ninguna reforma.

Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 4/1981, de 26 de diciembre, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, lo primero que cabe advertir es que dicha Ley (a la que llama el art. 116.1 CE), dictada en los comienzos de la nueva etapa de nuestra vida política que inaugura el 27 de diciembre de 1978, difícilmente podía prever con exactitud un problema de tanta gravedad y extensión (nacional e internacional) como el originado recientemente por la pandemia Covid.19. Por ello cabría plantearse, a la vista de lo sucedido, si esa Ley debiera reformarse para cubrir mejor situaciones similares que pudieran producirse en el futuro.

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

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

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

- b) Cuando el art. 4.b) de esa Ley prevé como uno de los supuestos de hecho del estado de alarma las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», no cabe entender que ese sea un supuesto exclusivo del estado de alarma y excluyente del estado de excepción, pues si lo que se produce es una pandemia de tan absoluta gravedad como la que hemos experimentado, para cuya contención se precisa de la suspensión (y no de la mera limitación) de algunos derechos (por ejemplo, entre otros, los de libertad de residencia y circulación y de reunión y manifestación), no cabría sostener que el poder público quedara inerte porque el estado de alarma le impidiera decidir tal suspensión. Esa interpretación conduciría al absurdo, pues dejaría sin sentido la finalidad constitucionalmente requerida para la puesta en marcha de los estados excepcionales: la de habilitar al Estado para hacer frente con éxito a las situaciones de emergencia.
- c) Cuando el art. 13 de la Ley orgánica 4/1981 prevé como uno de los supuestos de hecho del estado de excepción la «grave alteración» de cualquier «aspecto del orden público» para cuyo restablecimiento y mantenimiento resultara «insuficiente» «el ejercicio de las potestades ordinarias del Estado», no cabe entender que esa apelación al orden público se identifique exclusivamente con el orden público «político», pues también el concepto de «orden público» engloba el orden público social y económico, y más en general, el «orden» normal de la convivencia ciudadana. De manera que si la situación de emergencia altera radicalmente ese orden, como sucedió con la reciente (y actual) pandemia, y para preservarlo se requiere de la suspensión de algunos derechos fundamentales, la interpretación constitucionalmente correcta (por las mismas razones anteriormente aludidas) conduce a que estaríamos perfectamente ante un caso previsto por el art. 13 de la Ley para la declaración del estado de excepción, cuyas garantías democráticas son incluso superiores a las del estado de alarma. El estado de excepción previsto por nuestra Constitución es bien distinto de los repudiables estados de excepción del régimen franquista. Algo que algunos juristas de hoy no debieran olvidar.
- d) En cuanto al estado de sitio, los arts. 32 a 36 de la LO contienen, a mi juicio, una serie de disposiciones que se estimó correctas y suficientes (tanto en cuanto a los supuestos de hecho habilitantes como a las posibles medidas a adoptar) para hacer frente a tan gravísima situación.

RAÚL CANOSA USERA

Si comparamos la previsión constitucional española (artículos 55.1 y 116) con otros ordenamientos constitucionales hay que reconocer el cuidado con el que el constituyente español predeterminó las garantías y la gradualidad de las posibles respuestas que nuestro derecho de excepción permite. El complemento de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio acaba cerrando la ordenación de las fuentes del derecho de excepción y singularmente precisando para qué circunstancias debe emplearse cada tipo de estado de emergencia. A pesar de ello ciertos puntos importantes quedaron en el aire y algunos de ellos fueron aclarados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ATC 7/2012 y STC 83/2016). En concreto, el Tribunal Constitucional tuvo que cerrar la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la declaración del estado de alarma y de su prórroga, sobre las cuales el Alto Tribunal concluyó que ambas, con independencia de su autoría (gubernamental una, parlamentaria la otra), poseían valor de ley. El asunto no era baladí porque de ello dependía, respecto a la declaración gubernamental, la posibilidad de ser atacada directamente ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de inconstitucionalidad. También era importante, en relación con las limitaciones de los derechos fundamentales que, con la doctrina del Tribunal Constitucional, se cumple con la exigencia de formalizarse tales limitaciones en norma con valor de ley, como exige el estándar internacional.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional se pronunciará en su día resolviendo, entre otros, los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la declaración de los estados de alarma debido a la pandemia, sobre todo para aclarar la idoneidad de la alarma para introducir las limitaciones que hemos sufrido en el ejercicio de los derechos y si su alcance era sólo limitador o suspensivo y, si lo último, si debió optarse por la suspensión formal mediante la declaración del estado de excepción. Al redactar estas líneas, los medios de comunicación avanzan que la ponencia de la primera sentencia del TC sobre la materia propone considerar que el confinamiento estricto generalizado es suspensión de la libertad deambulatoria y de reunión, y despeja la incógnita central del debate jurídico que tal medida suscitó. Otras medidas que acompañaron sólo serían limitaciones. En consecuencia y según se avanza, respecto al confinamiento hubiera debido declararse el estado de excepción.

Otro punto polémico, generado por la indefinición constitucional y acerca del cual el TC sentará también jurisprudencia, es si la prórroga del estado de alarma puede extenderse más allá de los quince días, el tiempo que la Constitución fija como límite para la declaración gubernamental. Ya la primera experiencia, la prórroga del estado de alarma decretado para hacer frente al paro de servicios de control aéreo, se prolongó más allá de los quince días. Y en el caso de la pandemia, el Gobierno, aunque no lograra prorrogar en mayor extensión temporal su primera declaración, sí lo consiguió y nada menos que por seis meses en el caso de la tercera

declaración. En su apoyo venía el precedente de 2010, cuando el 16 de diciembre de 2010 el Congreso de los Diputados atendió la solicitud del Gobierno y prorrogó la vigencia del estado de alarma hasta el 15 de enero de 2011, es decir por un mes; si puede prorrogarse por un mes (como ocurrió entonces), porque no por seis, incluso alguien ha defendido el estado de alarma prorrogado indefinidamente. Esto último repugna a la naturaleza esencialmente temporal del derecho de excepción y, aunque la alarma no implique suspensión de derechos, la mera limitación ya es de por sí suficientemente grave como para plantearse si no debió el constituyente aclarar este punto que asegurase un intenso control parlamentario cada quince días, amén de que esta interpretación parezca maridar mejor con el tenor literal del artículo 116.2 CE. En defensa de la opción por tiempo indeterminado se podría argüir que es el Congreso de los Diputados el que la concede y al hacerlo, como ha puntualizado el Tribunal Constitucional, el órgano parlamentario no se limita a prolongar la validez de las medidas gubernamentales, sino que puede modificarlas. Así que el asunto se centra en considerar o no que la intervención parlamentaria sana, validándola, una prórroga de duración mayor de quince días.

En contraste, respecto a la declaración del estado de excepción, el artículo 116.3 constitucional establece un plazo de treinta días sólo prorrogable por otros treinta, vedando toda prórroga indefinida.

ANA CARMONA CONTRERAS

Marcando una sustancial diferencia con respecto a la precisa regulación que el artículo 116 CE incorpora con respecto a los aspectos procedimentales que rigen la activación de los estados excepcionales, así como con el establecimiento de garantías relativas al normal funcionamiento de las instituciones, en torno a la identificación de las situaciones de emergencia se muestra muy parco, limitándose únicamente a señalar la existencia de tres estados diferentes. Una vez identificados los mismos —alarma, excepción y sitio— nada se establece en torno a los supuestos de hecho que dan lugar a su declaración, correspondiendo dicha tarea de concreción a una ley orgánica. En función de tal esquema operativo, la Constitución se erige en el primer nivel del sistema de fuentes del derecho de excepción que, dada su configuración, no resulta directamente aplicable, mostrándose necesitado de desarrollo y complemento legislativo posterior. Nos hallamos, para decirlo con palabras de Pedro Cruz, ante «una norma impositiva de legislación». En este segundo nivel, la ley orgánica dispone de un amplio margen de configuración de cara a establecer el perímetro fáctico que acota cada singular estado excepcional. Empezando por la tarea de decidir si concurre una misma emergencia que va incrementando progresivamente su intensidad (opción gradualista) en función del estado declarado o si, por el contrario, cada uno de los identificados por la Constitución presenta una entidad propia y distintiva (opción diferenciadora). Va a ser esta última la perspectiva asumida por la LO

4/1981, individualizando tres escenarios contextuales diversos y no concatenados entre sí.

En relación con el estado de alarma, el artículo 4 de la LO 4/1981 incorpora un elenco de situaciones que configuran un contexto de emergencia desprovisto de contenido político. La lectura de los supuestos enumerados (catástrofes, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 CE; situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad) evidencia que no estamos ante el primer grado de una crisis de orden público sino, antes bien, ante un estado caracterizado por su despolitización. Un aspecto a destacar a este respecto es el relativo a la previsión de «la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» contemplado en el apartado c) de dicho artículo, puesto que la concurrencia de tal situación por sí misma no puede activar la alarma, exigiéndose también la existencia de «alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo». Actuando de este modo, el legislador ha mostrado una evidente voluntad de reforzar en términos sustanciales la hipótesis contemplada, dotándola de una configuración cualificada en la que activación de la emergencia requiere la suma de distintos factores.

Por lo que se refiere al estado de excepción —artículo 13 LO 4/1981— se identifica con un supuesto de emergencia cualitativamente distinto cuyo principal rasgo configurador es la existencia de una quiebra efectiva del orden público en la que queda tan gravemente alterado el libre ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, así como el de los servicios públicos esenciales para la comunidad «que el ejercicio de las potestades ordinarias» se muestra «insuficiente para restablecerlo y mantenerlo». Resulta necesario llamar la atención con respecto a los servicios públicos esenciales, al que también hemos visto que se refiere la regulación del estado de alarma. Dada la similitud sustancial existente en la configuración normativa del presupuesto habilitante no resulta descartable la hipótesis de que de un escenario en el que la originaria alteración en el funcionamiento de determinados servicios públicos esenciales para la comunidad, unida a otra de las circunstancias contempladas por el artículo 4 LO 4/1981 que ha abierto la puerta a la alarma, se transforme, dando paso al estado de excepción como consecuencia de la aparición de una crisis de orden público.

El estado de sitio, último de los supuestos excepcionales contemplados en sede constitucional, queda vinculado por la LO 4/1981 (artículo 32) a la existencia o la amenaza de «una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no pueda resolverse por otros medios». El paralelismo evidente entre las circunstancias identificadas y las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 CE actúa como elemento decisivo de cara a afirmar que estamos ante conflictos específicos cuya resolución requiere el recurso al Ejército y, por ende, el uso de la fuerza. La posterior mención constitucional a la posibilidad de que el

ámbito de la jurisdicción militar se active también para el enjuiciamiento de civiles estando declarado el estado de sitio viene a confirmar esta percepción.

Por lo que atañe a la regulación de la gestión específica de los distintos escenarios excepcionales, como ya se ha apuntado. La LO 4/1981 procede a diseñar el marco normativo que sirve de referencia para cada emergencia singularmente considerada. Desde tal aproximación y siempre en concordancia con lo dispuesto por la Constitución, la norma que activa la excepción —que se afirma como tercer escalón normativo integrante de dicho sistema de fuentes— está llamada a concretar todos sus elementos configuradores, a saber, su extensión temporal, el ámbito territorial, el elenco de las autoridades responsables (incluyendo, asimismo, las delegadas), así como las correspondientes habilitaciones normativas establecidas a su favor. Desde un punto de vista material, merecen una destacada atención las restricciones y, en su caso, la suspensión de derechos fundamentales acordadas para afrontar la emergencia concurrente. Finalmente, también se han de incluir previsiones relacionadas con la potestad sancionadora aplicable durante la vigencia de la excepción declarada. La regulación introducida por la ley en torno a las cuestiones señaladas trae consigo su valoración en términos positivos, cumpliendo en líneas generales y salvo algunos aspectos puntuales que serán objeto de atención específica en el apartado 5, con la tarea de trazar con un grado suficiente de certidumbre los márgenes dentro de los que llevar a cabo la gestión específica de los diferentes escenarios de emergencia.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Habría que comenzar precisando la noción de «situaciones de anormalidad previstas en la Constitución». Porque aunque, por supuesto, el protagonismo corresponde al artículo 116, hay que recordar que hay otros institutos de excepción distintos de los estados excepcionales, el más ilustre de los cuales es la coerción estatal (art. 155 CE). Lo que ocurre es que, desde el principio se normalizaron hasta tal punto algunos de éstos que casi nadie piensa en ellos como «institutos de excepción». Me refiero a la legislación antiterrorista, ininterrumpidamente en vigor desde antes de la entrada en vigor de la Constitución y definitivamente desde su incrustación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1984. Y me refiero también al artículo 86 CE, a la venerable institución de la legislación de urgencia en manos del Ejecutivo, estrictamente prevista por la Constitución para el «caso de extraordinaria necesidad y urgencia», expresión ésta vaciada de significado desde el primer momento.

Ahora bien, ciñéndome a las situaciones todavía consideradas de anormalidad, y dejando el extremo de los «tiempos de guerra», cabría sostener que el artículo 116 C.E. propiamente *comienza* en el artículo 55.1 C.E. Quiero decir que la dimensión del alcance sustantivo de los estados excepcionales es en el 55.1. C.E. donde hay que buscarlo (sin olvidar el 117.5 *in fine*). Por contraste, el artículo 116

C.E. es predominantemente procedimental. Lo que ocurre es que es este último artículo el que *enumera* los estados excepcionales. Es una situación peculiar: Se dice el número y el nombre de los estados excepcionales. Tiene que haber tres y tienen que llamarse de determinada manera, pero todo lo que se refiere al respectivo sentido de cada uno de ellos, a su identidad, queda confiado a la ley orgánica por cuya referencia comienza el artículo.

Volviendo ya al artículo 55.1 CE lo más relevante es que la inmensa mayoría de los derechos fundamentales y libertades públicas *no* se pueden suspender, son 'resistentes a la excepción': Siete artículos en total, y algunos de ellos parcialmente, son los únicamente mencionados como susceptibles de suspensión en el caso de los estados de excepción y de sitio. El estado de sitio, aparte alguna suspensión adicional, problemática por lo demás, autoriza también el sometimiento de la población en general a la jurisdicción militar, algo no menos problemático. La ley orgánica, por su parte, se ocupa diferentemente de *modalizar* estos supuestos de suspensión, de tal modo que ha sido permitido sostener que estas suspensiones son propiamente regímenes excepcionales de vigencia.

Por lo que hace al artículo 116 CE, el precepto arranca con una remisión de principio al legislador orgánico, tanto por lo que hace al sentido o finalidad de cada estado como en lo que se refiere a sus aspectos de procedimiento y duración, sin olvidar la dicción del artículo 169 CE. En conjunto no se puede decir que la Constitución haya pecado por defecto en su atención a las situaciones de crisis. Otra cosa es que lo haya hecho con una redacción ambigua en algunos momentos. Aquí tropezamos siempre con la misma dificultad: Las Constituciones se redactan en muchos casos en momentos de stress, en situaciones en las que prácticamente se cuenta con que el legislador de reforma sucesivamente procederá a los retoques necesarios, como prueba suficientemente el Derecho comparado. Justamente lo que entre nosotros no ha ocurrido.

Por lo que hace ya a la referida ley orgánica de desarrollo de estos estados excepcionales, la L.O. 4/1981, de 4 de junio, es inevitable comenzar recordando su coyuntura. No olvidemos que apenas tres meses antes de su promulgación el Capitán General de la Región Militar de Valencia había declarado el estado «de guerra» con arreglo a la Ley de Orden Público de 1959. Eso hizo inaplazable el desarrollo normativo del art. 116 CE. Es así como aparece la intentona del «23-F» como desencadenador de *desarrollo constitucional*, y no sólo en el caso del derecho de excepción. Lo que interesa ahora destacar es que también la L.O. 4/1981 se delibera y promulga en una situación de stress.

El legislador orgánico de 1981 se enfrentaba de entrada a una disyuntiva: O bien concebía los tres estados previstos como respuesta a diferentes grados de una emergencia genéricamente concebida, con diferentes estadios de gravedad, o bien los concebía como instrumentos de respuesta a emergencias cualitativamente diferentes. Originariamente, y por supuesto con base en los términos de la ley, defendí sin ambages que el legislador había optado por un enfoque cualitativo, y no gradual: alarma, excepción y sitio como respuesta a crisis de diferente naturaleza. Me

parecía urgente subrayar, de un lado, los caracteres apolíticos de la alarma y de otro la diferente dimensión en que se situaban los estados de excepción y de sitio. En concreto, el estado de excepción era sinónimo de respuesta a un desafío, más o menos localizado, al orden público constitucional. El estado de sitio, en cambio, quedaba reservado para las que llamaba «crisis de Estado», en las que sencillamente la pervivencia del orden constitucional está en juego.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

La redacción del artículo 116 CE podría haber sido más detallada al definir qué situaciones determinaban su declaración y qué había que hacer en cada estado. Sin embargo el hecho de que el artículo 55 de la Constitución prevea la «suspensión» para los estados de excepción y de sitio no deja lugar a dudas acerca de que tales «estados» se corresponden con los que en nuestra tradición constitucional permitían tal «suspensión» por razón, exclusivamente, de alteraciones del orden público (en sentido estricto) en las que, fuese cual fuese la denominación de dichos «estados» en nuestra historia, determinados derechos o garantías constitucionales necesariamente se suspendían.

La LOAES deroga, entre otros, el artículo 25 de la Ley de Orden público de 1959 que definía en su artículo 2 qué había de entenderse por «actos contrarios al orden público» determinantes de tal estado; lo definía de forma inequívoca al enumerar cuáles eran los actos contrarios al «orden público». Y lo que entendía por «orden público» en esa enumeración era una comprensión estricta de tal concepto: el desorden en la calle o contra el sistema político. Que ese concepto estricto de orden público figure en la Ley de orden público de la dictadura en 1959 no impide constatar que en ese punto seguía con la misma comprensión del orden público y con la misma técnica de definir inequívocamente cuales eran los actos contrarios al orden público (con ese mismo sentido estricto de orden público) que había hecho la Ley de Orden público de 1933 y la Ley de Defensa de la República de 1931. También por supuesto con la misma idea y la misma técnica de la Ley de Orden público de mayo de 1870 que desarrollaba el artículo 31 de la Constitución de 1869⁷. Tal es, pues, el concepto de orden público que sin desfallecimiento figura en nuestra historia constitucional como determinante de la suspensión de garantías constitucionales o derechos.

Merece destacarse que el artículo 25 de esa Ley de Orden público de 1959, por primera vez, además de referirse al orden público estricto como razón para el estado de excepción añadió: «*De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare*». La LOAES deroga expresamente

⁷ Decía tal artículo: «*Las garantías no podrán suspenderse en toda la monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias*».

ese artículo, entre otros, y ese añadido; es decir que los constituyentes y la LOAES deliberadamente excluyeron del estado de excepción —y recondujeron al estado de alarma— ese añadido novedoso que rompía en la dictadura con la tradición constitucional española; y lo hicieron conscientes del peligro de mezclar los motivos y las técnicas de suspensión del estado de excepción por razones de orden público estricto, con los remedios en caso de catástrofes naturales o calamidades públicas.

Esa deliberada voluntad del constituyente y del legislador de la LOAES de separar radicalmente ambas situaciones parece que se pretendería enmendar volviendo a la Ley de orden público de la Dictadura, pero empeorándola. El agravamiento se produciría si se defendiera un concepto amplio de «orden público» en que cupiera cualquier cosa dando lugar a una auténtica mutación constitucional interpretativa.

Ello pondría en peligro la democracia abriendo al autoritarismo la caja de Pandora de un concepto amplio del orden público contrario al de nuestra historia constitucional que permitiría que trastornos económicos o sociales (la crisis económica de 2008, las crisis de BANESTO en los noventa, las reconversiones industriales, el caso RUMASA, etc.) sirvieran de pretexto para poner en marcha «estados de excepción» con suspensión de derechos.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

El constituyente de 1978 adoptó el modelo de estado excepcional regulando tres estados distintos, pero no pretendió preverlo todo, ni agotar el derecho de excepción. El artículo 55.1 CE concreta los derechos y libertades cuyo ejercicio sólo puede ser suspendido bajo los estados de excepción y sitio. El artículo 116 CE regula formas y procedimientos de declaración de los tres estados, señala límites temporales y proclama la indisolubilidad de las Cámaras bajo su vigencia, así como, entre otras garantías, la intangibilidad del principio de responsabilidad de los poderes públicos. No identifica, sin embargo, las situaciones excepcionales ni precisa los apoderamientos extraordinarios. Esa tarea se encomendó al legislador, pero el constituyente ofreció algunas pistas que parecían avanzar una concepción gradual de los tres estados. Siguiendo el modelo de nuestra legislación de orden público, el informe de la Ponencia constitucional se pronunció a favor de recoger «las tres situaciones excepcionales clásicas para graduar la mayor o menor intensidad de aquéllas». Y partidarios de la regulación de los estados en función de la gravedad de la afección del orden público se mostraron también los portavoces centristas en el Congreso de los Diputados, como fue el caso, singularmente, de Cisneros Laborda (*DSCD*, Comisión de Asuntos Constitucionales, n.º 84, 8 de junio de 1978, p. 3705). En este sentido, el artículo 20 del proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana —convertido después en proyecto de ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio— concebía el estado de alarma como un instrumento para hacer frente a emergencias o catástrofes naturales y sanitarias,

pero también como un primer grado con el que enfrentar emergencias político-sociales y «alteraciones del orden público o de la seguridad ciudadana». Y en consonancia con ello, el artículo 28 del proyecto preveía la declaración del estado de excepción «cuando el orden público resultara tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades previstas en los artículos anteriores [relativos al estado de alarma] fuera insuficiente para restablecerlo o mantenerlo».

En la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se produjo, sin embargo, un significativo cambio de modelo. La Ponencia suprimió la mención a las crisis de orden público como supuesto del estado de alarma y configuró el estado de excepción como una emergencia específica ante graves crisis de orden público que cabe declarar sin previa alarma. Y el Pleno de Congreso de los Diputados aprobó lo que sería la redacción definitiva de la LOAES, en la que la relación ejemplificativa de los supuestos de hecho del estado de alarma fue sustituida por una pretendidamente taxativa y en la que se anuló la paralización de servicios públicos esenciales como supuesto autónomo de su declaración si no concurría al tiempo otra de las emergencias citadas. Ello consumó la desactivación del estado de alarma como recurso frente a emergencias menos graves de orden público y consagró una lectura de los tres estados como instrumentos distintos para emergencias de naturaleza distinta.

Junto a esta decisión, que no deriva directamente de la CE pero que fue considerada acertada por la doctrina, el legislador adoptó otras e incurrió en varias omisiones que el tiempo ha mostrado desacertadas. El legislador no determinó plazo para las prórrogas del estado de alarma y tampoco concretó el alcance de la medida de movilización del personal de los servicios o empresas intervenidos, prevista en el artículo 12.2 LOAES, ni actualizó la normativa aplicable. El legislador hizo aún más dilatorio el procedimiento de autorización parlamentaria de la declaración del estado de excepción, previsto por el constituyente y criticado por alguna doctrina (Alzaga Villamil y Fernández Segado, entre otros), al posibilitar la introducción de modificaciones a la solicitud gubernamental y someterlo al trámite de totalidad (arts. 13.3 LOAES y 162-163 RC, respectivamente). La regulación de las medidas restrictivas de los derechos que cabe limitar bajo el estado de alarma y suspender bajo el estado de excepción fue exageradamente garantista, lo que dificulta su activación y limita su eficacia. Y pese a la incidencia constitucional que revisten, el legislador no previó el control jurisdiccional de los decretos de declaración y de prórroga de los estados de alarma y de excepción, ni de las resoluciones parlamentarias de declaración y prórroga del estado de sitio; y tampoco determinó la naturaleza jurídica de dichas decisiones.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Respecto a la primera parte de la pregunta, llama la atención, en primer lugar, la propia ubicación sistemática del artículo 116 CE: al final del Título V,

«De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», y es llamativo porque, como es bien conocido, el Senado no desempeña papel alguno en las situaciones de excepcionalidad constitucional aunque también es sabido que en el propio Título V encontramos diversos artículos que regulan exclusivamente relaciones entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados (cuestión de confianza, moción de censura...).

En la Constitución de 1931 el precepto equivalente (artículo 42) estaba en el Título III —«Derechos y deberes de los españoles»— al final del Capítulo Primero («Garantías individuales y políticas»), en una línea similar a la que adoptará poco antes que nuestro texto constitucional la Constitución portuguesa de 1976, que prevé la suspensión del ejercicio de derechos en la Parte I —Direitos e deveres fundamentais—, concretamente en el artículo 19, que regula los estados de sitio y emergencia. Por su parte, y de manera totalmente diferente, la Ley Fundamental de Bonn incluye tres previsiones, similares a los estados de alarma, excepción y sitio (situaciones catastróficas, estado de tensión y estado de defensa), en tres partes bien distintas: las catástrofes en el artículo 35 (Capítulo II, De la Federación y los Länder); el estado de tensión en el artículo 80a (Capítulo VII, Legislación de la Federación) y en los artículos 115.^a y siguientes el estado de defensa (Capítulo Xa, El caso de defensa).

A nuestro juicio, quizá la ubicación sistemática del derecho de excepción —el actual artículo 116— tendría que estar al final del Título I de la Constitución de 1978 y no al final del Título V, máxime cuando el último precepto del Título I, como es de sobra conocido, es el artículo 55, único artículo del Capítulo V, «De la suspensión de los derechos y libertades» y existe una evidente conexión entre ambos, pues el 55 concreta, en su número primero, qué derechos fundamentales pueden ser objeto de suspensión general si se declaran los estados de excepción y sitio.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, cabe reparar en el mayor detalle con el que están regulados, en el artículo 116, los estados de excepción y sitio en comparación con el estado de alarma, lo que tiene su lógica en la medida en que, como es bien sabido, suponen una mayor intervención en los derechos fundamentales y, además, respecto a dichos estados hay que tener bien presente lo previsto en el artículo 55.

No obstante, no estaría de más, como ya se ha apuntado, que la propia Constitución incluyera en el artículo 116 una regulación sobre el alcance temporal de las prórrogas del estado de alarma aunque, con carácter más general, cabría también debatir si el estado de alarma merece un tratamiento conjunto con los estados de excepción y sitio, incluso si tendría que existir tal estado, algo que fue objeto de discusión en los trabajos preparatorios del texto constitucional, al considerar algunos grupos parlamentarios que, por una parte, no implicaba la suspensión de derechos fundamentales y, por otra, las facultades atribuidas al Gobierno eran suficientes para dar una respuesta adecuada en caso de presentarse las situaciones para las que se contemplaba esta institución; en esa línea fueron las

enmiendas de los diputados Riestra París, de Alianza Popular, y Sánchez Montero, del Grupo Comunista, así como, en el Senado, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes.

En relación con la inclusión de un estado «excepcional» que no implica suspensión de derechos hay que recordar que ha sido una constante en la Historia constitucional española asociar los estados excepcionales a la suspensión general de determinados derechos: así ocurrió con el artículo 308 de la Constitución de 1812, el 8 de la de 1937, el 8 de la de 1845, el 31 de la de 1869, el 17 de la de 1876 y el 42 de la de 1931.

Por lo que respecta a la redacción de la Ley Orgánica 4/1981, y aunque en una respuesta posterior volveré en parte sobre este punto, me gustaría comentar las siguientes cuestiones: en primer lugar, aunque la L.O. 4/1981 distingue, en coherencia con las previsiones constitucionales, entre «limitaciones» de derechos, propias del estado de alarma, y «suspensiones», características del estado de excepción y sitio, lo cierto es que el régimen de los derechos afectados durante la declaración de esos estados, y desde una perspectiva material, puede ser muy similar; así, y por centrarnos en el derecho a la libertad de circulación, de obvia actualidad en el contexto de la pandemia de COVID-19, en el estado de alarma, según el artículo 11 de la L.O, cabe «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» y en el estado de excepción (artículo 20.1) «la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir». A este respecto, y en términos más generales, cabe recordar que el legislador orgánico, como ya se anticipó, a pesar de las posibilidades que le ofrece el marco constitucional, optó en su momento por una configuración menos gravosa de la suspensión de derechos propia de los estados de excepción y sitio, sin contemplar su «desconstitucionalización» plena.

En segundo lugar, y aunque también se volverá luego sobre ello, se advierte una peculiaridad, que puede generar problemas, en la regulación de los supuestos de hecho que justifican la declaración del estado de alarma, pues, de acuerdo con la letra c) del artículo 4 de la L.O. 4/1981, no basta la «paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución», sino que, además, es preciso que «concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo». Esta exigencia adicional choca con la lógica que deriva del resto del precepto.

En tercer lugar, y a la vista de lo que ha venido ocurriendo con la pandemia de COVID-19, cabe preguntarse si el supuesto de hecho descrito en la letra b) del artículo 4 («Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves») para la declaración del estado de alarma, que podría tener su lógica hace 40 años, sigue teniéndola hoy cuando se ha advertido la existencia de una

epidemia que provoca efectos durante un largo tiempo y de alcance global, por lo que, quizás, convendría pensar en que la respuesta jurídica a tales situaciones bien podría estar, no en el Derecho de excepción, sino en una Ley General contra infecciones, como la vigente en Alemania, o en una versión ampliada, concretada y actualizada de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública.

4. *Las situaciones excepcionales también pueden enfrentarse con medios previstos en ciertas leyes, como la ley de salud pública. ¿Qué cree que diferencia a este «derecho legal de necesidad» del derecho de excepción? ¿Qué relación existe entre ellos?*

MANUEL ARAGÓN REYES

Creo que a las situaciones excepcionales no puede hacerseles frente más que con el Derecho de excepción, no con el de la normalidad (precisamente ahí reside la legitimidad del uso del Derecho de excepción: la de que el derecho de la normalidad no es suficiente en tales casos). Por ello no me gusta la expresión «derecho legal de necesidad», dado su carácter polisémico, pues el término «derecho de necesidad», aunque referido en ocasiones al «derecho de urgencia», ha venido siendo identificado muchas veces con el «derecho de excepción».

Cosa bien distinta es que situaciones graves, pero no excepcionales (y que, por ello, cabe remediar a través los poderes ordinarios del Estado), puedan ser atendidas con eficacia acudiendo a la legalidad ordinaria, lo que no ofrece dudas, ya que, en situaciones de normalidad (aunque se trate de fenómenos de inusual gravedad), las leyes pueden limitar derechos fundamentales, o habilitar limitaciones de los mismos, pero siempre con determinados requisitos: ha de hacerlo una ley orgánica (art. 81.1 CE) si se trata de derechos comprendidos en los arts. 14 a 29 CE, aunque también una ley ordinaria (art. 53.1 CE) si se trata de derechos comprendidos en los arts. 30 a 38 CE; esa ley habrá de concretar los derechos que se limitan, precisar los supuestos concretos de la limitación y las condiciones y dimensiones de la misma (según doctrina constante del Tribunal Constitucional).

Ninguna de esas condiciones se dan en la actual legislación sanitaria, por lo que, mientras esa legislación no se reforme adecuadamente, ni las autoridades estatales ni las de las comunidades autónomas pueden, a mi juicio, limitar derechos fundamentales por causa de la pandemia, de manera que si la gravedad de la situación no admite demora en su tratamiento jurídico, que es lo que sucede con la pandemia en el momento de redactarse estas páginas (12 de mayo de 2020), parece que el único modo de combatirla habría de ser el Derecho de excepción. Es lamentable que, habiendo transcurrido ya más de un año de pandemia, ni el Gobierno ni la mayoría parlamentaria de las Cortes Generales hayan hecho nada por reformar la legislación ordinaria, si ahora el Gobierno esté dispuesto (por lo

que acaba de afirmar) a promover dicha reforma de manera urgente. Parece que el principio de responsabilidad de los poderes públicos proclamado por el art. 9.3 CE lleva algún tiempo ausente en la práctica política española.

Cuestión distinta es la de si la legislación ordinaria tiene una capacidad inferior para limitar derechos de la que cabe atribuir al Derecho de excepción. Excluido que sólo éste puede suspender derechos, resulta difícil apreciar aquella diferencia en relación con las limitaciones. Lo que sí tengo claro es que mediante la legislación ordinaria no pueden centralizarse competencias autonómicas, y sí mediante el Derecho de excepción. También me parece claro que restricciones generales (de ámbito nacional o territorialmente limitado) de confinamiento domiciliario durante un periodo horario (los llamados «toques de queda») no pueden ser establecidas por la legislación ordinaria, dado que se aproximan más a la suspensión (pues se impide el ejercicio del derecho, aunque sólo sea en una determinada franja horaria) que a la limitación y, por ello, más propias, por ejemplo, del estado de alarma. Me parece que lo mismo sucede con los llamados «confinamientos territoriales» (ya lo sean para municipios o comunidades autónomas). En realidad, dichas medidas, aunque no puedan calificarse como una suspensión total de derechos (para lo que se requeriría el estado de excepción), sí cabe entenderlas como una limitación tan intensa que sobrepasa al Derecho ordinario y entran en el ámbito del estado de alarma. De todos modos, no me atrevo a ir más allá, aunque sí a formular un principio general: en caso de duda sobre la pertinencia de que tales medidas puedan ser adoptadas por la legislación ordinaria, tal duda debe decantarse a favor del Derecho de excepción.

En contestación a esta pregunta 4 sólo debo añadir mi crítica, primero a la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia, por la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa realizada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de la ratificación o veto de los reglamentos que acuerden medidas restrictivas de derechos respecto de «personas no individualmente identificadas», lo que no significa otra cosa que con efectos generales; segundo, a la atribución al Tribunal Supremo, por otra reforma de dicha Ley de la Jurisdicción realizada por el Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, de un recurso de casación frente a las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia recaídas al respecto.

Creo que estas reformas son constitucionalmente inadmisibles porque traspasan al Poder Judicial una función que es propia del Gobierno y la Administración (una función legislativa en sentido material) y que no les corresponde ejercer, en consecuencia, a los órganos jurisdiccionales. Una cosa es que los tribunales controlen la legalidad (e inconstitucionalidad) de los reglamentos a partir de su entrada en vigor y otra bien distinta es que se les haga partícipes de la potestad reglamentaria, esto es, de que se les atribuya un poder co-decisorio en la emanación de los propios reglamentos. El art. 117.3 CE sólo atribuye a los Juzgados y Tribunales la función juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no la función de gobernar o legislar (que es exclusiva y excluyente del Gobierno y las Cortes Generales). Y no creo que aquel traspaso pueda apoyarse en la previsión del art. 117.4 CE que habilita a la

ley para atribuir a los órganos jurisdiccionales otras funciones «en garantía de cualquier derecho», pues el correcto entendimiento de la división de poderes debe restringir esta otra función de «garantía de derechos» a supuestos individuales, como sucedía antes de la reforma de la LJCA de 18 de septiembre de 2020.

Mi crítica es aún más radical respecto del Decreto-ley 8/2021, pues, además de confirmar la atribución a los órganos jurisdiccionales de dicha función impropia realizada por la Ley 3/2020, y de desvirtuar el recurso de casación, lo hace mediante un decreto-ley, regulando materias que, según el art. 86.1 CE, están excluidas de la legislación gubernamental de urgencia.

Parece que el pleno endoso, indebido, por el Gobierno, a las comunidades autónomas en la lucha frente a la pandemia, ahora se ha extendido con el endoso de esa misma responsabilidad también al Poder Judicial. ¿Para qué sirven, entonces, las funciones que al Gobierno atribuye el art. 97 CE?

RAÚL CANOSA USERA

Como el estado de alarma es más tolerable, a pesar de no dejar de ser derecho de excepción, porque no se suspenden derechos, sino que sólo se limitan, pudiera parecer instrumento idóneo para combatir situaciones como la de la pandemia. Además, el artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981 expresamente se refiere a situaciones de epidemia y su artículo 11 contempla posibles medidas limitadoras de la libertad de circulación y de otras. *Prima facie*, el estado de alarma parece ser el instrumento idóneo para afrontar la situación que padecemos, mientras que el estado de excepción se reserva para situaciones de índole distinta. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sus sentencias 171/2021, de 10 de febrero y 324/2021, de 9 de marzo.

Como es sabido, en la mayoría de los países las mismas medidas adoptadas en España se han tomado sin apelar al derecho de excepción sino a ese «derecho legal de necesidad», es decir, a una legislación de la normalidad que sólo se activaría con ocasión de producirse determinadas situaciones, por ejemplo, una epidemia. A mí personalmente esta solución me parece mejor, porque es perfectamente posible que esa legislación específica (que no implique suspensión de derechos sino, como en otras muchas legislaciones extranjeras, sólo posibles limitaciones) exista para ser aplicada cuando corresponda.

Es cierto que no era fácil anticipar una situación como la vivida y allí donde tal tipo de legislación existía, como en Alemania, ésta hubo de ser reformada para adaptarla a las exigencias derivadas de la insólita situación que se vivía. Pero siempre es mejor resolver los problemas que una sociedad afronta apelando al derecho de la normalidad que activando el derecho de excepción porque este produce, como sucedió en España, gran controversia y es signo de un cierto fracaso. Y ello, aunque el estado de alarma sea un derecho de excepción *sui generis* ya que no puede conllevar suspensión de derechos.

Si al resolver el primero de los recursos de VOX el TC adoptase la propuesta del ponente de la que han informado los medios de comunicación, de que hubiera sido necesario declarar el estado de excepción para dar cobertura a la medida de confinamiento estricto generalizado, España habría debido comunicar al Consejo de Europa tal contingencia, lo que hicieron aquellos países, en su mayoría del este de Europa, que suspendieron formalmente libertades. Y si nos situamos en el contexto de los cuarenta y siete integrantes del Consejo de Europa, la gran mayoría de ellos descartaron suspender formalmente derechos (aunque todos ellos impusieron confinamientos estrictos más o menos prolongados) y aplicar un derecho de la normalidad *ad hoc*, es decir, la misma medida de confinamiento no fue entendida como una suspensión sino como una limitación. En relación con esto el artículo 6 g) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que, no olvidemos, forma parte del ordenamiento jurídico español) consiente «el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa». Es verdad que la medida de internamiento es incluso más intensa que la de confinamiento y el citado precepto, en sus términos literales, la liga a un internamiento individual, no colectivo. A la postre, es posible que el TEDH tenga que pronunciarse sobre alcance de esta posibilidad y si cubre los confinamientos que por todas partes se han decretado.

Si el Tribunal Constitucional acabase considerando que el confinamiento estricto reclama estado de excepción, se suscitara el problema de cómo hubieran debido imponerse el resto de las medidas para cuya adopción bastaría en principio la alarma. ¿Deberían estas medidas haberse recogido, junto con el confinamiento estricto, en la declaración del estado de excepción o debería haberse declarado simultáneamente la excepción y la alarma? Este último escenario de simultaneidad resulta algo extraño, así que tal vez la mejor solución, pensando en el futuro, sería declarar el estado de excepción para imponer el confinamiento estricto y aplicar la legislación ordinaria para imponer todas las demás medidas que, cuando han estado bien justificadas, han sido ratificadas por la jurisdicción.

Por otro lado, es de sobra conocido que, en la estela de la Constitución italiana y respecto a ella con unas exigencias reforzadas, el artículo 86 de la Constitución española introdujo la figura del decreto ley cuya naturaleza está de una suerte u otra emparentada al derecho de emergencia («en caso de extraordinaria y urgente necesidad»). Es sabido que el decreto ley ha sido la herramienta normativa empleada en Italia para combatir la pandemia y que también en España se dictaron numerosos decretos leyes que «enriquecieron» nuestro «Código COVID»; todos estos decretos leyes se justificaron en la situación de pandemia, pero sólo los menos veían ligada su vigencia a la del estado de alarma, de suerte tal que ese «Código COVID» se nutría de normas claramente temporales mientras que la mayor parte de los decretos leyes iban a quedar vigentes tras el fin de la alarma. Se ha producido así una curiosa mezcla entre derecho de excepción y decretos leyes justificados por la pandemia, pero propios del derecho de la normalidad.

Y una de las modificaciones que en el ordenamiento jurídico introdujo uno de esos decretos leyes, el 6/2020, de 10 marzo, afectó a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 abril de medidas especiales en materia de salud pública. En otras palabras, un decreto ley, derecho de la normalidad al fin, modificó una ley orgánica en un caso insólito que me parece una contravención del artículo 81 de la Constitución, por mucho que pueda argüirse que el artículo de la Ley Orgánica 3/1986 modificado pudiera no tener materialmente carácter de orgánico. Porque ni siquiera considerando el decreto ley 6/2020 parte del derecho de excepción podía este decreto modificar la Ley Orgánica 3/1966 ya que el derecho de excepción puede desplazar la aplicación del derecho de la normalidad, pero no reformarlo.

Y precisamente la ley Orgánica 3/1986, al margen de otras leyes sanitarias (Ley 14/1986 y Ley 33/2011, ninguna de las dos es orgánica), sería el equivalente español a la legislación específica que otros países han utilizado para decretar el confinamiento y otras medidas destinadas a combatir la pandemia. Sin embargo, como subraya el Tribunal Supremo (STS 719/2021 y STS 788/2021), el marco legal español, aunque genéricamente permite la adopción de medidas (en especial el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986)), no ofrece «una regulación articulada» y por ello es necesaria una cuidadosa justificación para la que no son suficientes «meras consideraciones de conveniencia, prudencia y precaución»; y por ello es menester extremar la justificación de las medidas que se adopten con un correcto juicio de proporcionalidad. Bastaría ahora, que ya hemos tenido la experiencia, con modificar nuestra legislación, singularmente la Ley Orgánica 3/1986, para dotarnos de una más precisa legislación, apta para qué tanto el Estado como las comunidades autónomas pudieran tomar con mayor seguridad las medidas necesarias. Esta por lo demás es la sugerencia del Consejo de Estado en su dictamen de 2 de marzo de 2021, relativo al recurso de inconstitucionalidad contra la ley gallega 8/2021. Se cumplirían más cabalmente las exigencias de los artículos 53.1 y 81 de la Constitución, además del estándar internacional.

ANA CARMONA CONTRERAS

El derecho para la normalidad incluye provisiones llamadas a aplicarse también en contextos extraordinarios. Ante la concurrencia de situaciones de necesidad y urgencia cualificadas, los poderes públicos cuentan con instrumentos específicos que permiten articular respuestas adecuadas. El caso de los decretos-leyes ofrece un ejemplo paradigmático a este respecto: Constatada por el Ejecutivo una situación que exige una actuación normativa en tiempo más breve que el que requeriría la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia, se abre la puerta al ejercicio de su potestad legislativa de urgencia. Ahora bien, la circunstancia fáctica que está en la base de tal actuación no se identifica con un supuesto excepcional sino, utilizando las palabras de Ignacio de Otto, con una «anormalidad de tono menor» que legitima la sustitución

transitoria del Parlamento por el Gobierno en el ejercicio de la función normativa. Por el contrario, como ya se ha apuntado anteriormente, los estados excepcionales presuponen la existencia de un contexto de emergencia en el que la capacidad de respuesta de los poderes ordinarios del Estado no resulta suficiente y que exige la activación de mecanismos específicos que se sitúan al margen del circuito de la normalidad, sustituyéndolo transitoriamente. De ahí el rasgo de eficacia temporal y aplicación necesariamente limitadas que es consustancial a la vigencia de los estados excepcionales. Superada la emergencia, decae de forma sobrevenida la normativa emanada para su regulación. Este efecto no se produce en el caso de las previsiones aprobadas en situación de urgente necesidad, puesto que una vez desaparecida ésta, dejarán de aplicarse y, por lo tanto, serán ineficaces, pero siguen vigentes. No se produce, a pesar de que el *obiter dicta* incluido en la temprana STC 6/1983 así lo señalara, un efecto de inconstitucionalidad sobrevenida. Su desaparición del ordenamiento jurídico requerirá, por el contrario, una norma posterior que proceda a derogarlas. Atendiendo a los trazos característicos de la normativa creada para la urgencia, por un lado, y de la que responde a la excepcionalidad declarada, por otro, se colige la existencia de un estatus jurídico diferenciado que impide asimilar ambas categorías reguladoras y, asimismo, su uso indiferenciado e intercambiable.

Esta reflexión general previa nos sirve como referente para valorar la adecuación de las leyes sectoriales sanitarias en la tarea de afrontar la gestión de la pandemia al margen del estado de alarma. Una incógnita cuya resolución gravita en torno a un tema esencial como es la limitación de derechos fundamentales y de forma muy señalada de la libertad de circulación en tanto que instrumento preferente para la contención de los contagios. En este sentido, ha de recordarse la existencia de distintas normas sanitarias, como la Ley General de Sanidad (LGS) y Ley General de Salud Pública (LGSP), que prevén actuaciones preventivas y cautelares como «la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» para afrontar situaciones extraordinarias en las que la salud pública está en riesgo (art. 26 LGS). En el escenario de la pandemia causada por la Covid-19, sin embargo, el protagonismo esencial ha recaído —y sigue recayendo— sobre el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LOMEMSP) en donde se prevé lo siguiente: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como *las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*». Al amparo de esta última cláusula habilitante, los responsables de Sanidad de las Comunidades Autónomas han aprobado, sin estar vigente la alarma, incisivas medidas restrictivas de derechos tales como el cierre perimetral de zonas geográficas, la limitación del número de personas en reuniones

en espacios públicos y privados o el denominado toque de queda nocturno. Actuando de esta manera, se ha producido una evidente limitación de la libertad de circulación, así como de otros derechos relacionados con la misma, que carece de encaje constitucional. El principal motivo en el que se basamos tal afirmación radica en la insuficiencia de la que adolece la cláusula habilitadora del artículo 3 de la LOMEMSP. Una deficiencia que por ser de naturaleza cualitativa —afectando a su configuración misma— no puede considerarse eliminada por las dos reformas procesales aprobadas (en septiembre de 2020 y mayo de 2021) con el objetivo de reforzar el control jurisdiccional de las limitaciones decretadas al amparo de dicha disposición. En términos sustanciales, la habilitación que contiene el inciso final del artículo 3 de la LOMEMSP infringe la garantía de la reserva de ley que rige ya sea el desarrollo de derechos fundamentales por ley orgánica, ya la regulación de su ejercicio a cargo de la ley ordinaria. Esta tarea normativa encomendada al legislador parlamentario incluye, ciertamente, la previsión de restricciones de los derechos fundamentales. La jurisprudencia del TC ha reiterado de modo constante que esta garantía de naturaleza objetiva no sólo incorpora una vertiente formal, en cuya virtud la regulación de los derechos fundamentales corresponde en exclusiva a las leyes, en tanto que expresión de la voluntad mayoritaria de la representación popular reunida en las asambleas parlamentarias. Junto a ello, la reserva de ley incluye una ulterior dimensión cualitativa que «se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales». En función de tal exigencia, se desprende que «las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación», pues «la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción». La idea enfatizada por el TC en tal sentido es que «al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla» (vid., por todas, la STC 76/2019, FJ 5). A la luz de las consideraciones expuestas se desprende con claridad que la previsión que recoge el artículo 3 LOMEMSP, facultando a las autoridades competentes para adoptar aquellas medidas «que se consideren necesarias en caso de riesgo» no cumple con los requisitos inherentes a la reserva de ley en su vertiente cualitativa. En primer lugar, porque no se identifican mínimamente qué medidas pueden ser adoptadas para frenar el riesgo de transmisión que se pretende combatir. Asimismo, porque igualmente nada se establece en relación a qué concretos derechos fundamentales resultan susceptibles de limitación. De la conjunción de ambas deficiencias resulta que la falta de previsibilidad y certidumbre de esta previsión legislativa genera un efecto de inseguridad jurídica que no se supera mediante el recurso al control jurisdiccional de las medidas adoptadas al albur de la misma.

A una conclusión opuesta, sin embargo, ha llegado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia 788/2021, de 3 de junio, en la que resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la ratificación que el toque de queda decretado por el Gobierno balear recibió por parte del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad. La insuficiencia de la habilitación contenida en el artículo 3 de la LOMEMSP se sitúa en primera línea, afirmando el TS que «es innegablemente escueto y genérico» y, asimismo, que no «fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente». Tal constatación de partida se refuerza con la alusión a que el ordenamiento español carece de «una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual». Y, sin embargo, tales apreciaciones no conducen a la que sería su conclusión lógica, esto es, que la normativa en cuestión no se ajusta a la Constitución. Pasando por alto las insuficiencias aludidas, la resolución se concentra en valorar la extensión de las restricciones acordadas, examinando su «justificación sustantiva». En función de tal planteamiento, el Tribunal considera que «las circunstancias específicas del caso» resultan determinantes, lo cual permite rechazar todas aquellas restricciones basadas en «meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución» y sin que se acredite, como resulta en este asunto, que resultan «indispensables para salvaguardar la salud pública». El ámbito de aplicación del artículo 3 LOMEMSP, por lo tanto, queda circunscrito dentro de unos márgenes muy estrechos que resultan susceptibles de identificarse con supuestos objetivamente excepcionales. Consecuentemente, la competencia de las autoridades autonómicas para afrontar la recta final de la pandemia se reduce drásticamente. Con ello, volvemos a la casilla de salida, a saber, que la gestión de la emergencia sanitaria requiere la activación del estado de alarma, en tanto que instrumento excepcional dotado de las garantías necesarias para la salvaguardia de la Constitución y el Estado de Derecho.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Para ser claro de entrada, no creo que las «situaciones excepcionales» puedan enfrentarse con medios previstos, como se dice, en ciertas leyes, como la ley de salud pública. A menos, claro es, que se rebaje mucho el significado de la expresión «situaciones excepcionales». Entonces, sí, no serían escasas en número las leyes sectoriales que se enfrentan a supuestos singulares, que se salen de lo ordinario, y eso vale también para la legislación de salud pública, sea estatal o autonómica. Pero el recorrido, como ahora se dice, de esta legislación, a efectos de aproximarse al derecho de excepción es bien limitado, tanto en términos cuantitativos como espaciales y temporales. Ahí se abre a la vez, y desde muy antiguo, un espacio para la litigiosidad territorial.

Con lo anterior va implícito que no me convence la fórmula «derecho legal de necesidad», aunque vaya acompañada de comillas. En beneficio de la claridad del lenguaje, estaría bien que el término necesidad se mantuviera en lo posible confinado a la representación del estado de necesidad. Pero, dejando de lado el nombre, hay un momento, y lo hemos visto, en que la emergencia que ha obligado a recurrir al derecho de excepción simplemente desaparece y con ello la legitimidad del estado excepcional de que se trate. A partir de ese momento se restablece el pleno vigor de la legislación sectorial, la cual, como digo, dispone de una respuesta diferenciada para situaciones singulares. Concretar todo esto nos llevaría muy lejos.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

La diferencia radica en la insuficiencia de los medios ordinarios. En el caso de la Ley de Salud pública es un medio ordinario que personas individualizadas —de las que se sabe que están contagiadas o han estado en contacto directo con enfermos o en lugares donde han estado enfermos— sean aisladas, vigiladas o confinadas en su casa, en hoteles o en hospitales.

Pero cuando la enfermedad pandémica se transmite sin saber quién la está incubando, ni quién la tiene sin presentar síntomas, ni cómo se difunde, entonces estamos ante una situación extraordinaria del artículo 1.º de la LOAES en la que los poderes ordinarios no bastan para enfrentarla, pues ese poder exige una relación de conexión real entre la persona y el mal que se quiere evitar. El confinamiento colectivo y general, que es una medida eficaz, no puede considerarse ordinaria, precisamente por su generalidad al afectar a todos, aun cuando no se sepa si son o no portadores de la enfermedad.

En otras situaciones de peligro —desprendimiento de rocas en una carretera, amenaza de deslizamiento de una ladera sobre un pueblo, amenaza de desplome de un edificio, etc.— es el carácter ostensible del riesgo y su conexión con quienes están junto al peligro o pretenden circular junto a él, lo que permite adoptar medidas ordinarias aunque supongan restricciones a la movilidad, permanencia en el hogar o, por el contrario, abandono del mismo de personas indeterminadas pero, siempre, determinables. En el caso de la pandemia la misma era ostensible, pero no lo era, en cambio, ni dónde estaba, ni quién padecía la enfermedad o la transmitía, ni cómo lo hacía. En esas condiciones adoptar medidas que afecten a la generalidad —por ser indeterminada e indeterminable la conexión de cada uno con el peligro— excede de las medidas ordinarias; medidas estas ordinarias legitimadas por el carácter ostensible del peligro y por el conocimiento o determinabilidad individual de sus eventuales víctimas y causantes.

La clave, en todo caso radica en que en nuestro Derecho hemos constitucionalizado el estado de alarma —que no existe en otros países— por lo que cuando se dan las circunstancias que lo activan puede ser obligatoria la declaración de tal

estado cuando haya que adaptar medidas extraordinarias como confinamientos generales sin que sea posible, sin violar la Constitución y la LOAES, que la legislación ordinaria pueda regular y prever esas medidas extraordinarias, que la Constitución ha querido que se adapten bajo el estado de alarma.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

En la mayoría de las ocasiones, las calamidades naturales, medioambientales, tecnológicas o sanitarias pueden ser afrontadas con las medidas previstas en el llamado «derecho legal de necesidad», integrado por la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, que permite imponer deberes y prestaciones adicionales (art. 7 bis y ter), y otras leyes sectoriales, especialmente la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, y aún más significativamente, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que prevé la intervención de las Fuerzas Armadas en situaciones «de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas» (art. 15.3), y la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional en relación con la gestión de las llamadas «situaciones de interés para la seguridad nacional» (arts. 22-29).

Debido a ello, alguna doctrina vaticinó la «desuetudo» del derecho de excepción, en general, y del estado de alarma en particular, puesto que la legislación de emergencia administrativa habría vaciado este de contenido y funcionalidad propios. Pero la irrupción de la excepción en forma de boicot del servicio esencial del transporte aéreo realizado por sus controladores, en diciembre de 2010, y la grave emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19 en 2020 evidenciaron la vigencia del derecho de excepción. Un derecho que debe ser activado cuando la gravedad y la extensión de la emergencia lo requieran. Y que se justifica por la intensidad de las medidas a aplicar, que van más allá de las que pueden adoptarse al amparo de las leyes ordinarias. En el caso del abandono de los controladores de sus puestos de trabajo, la intervención administrativa del servicio bajo la legislación ordinaria de necesidad no surtió efecto alguno, por lo que se procedió a la movilización forzosa de su personal mediante la declaración del estado de alarma. En el caso de la pandemia, las medidas previstas en las leyes sanitarias resultaban insuficientes para contener la propagación de los contagios. Y en absoluto podían amparar, con las garantías y formalidades necesarias, la adopción de medidas generalizadas restrictivas de derechos, como la severa limitación de la libertad circulatoria, la prohibición de actividades grupales o el toque de queda en todo el territorio nacional, que fueron adoptadas bajo los estados de alarma declarados en 2020.

La Ley General de Sanidad y la Ley General de Salud Pública permiten a las autoridades limitar aforos y horarios, ordenar el cierre de empresas e instalaciones, limitar y suspender el ejercicio de actividades o intervenir medios materiales y personales. Y la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública autoriza a adoptar medidas para el control de los enfermos y de las personas que hayan estado en contacto con ellos y las que «se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible» (art. 3), lo que ha posibilitado, con la debida autorización judicial, restringir derechos a personas o colectivos localizados, imponer confinamientos selectivos o incluso cierres perimetrales localizados, pero se trata de una Ley que a mi juicio incumple las exigencias de certeza y precisión requeridas por la jurisprudencia constitucional para proceder a limitaciones *generalizadas* de derechos, porque ni especifica los derechos fundamentales que cabe restringir, ni las condiciones y garantías de su restricción.

Disiento por ello de la posición mantenida por algunos tribunales superiores de justicia de las CCAA, como los de la Comunidad Valenciana, Galicia o Baleares, cuyas salas de lo contencioso-administrativo han autorizado, tras decaer el estado de alarma y al amparo de la LO 3/1986, restricciones de derechos generalizadas —como el toque de queda— al considerarlas debidamente justificadas por las autoridades y ser «temporales, necesarias y proporcionadas». Y por ello causa perplejidad que el Tribunal Supremo, tras señalar que el artículo 3 de la LO 3/1986 «es innegablemente escueto y genérico; y [...] no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente», haya afirmado que las autoridades autonómicas pueden utilizarlo como fundamento normativo de limitaciones generalizadas «siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate», aunque afecten a «elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión». (STS 788/2021, de 3 de junio). Y más perplejidad causa que esta tesis de que pueden restringirse severamente derechos fundamentales sin necesidad de estado de alarma fuera formulada casi a la par de que el Tribunal Constitucional sentenciara que ni siquiera el estado de alarma es suficiente para adoptar medidas restrictivas que afecten intensamente a dichas libertades y derechos. Y que, en su lugar, debía haberse declarado el estado de excepción (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 11).

El «derecho legal de necesidad» y el derecho de excepción son instrumentos complementarios. Podemos admitir que la frontera entre ellos no es perfecta, pero existe. Y se halla en la gravedad de las emergencias y en la excepcionalidad, severidad y generalidad de las restricciones a adoptar. Los estados excepcionales son necesarios para restricciones generales e intensas de la libertad individual. Para eso fueron previstos por la CE con todas las garantías frente al poder ejecutivo, el poder legislativo e incluso el poder judicial. Y por ello, no cabe banalizar la excepción mediante ratificaciones y autos judiciales que la amparen bajo cláusulas genéricas.

Ni tampoco cabe, a mi juicio, «normalizarla» en la legislación sanitaria, ni siquiera modificando esa legislación mediante ley orgánica para incorporar cláusulas habilitantes expresas, como se ha postulado. No fue esa la voluntad del constituyente, ni la *ratio legis* de la LOAES, que proporciona medios y garantías excepcionales que la legislación de normalidad no contiene, ni puede contener, frente a situaciones de excepción.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Esa relación, en principio de complementariedad, ya está contemplada en la propia L.O. 4/1981, cuyo artículo 12 dispone que «en los supuestos previstos en los apartados a) [Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud] y b) [Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves] del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales». Esas otras leyes serían, en materia de enfermedades infecciosas, la ya citada Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y las leyes autonómicas en el ámbito de la salud y las emergencias.

A priori cabría pensar que la legislación de excepción se aplicaría, junto, en su caso, con la «legislación especial», cuando concurriera alguna de las circunstancias que la justifican, como una epidemia o grave crisis sanitaria de alcance relativamente amplio, mientras que las leyes «especiales» se reservarían, fuera de las situaciones de excepción, para episodios de infecciones localizadas y para aplicar medidas limitativas de derechos a personas concretas o a colectivos identificables (las personas residentes en un determinado edificio, estudiantes de un centro escolar...).

En este último ámbito llama especialmente la atención lo que ha venido ocurriendo con el artículo 3 de la L.O. 3/1986⁸, al que acudieron las autoridades sanitarias en el último año y medio entre uno y otro estado de alarma: al principio de la pandemia y antes de la declaración del primer estado de alarma por el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se rechazó judicialmente su aplicación con carácter general con ocasión de la ratificación del confinamiento de empleados y

8 «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

huéspedes de un hotel en Tenerife cuando tuvo lugar la detección de la primera persona contagiada por COVID-19 en España. Pero, con posterioridad, el citado artículo ha sido admitido en diversos casos para adoptar confinamientos perimetrales de municipios y comarcas y, en general, para avalar medidas que limitaban los derechos de personas que, en principio, ni estaban contagiadas ni se sospechaba que pudieran estarlo; así, y por mencionar algunos ejemplos, lo avalaron en varias ocasiones diferentes Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), como los de Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana (que ratificó incluso el confinamiento domiciliario nocturno por Auto de 27 de octubre de 2020), Extremadura, Galicia, La Rioja (que autorizó el confinamiento de la Comunidad por medio de Auto de 26 de octubre), Madrid y Navarra (que avaló las limitaciones a la entrada y salida de la Comunidad en Auto de 22 de octubre).

No obstante, esta comprensión fue rechazada por otros TSJ; así, en el Auto del TSJ de Aragón de 10 de octubre se concluyó que «el artículo 3 se está refiriendo siempre..., a personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación o asociación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y personas que se han relacionado con ellos... En todo momento se ha entendido... que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado» (FJ 6).

A esta supuesta indeterminación se ha tratado de ofrecer alguna respuesta en el ámbito autonómico; así, la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio de salud de Galicia admite el establecimiento de limitaciones a la circulación o movilidad de las personas en las «zonas afectadas» por la enfermedad transmisible o en determinadas franjas horarias (art. 38.2. 6.^a) pero esta reforma ha sido recurrida por el Gobierno al Tribunal Constitucional y sobre la misma, en el momento de escribir estas líneas (finales de junio de 2021), no hay decisión del Alto Tribunal.

Por su parte, el Tribunal Supremo parece aceptar que el artículo 3 de la L.O. 3/1986 es de aplicación amplia aunque «no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia n.º 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual... [No obstante], esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas [el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones

familiares y sociales], especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011»⁹.

Lo cierto es que la combinación estado de alarma-medidas derivadas de la L.O. 4/1981 y ausencia de alarma-medidas derivadas de la L.O. 3/1986 ha venido siendo la «regla» durante la pandemia, período en el cual ni se reformó la primera ni se cambió la segunda, y ello a pesar, en mi opinión, de las carencias que han evidenciado una y otra.

5. *El derecho de excepción se ha aplicado solo en dos supuestos: la huelga de controladores aéreos de 2010 y la actual pandemia causada por la COVID 19. ¿Qué consideraciones querría hacernos al respecto? ¿Cree que a la vista de estas experiencias sería aconsejable alguna reforma en la LO 4/1981?*

MANUEL ARAGÓN REYES

El estado de alarma declarado en su día para hacer frente a la huelga de controladores aéreos no nos sirve para contrastarlo con el estado de alarma utilizado para hacer frente a la pandemia, simplemente porque se trata de dos situaciones incomparables. Lo único que aquel estado de alarma de 2010 nos ofrece es una mala práctica: su prórroga por 30 días, en lugar de por los 15 que la Constitución, a mi juicio, exige.

En cambio, distinta es la valoración que cabe hacer del estado de alarma durante la pandemia. El primero, de ámbito nacional, declarado el 14 de marzo de 2020, por 15 días, y prorrogado seis veces, cada una también por 15 días, creo que no fue respetuoso con la Constitución, pues no sólo se limitaron derechos, lo que es posible en el estado de alarma, sino que, en mi opinión, también se suspendieron derechos (de libertad del art. 17 CE, de libertad de circulación del art. 19 CE, de reunión y manifestación del art. 21 CE e incluso de libertad de empresa del art. 38 CE), lo que sólo puede hacerse en el estado de excepción.

El Estado de alarma declarado en septiembre para la ciudad de Madrid y 8 municipios más de la Comunidad Autónoma madrileña, aparte de su significado próximo al de un enfrentamiento entre el Gobierno nacional, el poder judicial (afectado por una reforma de septiembre de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ciertamente criticable) y el Gobierno autonómico, enfrentamiento ya de por sí muy poco ejemplar, lo que vino a poner de manifiesto es justamente la carencia de una legislación ordinaria adecuada para adoptar medidas que quizás hubieran evitado acudir al Derecho de excepción. La confirmación de que esto último es lo que verdaderamente sucedía vino con el inmediato estado de alarma de ámbito nacional adoptado a finales de octubre pasado. A falta de una

9 Sentencia 788/2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de junio, FJ 7.

legislación sanitaria adecuada, la gravedad de la pandemia conducía, inexorablemente, a utilizar el Derecho de excepción, declarándose, pues, un nuevo estado de alarma.

Este nuevo estado de alarma incurrió, a mi juicio, en una doble inconstitucionalidad. Una referida a que el Gobierno, en lugar de adoptar, por sí mismo y de manera inmediata (como la CE y la LO exigen) las medidas restrictivas de derechos, delegó en las comunidades autónomas la adopción de esas medidas (dentro de un marco flexible contenido en la declaración), de manera que serían los presidentes de las comunidades los que «determinarían», «concretarían», «decidirían» «con eficacia inmediata», «cuando lo estimasen oportuno» (términos todos utilizados en el Decreto de declaración) las medidas que en cada territorio podrían establecerse. Ello, aparte de significar una clara vulneración de nuestro Derecho constitucional de excepción, que atribuye dichas potestades decisorias sólo al Estado, y que, por ello, éste no puede delegarlas en las comunidades autónomas, propició discriminaciones territoriales, desigualdad de derechos entre los españoles, inseguridad jurídica y caos, ayudando muy poco a la eficacia «nacional» de la lucha frente a la pandemia y sus gravísimas consecuencias, no sólo sanitarias, sino también sociales y económicas. Aparecieron así, de manera sorprendente, una especie de «estados de alarma autonómicos» que ni la CE ni la LO permiten.

La otra inconstitucionalidad radicó en la prórroga de aquel estado de alarma por seis meses, cuando de la CE y de la LO (interpretada ésta de conformidad con aquélla, como es debido) se deriva que las prórrogas deben serlo por un plazo máximo de 15 días. Sin que salve ese quebranto de la Constitución el hecho de que haya sido el propio Congreso el que, a propuesta del Gobierno, autorizó esa prórroga de seis meses. Al contrario, el quebranto es mayor en cuanto que, al actuar así, el propio Congreso (por decisión de la mayoría) se desapoderó, lamentablemente, de una obligación que le venía constitucionalmente impuesta: la de controlar, con carácter decisorio, periódicamente cada 15 días, si el estado de alarma debía continuar o no.

Como ya apunté respondiendo a la pregunta 3, la experiencia no ejemplar de los dos estados de alarma nacionales durante la pandemia parece aconsejar una reforma de la Ley Orgánica 4/1981 para dejar más claro aún que las prórrogas del estado de alarma deberán de serlo por un plazo máximo de 15 días, y que el estado de excepción puede servir para hacer frente a fenómenos naturales, catástrofes o pandemias sanitarias similares a la que aún nos afecta, cuando tengan la gravedad, dimensión y consecuencias de un grado tal que para hacerles frente se requieran suspensiones y no sólo limitaciones de derechos.

RAÚL CANOSA USERA

De mi respuesta a las cuestiones precedentes se puede anticipar mi respuesta a la presente. En efecto, se podría reformar la ley orgánica 4/1981, en primer

lugar, para convertir en norma la doctrina del Tribunal Constitucional, la ya sentada y la por venir. También podrían especificarse aún más las posibles limitaciones que sobre el ejercicio de los derechos cabrían imponerse mediante la declaración del estado de alarma, así como el régimen jurídico de las sanciones. Y tal reforma podría de paso aclarar que las prórrogas de la alarma lo serían por quince días y no por un tiempo indeterminado que quedara al albur de la voluntad del Congreso de los Diputados.

Y si a esta reforma de la Ley Orgánica 4/1981 se sumase una actualización de la Ley Orgánica 3/1986, ante las autoridades autonómicas se ofrecería la posibilidad de aplicar esta última ley y al Gobierno central también la alternativa de optar entre aplicarla o declarar el estado de alarma y eventualmente de excepción que implicaría la adopción de medidas, acaso las mismas en muchos casos, de forma centralizada porque la esencia del derecho de excepción es la concentración de la toma de decisiones en el Gobierno cuando hablamos de un Estado compuesto como el español. Irían deslindándose los espacios del estado de alarma, del de excepción y de la legislación específica.

ANA CARMONA CONTRERAS

La experiencia relativa a los estados de alarma aplicados en nuestro país arroja un balance jurídico dispar. En la primera ocasión, se activó sobre la base de una apreciación de las circunstancias habilitantes que incurrió en una clara extralimitación con respecto a lo previsto por la LO 4/1981, puesto que, junto con el supuesto (evidente) de paralización de un servicio público esencial (art. 4 c) generado por el abandono masivo de sus puestos de trabajo por parte de los controladores aéreos se consideró de forma espuria que concurría una hipótesis de calamidad o catástrofe pública (art. 4 a) que, asimismo, trajo consigo el desabastecimiento de un producto de primera necesidad (art. 4 d). La falta de conexión entre el origen de la crisis suscitada y los otros argumentos utilizados para abrir la puerta a la declaración de la alarma supone un grave lastre que afecta su constitucionalidad. Un segundo aspecto constitucionalmente criticable, puesto que excede el margen de actuación accesible para este concreto estado excepcional, apunta a la decisión de militarizar el servicio del control del tránsito aéreo. La problemática no reside en que se encomendara la supervisión de su prestación al Ejército del Aire, atribuyendo al Jefe del Estado Mayor del mismo la condición de autoridad delegada competente sino, antes bien, en la decisión de considerar a los controladores como «personal militar» y su consiguiente sometimiento a las leyes penales y disciplinarias militares. Tal decisión, como establece la Constitución, sólo se permite en el estado de sitio.

Los estados de alarma activados en 2020 con ocasión de la pandemia, por su parte, encajan claramente en el ya referido supuesto de crisis sanitarias que recoge el artículo 4 a) de la LO 4/1981. En lo que atañe a las restricciones de derechos fundamentales lo cierto es que, sobre todo, en el primero de ellos, el severo

confinamiento domiciliario decretado supuso una limitación muy intensa de la libertad de circulación, así como de otros derechos vinculados a la misma (manifestación, libertad de culto, educación). Una mención específica merece el aplazamiento de las elecciones autonómicas en Euskadi y Galicia, cuya celebración no pudo llevarse a cabo en la fecha —12 de abril— inicialmente prevista ante la gravedad de la situación epidemiológica existente. La falta de previsión en la legislación electoral, tanto central como autonómica, de la posibilidad de retrasar los comicios una vez convocados exigió la adopción de medidas ad hoc por parte de las respectivas Juntas Electorales. Un aspecto a destacar con relación a la segunda alarma de ámbito nacional es su configuración en clave territorial, marcando una sustancial diferencia con la opción netamente centralizadora que caracterizó a la primera. Este enfoque diverso pone en evidencia la versatilidad de este instrumento excepcional, permitiendo articular respuestas territorialmente diferentes en función de la apreciación que realizan los responsables autonómicos sobre la base una genérica hoja de ruta previamente establecida en el nivel central (bases y coordinación). En el caso de que resulten afectadas competencias autonómicas, la atribución de responsabilidad a tales autoridades merece una valoración positiva. Sin embargo, como se verá a continuación, esta opción se topa con relevantes dificultades derivadas del marco normativo vigente.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Mi primera consideración es que se ha tratado en ambos casos del estado de alarma y que ambos casos han sido problemáticos. No olvidemos el sometimiento a la autoridad militar de los controladores aéreos que se produjo en el primero de ellos. Y no hay necesidad de recordar, porque está presente, el debate actual sobre, entre otros extremos, hasta dónde se puede llegar en materia de restricción de derechos fundamentales. Mi segunda consideración sería: Atención al estado de alarma. Parece el hermano pequeño, el más inocuo de los tres, y sin embargo la experiencia demuestra hasta qué punto este estado excepcional se ha hecho con el protagonismo en esta materia. Los estados de excepción y de sitio siguen por fortuna donde siempre han estado, en el ámbito de los preceptos latentes, en tanto el estado de alarma se ha vuelto el más real de todos. Tal como se presentan las cosas, en nuestra sociedad del riesgo, al estado de alarma le espera un brillante futuro.

Desde este punto de vista, y entrando ya en la cuestión de las posibles reformas de la Ley orgánica, cabría la posibilidad de articular un «estado de pandemia» como un supuesto autónomo de emergencia sanitaria, como una subespecie del estado de alarma, mucho más detallado de lo que el estado de alarma se encuentra ahora. En particular, introduciendo una serie de cautelas destinadas a preservar la operatividad de los derechos fundamentales afectados. Con todo, no se me ocultan las limitaciones que supone operar con la ley orgánica. En otras

palabras, en circunstancias normales la reforma debiera empezar por la de la Constitución. Pero aquí empiezan los problemas. Tenemos un temor reverencial al texto constitucional o, más bien a cualquier empresa que implique la reforma de la Constitución. En el caso de no pocos preceptos, el texto de la Constitución, la Constitución en su literalidad, desde luego no la Constitución misma, se ha convertido a estas alturas en un auténtico *trágala*. El tema excede de la cuestión que nos ocupa, pero se comprueba de nuevo en la situación presente.

A partir de aquí, y volviendo al tema de la reforma de la ley orgánica, se ha puesto de manifiesto que lo que corresponde es operar una descripción más amplia de los supuestos que permitirían recurrir al estado de excepción, sencillamente incorporando las manifestaciones más graves de las emergencias hoy día confinadas al estado de alarma. Se puede hacer, desde luego, en aras de apaciguar los ánimos de cara al futuro. Eso sí, tendría que intervenir el Congreso de los Diputados desde el minuto uno. Pero no creamos que el estado de excepción elimine todos los interrogantes. Hemos visto no pocos derechos de la Sección segunda del Capítulo segundo del Título primero afectados intensamente por las medidas de respuesta a la pandemia, derechos que, salvo una excepción, no figuran en el art. 55.1. CE. También desde esta perspectiva, la situación de pandemia se ha revelado lo suficientemente singular como para merecer un tratamiento igualmente singular.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Ninguna comparación cabe con la huelga de controladores aéreos, porque en realidad no se daban en ella las circunstancias para declarar el estado de alarma. En tal ocasión la alarma declarada no se correspondía con el supuesto de la letra c) de su artículo 4.º de la LOAES que se invocaba —la paralización de servicios públicos esenciales— ya que tal letra c) exige además que concurra algunos de los demás supuestos de las letras a), b) y d) que ni siquiera se invocaban en aquel Real Decreto de alarma. Aunque el Gobierno en el artículo 1.º del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre declarando la alarma invocaba la letra c) «en relación con las letras a)» [a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud] «y d)» [Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad] en la exposición de motivos no hacía la menor referencia a los concretos hechos que pudieran calificarse como catástrofe o calamidad o desabastecimiento de productos de primera necesidad. El Tribunal Supremo primero y el Tribunal Constitucional después eludieron pronunciarse sobre las circunstancias específicas que parecían evidenciar el *ultra vires* del Real Decreto de alarma de los controladores aéreos al no concurrir los presupuestos para declarar tal estado. En esas condiciones de *ultra vires* el Real Decreto no podía llegar a tener valor de ley; tal había sido la doctrina constante

del Tribunal Supremo desde finales de los sesenta para negar, él mismo, valor de ley a los textos refundidos y articulados que incurría en *ultra vires*.

Nada sustancial de la Ley 4/1981 merece corrección significativa. El estado de alarma es una gran solución para el tipo de situación para las que se previó. La única reflexión a hacer proviene de la falta de responsabilidad de algunos partidos de la oposición que no estuvieron a la altura del interés general poniendo trabas a la aprobación de las prórrogas de la alarma por razones partidistas completamente ajenas al combate contra la pandemia. Eso podría llevar a considerar si modificar la Constitución para alguna modificación.

Sin embargo sería lamentable que la irresponsabilidad de que se ha hecho gala por algunos partidos de la oposición durante toda la pandemia (con independencia de los eventuales errores en que hubiera podido incurrir el Gobierno), pueda acabar con un instrumento básico, entre otras cosas por permitir una centralización de competencias de dirección del combate contra la enfermedad.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

El estado de alarma fue declarado en diciembre de 2010 para restablecer el servicio público esencial del transporte aéreo boicoteado por sus controladores. Y tres nuevos estados de alarma han sido declarados en 2020 para hacer frente a la emergencia desencadenada por la COVID-19. Dichas declaraciones han evidenciado la versatilidad y la funcionalidad que antes se negaban a este estado, pero suscitaron muchas críticas y dieron lugar a la interposición de una catarata de recursos contencioso-administrativos, de varios recursos de amparo ante el TC y, en caso de los estados de alarma sanitaria, de dos recursos de inconstitucionalidad presentados por los diputados de Vox. En diciembre de 2010, los afectados por la declaración y parte de la doctrina adujeron que no concurrían los supuestos de hecho previstos en la LOAES y que la militarización decretada había suspendido derechos fundamentales de los controladores. En 2020, se arguyó que la severa restricción de la libre circulación, el confinamiento domicilio impuesto y la prohibición de actividades grupales excedían las medidas susceptibles de adoptar bajo el estado de alarma. En ambas ocasiones se sostuvo que, en lugar de declararse el estado de alarma, debía haberse declarado el estado de excepción. En ambas, la autoridad excepcional que corresponde al Gobierno fue delegada en otras autoridades estatales y/o autonómicas. En ambas, se solicitó la prórroga del estado de alarma por períodos más largos que el periodo de declaración, siendo hasta de seis meses durante la segunda ola de la COVID-19. Y en ambas, se ha dudado de la naturaleza jurídica de los decretos de declaración y de prórroga de dichos estados y, a resultas de ello, del órgano competente para asumir su control jurisdiccional.

Como referí *supra*, el legislador de la LOAES mudó la relación enunciativa de las emergencias habilitantes del estado de alarma que contenía el proyecto en

una pretendidamente taxativa y anuló como supuesto autónomo de declaración la paralización de los servicios esenciales para la comunidad si no concurría al tiempo otra de las emergencias expresamente citadas. En diciembre de 2010 se evidenció el error cometido. De acuerdo con la redacción dada al artículo 4.c) LOAES, la declaración del estado de alarma no procedía pese a la paralización del transporte aéreo porque no concurrió otra de las emergencias que la habrían justificado *ex lege*. Pero la misma doctrina que subrayó su improcedencia por ese motivo reconoció, al amparo de los principios de urgencia, necesidad y proporcionalidad, que el estado de excepción habría llegado tarde y habría resultado excesivo e igualmente inadecuado. La LOAES tipificó las medidas aplicables bajo cada estado, pero la capacidad para prever las respuestas que la excepción precisa también ha resultado ser limitada. En ambos estados de alarma las restricciones adoptadas fueron más allá de las previstas. En 2010 se consideraron excesivas la movilización de los controladores y su sumisión a las leyes militares. En 2020, se ha criticado la intensidad de las restricciones de la libertad circulatoria y la extrema limitación de las relaciones grupales, que produjeron la afectación en cadena de otros derechos. Y ello supuso, a juicio de parte de la doctrina y del TC, una auténtica suspensión de derechos.

En otro lugar he sostenido que las limitaciones de la LOAES en punto a la regulación de los supuestos habilitantes de la declaración del estado de alarma podían ser superadas porque, atendiendo a la imprevisibilidad de la excepción y a la naturaleza bifronte de dicho estado, debería considerarse admisible su activación en casos de paralización de servicios públicos esenciales que puedan resolverse sin recurrir al estado de excepción. También he defendido que ninguna de las medidas excepcionales adoptadas en 2010 y 2020 supuso una auténtica suspensión de derechos y que la insuficiencia de las medidas previstas en la LOAES no impide la adopción de otras medidas requeridas por la gravedad de la emergencia si resultan legítimas al amparo de los principios de necesidad y proporcionalidad asumidos por la LOAES y consustanciales al derecho de excepción. En 2010, los controladores incumplieron sus deberes y vulneraron derechos fundamentales de terceros. Y para restablecer la situación, además de la movilización, la LOAES permite imponer prestaciones e impartir órdenes para garantizar el funcionamiento de los servicios afectados, lo que supone que el ejercicio del derecho de huelga queda supeditado al restablecimiento del servicio, pero no suspendido. En 2020, las restricciones de la libertad de circulación y de otros derechos conexos difícilmente cabía encontrarlas acabadamente reflejadas en ninguno de los estados. Dichas restricciones desbordaron el marco de habilitación legal, pero, a mi juicio, ni técnica ni materialmente suspendieron derechos porque sus garantías normativas y procesales se mantuvieron intactas; el artículo 7 del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, previó numerosas excepciones a la prohibición de circular por vías públicas, incluso bajo una fórmula abierta («cualquier otra actividad de análoga naturaleza»); y las restricciones podían considerarse necesarias y proporcionadas al superar los beneficios reportados a la

salud pública y al derecho a la vida los perjuicios inferidos a las libertades de circulación y empresa.

La interpretación conforme y la ponderación tienen, por supuesto, un límite si pretendemos salvaguardar la normatividad del derecho de excepción. En mi opinión, ese límite no fue traspasado, pero, a la vista de la desautorización del estado de alarma que el TC ha llevado a cabo y de las carencias del actual marco legal, debería acometerse la reforma de la LOAES. De *lege ferenda* sería aconsejable recuperar la relación abierta de los supuestos habilitantes del estado de alarma del proyecto originario, admitir su activación ante situaciones de conflictividad que paralicen servicios esenciales, como la generada por los controladores, y reforzar su operatividad ante pandemias, crisis tecnológicas y medioambientales. El legislador debería incluir en la LOAES un nuevo elenco de medidas modulable en función de la gravedad de la emergencia, precisar las existentes en los estados de alarma y excepción y delimitar mejor su alcance, especialmente en punto a las limitaciones de la libertad de circulación y la movilización del personal de empresas y servicios. Y debería regular, asimismo, el papel de los ejecutivos de las CCAA en los casos de gestión descentralizada de la emergencia; limitar el plazo de las prórrogas del estado de alarma; agilizar el procedimiento de autorización parlamentaria del estado de excepción para facilitar su declaración y atribuir expresamente el control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas de los tres estados a la justicia constitucional, estableciendo una nueva vía sumaria y urgente de impugnación para que dicho control sea tempestivo y eficaz. Debemos ser conscientes, con todo, de las limitaciones de este esfuerzo normativo, porque, por más se pretenda, no cabe tipificar lo imprevisible. La indeterminación y las omisiones del derecho de excepción seguirán siendo inevitables. Como lo será también el recurso a los principios de necesidad y proporcionalidad para poder superarlas.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Efectivamente, el 4 de diciembre de 2010 se acudió, por vez primera, a la declaración del estado de alarma; según el preámbulo del Real Decreto 1673/2010: «...*Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública* de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados. Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe

pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación...» (la cursiva es nuestra).

Este supuesto de hecho encaja, sin problemas aparentes, en la primera parte de la causa prevista en la letra c) del artículo 4 de la L.O. 4/1981: «c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (el transporte aéreo), cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2, y 37.2, de la Constitución...» aunque parece un exceso justificativo apelar a que se está impidiendo el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación pues, en el peor de los casos, no se podía llevar a cabo por un concreto medio —el transporte aéreo— pero en nada quedaron afectados otros medios de transporte que sí permitían ejercer la libertad de circulación dentro del territorio nacional, que es lo protegido por el artículo 19 CE.

En todo caso, con eso no sería suficiente, pues la citada letra añade «y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo». A tratar de colmar esta exigencia se encaminan otras frases del preámbulo de ese primer Decreto de estado de alarma: «...todo ello constituye, sin duda, una *calamidad pública de enorme magnitud* por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados... habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la *situación de catástrofe pública* existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación» (las cursivas son nuestras).

Como se recordará, la letra a) del mismo artículo 4 habla, expresamente, de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas» aunque de inmediato ejemplifica y menciona: «terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud».

Nos parece que la paralización del tráfico aéreo no encaja en el tipo de catástrofes o calamidades a las que se refiere esa letra e, incluso, que quepa calificarla como una auténtica catástrofe en los términos jurídicos en los que parece estar pensando la ley reguladora. En palabras del Tribunal Constitucional, «... el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 identifica las situaciones de emergencia o, en sus propios términos, las «alteraciones graves de la normalidad» que pueden dar lugar a su declaración, referidas, en síntesis, a emergencias naturales o tecnológicas, a crisis sanitarias, a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y/o a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garanticen los servicios mínimos (artículos 28.2 y 37.2 CE) y además concurra, respecto a este último supuesto, alguna de las otras situaciones definidas en el precepto» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8).

Por todo ello, no considero exagerado concluir que el Decreto 1673/2010 no se ajustó a las exigencias de la L.O. 4/1981 y, lo que me parece más relevante en términos generales, es que esta primera declaración del estado de alarma evidenció las limitaciones de la L.O. 4/1981, pero más de diez años y una pandemia después no se ha hecho nada por colmarlas.

En segundo lugar, la aplicación «práctica» del estado de alarma en el contexto de la pandemia de COVID-19 ha evidenciado su poca funcionalidad cuando se decreta para un ámbito territorial pequeño, incluso para grandes ciudades (Madrid) o conurbaciones, como ocurrió con el Decreto 900/2020, que vinculó a los municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz. Este estado de alarma, como cualquier otro, exigió el decreto acordado en Consejo de Ministros y dar cuenta al Congreso de los Diputados, a quien no llegó a pedírsele la prórroga. Es verdad que la L.O. 4/1981 permite (artículo 7) que la Autoridad competente pueda ser, por delegación del Gobierno, «el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad», pero no necesariamente es así —en el caso que nos ocupa la autoridad competente fue el Gobierno— y, en cualquier caso, esa eventual delegación no elude el acuerdo inicial del Gobierno ni la intervención del Congreso de los Diputados. Además, durante la vigencia del estado de alarma, corresponde al Gobierno suministrar al Congreso la información que le sea requerida y, asimismo, le dará cuenta de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste (artículo 8). Finalmente, y admitiendo que será conveniente escuchar al Presidente de la Comunidad Autónoma afectada en los debates parlamentarios sobre la prórroga del estado de alarma y las medidas por las que debe regirse, la decisión última corresponde a la Cámara Baja y el Gobierno conserva buena parte del protagonismo.

No es ajeno a esta disfuncionalidad el hecho de que la Ley Orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse —aún no se habían aprobado la mayoría de los Estatutos de Autonomía— y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo...) son ahora competencia, en buena parte, de las Comunidades Autónomas.

6. *¿Considera que la actual ordenación territorial del poder en España facilita o dificulta la aplicación y eficacia del derecho de excepción?*

MANUEL ARAGÓN REYES

Todos los problemas que se han venido examinando conducen, de manera inevitable, a una reflexión general acerca del Estado autonómico. Se ha extendido la idea de que la organización de nuestro Estado autonómico no es la más adecuada para hacer frente a la gravísima pandemia provocada por el Covid-19. No es esa mi opinión. El caos, la desorganización, las contradicciones y discriminaciones territoriales, la desigualdad en el ejercicio de los derechos ciudadanos, la inseguridad jurídica y los problemas de eficacia generados por el pleno traslado a las comunidades autónomas desde el verano de 2020 hasta hora de la responsabilidad de

hacer frente a la pandemia no muestran las falencias del modelo territorial, sino la inadecuada aplicación del mismo. Al margen de que ese modelo deba de ser reformado para dotarlo de mayor eficacia, algo que es claro, lo cierto es que el modelo actual no tenía por qué haber producido la situación antes descrita si se hubiese aplicado de manera correcta. Es decir, si el Estado se hubiera hecho cargo de las responsabilidades a que el modelo le obliga (tanto respecto del Derecho de la normalidad como del Derecho de excepción) y no las hubiera descargado, indebidamente, en las comunidades autónomas. En resumidas cuentas, si el poder estatal hubiese utilizado las competencias que tiene (entre ellas la de reformar la legislación sanitaria para habilitar correctamente posibles limitaciones de derechos y la de acudir, cuando es necesario, al estado de alarma sin desfigurarlo y, por supuesto, decidir, de manera efectiva y por sí solo, las medidas que en el estado de alarma deben adoptarse) en lugar de endosar a las comunidades autónomas una actuación que excede de las competencias de éstas.

Una cosa es la «cogobernanza» (palabra tan ampliamente usada como tan impropia entendida) y otra bien distinta es la huida de la responsabilidad. La cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas es, sin duda, necesaria, como también lo es la coordinación de competencias (exigida, además, expresamente en materia de sanidad) que implica, necesariamente (y a diferencia de la cooperación) una función directora del Estado. Pero ello no significa que el Estado sólo pueda actuar si tiene para hacerlo el consenso de las comunidades autónomas, ya que posee unas competencias exclusivas cuyo ejercicio no está condicionado a la anuencia de aquéllas. De manera que, en situaciones de normalidad, ni el Estado puede desapoderar a las comunidades autónomas de sus competencias, ni éstas impedir que el Estado ejerza las que constitucionalmente le corresponden, a cuyo ejercicio, por supuesto, no puede renunciar. Ese es el marco correcto de la «cogobernanza» en las situaciones de normalidad. En las situaciones de excepción (salvo la delegación de la mera gestión de las medidas del estado de alarma cuando éste se ciñe sólo al territorio de una comunidad, no cuando es de ámbito nacional) ni siquiera cabe la «cogobernanza»: sólo la autoridad estatal es competente para decidir y ejecutar las medidas que en el Derecho de excepción pueden adoptarse.

Ese es nuestro sistema constitucional y ese es el marco regulador en que se desenvuelve el Estado autonómico, que no se corresponde con lo que, desde el verano de 2020 hasta ahora, ha venido sucediendo.

RAÚL CANOSA USERA

Si enlazamos con lo que he recordado acerca de que el derecho de excepción implica concentración de la toma de decisiones en el poder ejecutivo central si se trata de un Estado compuesto, la expansión de los estados de alarma durante la pandemia del COVID es muy aleccionadora porque el primer estado

de alarma, desde marzo hasta junio, y el segundo acotado a los municipios más poblados de la Comunidad de Madrid respondieron a la esencia centralizadora del derecho de excepción y el Gobierno central asumió la dirección efectiva de las administraciones autonómicas que tenían que prestar gran parte de los servicios públicos necesarios, en especial el sanitario. Sin embargo, el tercer estado de alarma, luego prorrogado seis meses, aun implicando la toma de control por parte del Gobierno central, se ejecutó mediante delegación en favor de las comunidades autónomas que, habilitadas por la declaración y en los términos previstos en ella, han sido las encargadas de adoptar las medidas restrictivas de derechos que la declaración en potencia contemplaba. Si en los dos primeros estados de alarma las decisiones de limitar derechos eran del Gobierno central, en el tercero ha correspondido a cada comunidad autónoma la adopción de tales decisiones, aunque haya funcionado el Consejo Interterritorial. A esta situación se le ha dado el nombre de «cogobernanza», que no ha dejado de suscitar problemas, en especial respecto al efecto vinculante de las ordenes comunicadas del Ministerio de Sanidad formalizando los acuerdos del citado Consejo. Al respecto, la Audiencia Nacional suspendió cautelarmente, el 7 de junio de 2021, la orden comunicada del Ministerio que, una vez expirado el estado de alarma, pretendía hacer vinculante un acuerdo del Consejo Interterritorial adoptado con la oposición de varias comunidades autónomas. Con todo, ha sido posible la adopción de medidas adaptadas a las circunstancias particulares de cada territorio.

ANA CARMONA CONTRERAS

La descentralización territorial del poder político vigente en España se perfila como una cuestión dotada de la máxima relevancia a la hora de diseñar el derecho de excepción. De forma implícita, la Constitución tiene en cuenta tal dimensión en términos institucionales cuando en el artículo 116.5, tras establecer diversas disposiciones orientadas a preservar la vida de las Cámaras que componen las Cortes Generales a continuación prevé que «(S)u funcionamiento, así como el *de los demás poderes constitucionales del Estado*, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados». Asumiendo la opción tempranamente defendida por Pedro Cruz, entendemos que la referencia a esos otros poderes estatales es de carácter omnicompreensivo incluyendo también a las asambleas legislativas autonómicas. En una clave igualmente extensiva, esto es, referida al nivel de gobierno autonómico, ha de interpretarse el artículo 116.6 CE, que dispone la no alteración del «principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» estando declarado cualquiera de los estados excepcionales.

Cuestión distinta es cómo se regula específicamente la implicación de las autoridades autonómicas en la gestión de los estados excepcionales. En tal sentido,

la Constitución se decanta por una opción en la que tanto el Gobierno central como el Congreso de los Diputados asumen un rol protagonista no sólo en su activación sino también en el control de su aplicación en la práctica. Tal modo de proceder se justifica atendiendo a la configuración de la descentralización en nuestro texto constitucional, en donde se afirma como un derecho a disposición de los territorios (artículo 2 CE) y no como un principio definidor del Estado. Una actitud ligeramente más receptiva al nivel autonómico, y únicamente en relación con el estado de alarma, muestra la LO 4/1981. En primer lugar, se prevé que cuando los supuestos que abren la puerta a su activación «afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, su Presidente podrá solicitar del Gobierno la declaración» del mismo (artículo 5). La dicción literal del precepto, sin embargo, nos sitúa ante una mera hipótesis —formulación de solicitud— de la que no se deriva obligación alguna frente a quien es titular exclusivo de la competencia —el Ejecutivo central— y que, desde un punto de vista jurídico, es completamente libre para acoger o declinar las peticiones recibidas.

Otro elemento de apertura hacia la esfera de las CCAA es el referido a la determinación de la autoridad competente para la gestión de la alarma. Tal condición recae sobre el Gobierno (artículo 7 LO 4/1981), si bien se contempla un supuesto específico en el que cabe su delegación a favor de quien ocupa la presidencia de una Comunidad Autónoma: «cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio». Así pues, sólo tratándose de una alarma territorialmente circunscrita a una única Comunidad —el adverbio «exclusivamente» no deja resquicio para otra interpretación— resulta posible activar la hipótesis de la delegación. Insistir en la precisa condición impuesta en sede legislativa se manifiesta especialmente necesario teniendo en cuenta que, en el segundo estado de alarma de ámbito nacional, los correspondientes decretos de declaración y prórroga atribuyeron la condición de autoridad competente delegada a todos los presidentes autonómicos, así como a los de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. La constitucionalidad de este *modus operandi*, que rebasa claramente el límite legal señalado, ha sido puesto en tela de juicio por parte de los diputados del grupo parlamentario de Vox en el recurso presentado ante el Tribunal Constitucional.

En el terreno de la aplicación de las medidas previstas por los decretos que rigen el estado de alarma, el grado concreto de protagonismo que corresponde a las autoridades autonómicas depende de la voluntad manifestada en los mismos. En este sentido, que las disposiciones acordadas para afrontar la emergencia concurrente se refieran a materias cuya titularidad corresponde a las CCAA no supone un obstáculo para que la definición de las actuaciones que se consideren pertinentes, así como también su puesta en práctica sean asumidas por las autoridades centrales. De hecho, el primer estado de alarma hizo gala de una fuerte impronta centralizadora, asumiendo el Presidente del Gobierno y las autoridades delegadas competentes (los cuatro ministros designados) el protagonismo prácticamente absoluto en la tarea de gestionar la pandemia en un ámbito como el sanitario que,

dejando a salvo la coordinación y el establecimiento de las bases que es de titularidad estatal, es de competencia autonómica (artículo 149.1.6 CE). Como contrapunto a tal modo de proceder, en la segunda alarma declarada a nivel nacional se optó por una aproximación radicalmente distinta, teniendo en cuenta la ya referida atribución de la condición de autoridades competentes delegadas a los presidentes autonómicos y, asimismo, atendiendo a la potestad de modulación y adaptación que de las medidas previstas por los decretos correspondientes se atribuye a los mismos.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, consideramos que la ordenación territorial del poder en nuestro país no es un elemento que en cuanto tal facilite o dificulte la aplicación y eficacia del derecho de excepción. Antes bien, la formulación de la pregunta debería cambiar el orden de los factores, situando en primer término la necesidad de que el marco regulador de la excepción tome en consideración la estructura territorialmente descentralizada del Estado. Así enfocada la cuestión, la LO 4/1981 muestra unas evidentes carencias en lo que se refiere al rol atribuido a las CCAA en el caso específico del estado de alarma. Estando afectadas competencias de titularidad autonómica, la declaración de dicho estado a nivel nacional no debería ser obstáculo para que se atribuya a los Presidentes de las CCAA la condición de autoridades competentes delegadas, superando el límite actualmente previsto. Asimismo, no se percibe una imposibilidad constitucional para que en tales circunstancias y respetando las bases fijadas por el Estado, dichas autoridades puedan modular las disposiciones contenidas en los decretos correspondientes, adaptándolas a las circunstancias específicas de cada territorio. Ahora bien, si se opta por esta aproximación se impone abordar una cuestión prioritaria como es establecer previsiones dirigidas a asegurar que los responsables autonómicos rindan cuentas ante sus asambleas legislativas de las decisiones adoptadas y las medidas aplicadas. Como ha quedado de manifiesto con ocasión de la segunda alarma a escala nacional, las distintas normas que regulan el control parlamentario (el Reglamento del Congreso de los diputados, la LO 4/81 y el propio decreto de prórroga) instauran un circuito fiscalizador que discurre entre el Ejecutivo central y la Cámara baja y que, consecuentemente, se ha mostrado inoperante en el escenario territorializado de gestión de la pandemia instaurado. Una situación insatisfactoria en términos de calidad democrática que se agrava ulteriormente si tenemos en cuenta que la alarma fue prorrogada durante 6 meses. Un plazo desmesurado, que no sólo ignora la exigencia de intervención mínima y por el tiempo estrictamente indispensable (art. 1.2 LO 4/1981) sino que, además, desnaturaliza, privándolo de sentido, el control que corresponde al Congreso con respecto a la actuación del Ejecutivo central estando vigente la alarma. Superar tal deficiencia trae consigo la necesidad ya aludida de adaptar el marco regulador de la excepción a las exigencias de la descentralización, abriendo canales de actuación a la esfera autonómica que vengan acompañados de la imprescindible previsión de los mecanismos de control en el ámbito parlamentario competente. Estamos, pues, ante una operación compleja que requiere como condición necesaria la reforma de

la LO 4/1981, pero que en sí misma no resulta suficiente, puesto que los ordenamientos autonómicos, a su vez, deberían dotarse de las disposiciones pertinentes.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Esta es una pregunta ante la que siento la tentación de reformularla, sin saber exactamente cómo hacerlo. El Estado de las Autonomías es un hecho, de tal modo que resulta un tanto ocioso preguntarse si el Estado respondería mejor ante las situaciones de emergencia *sin* Estado de las Autonomías. De hecho, sin descentralización política no habría coerción estatal (art. 155 CE), y eso es ya un dato importante: esta estructura territorial del poder está en el origen de un instituto de excepción.

En todo caso, la pregunta habría que reformularla o por lo menos precisarla. Si nos ceñimos al estado de alarma, está claro que la implementación de sus medidas ha exigido la colaboración de todos los poderes públicos, de los territoriales en primer lugar, desde la Guardia Civil de Tráfico hasta el más pequeño de los municipios. A partir de ahí se plantea la cuestión del protagonismo en la adopción o definición de las medidas a imponer. En este sentido, si nos mantenemos en un concepto estricto de derecho de excepción creo que es a las autoridades del Estado a quien corresponde adoptarlas y a las administraciones territoriales ejecutarlas en el grado que les corresponda.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

El estado de alarma permite superar, precisamente, cualquier dificultad que pudiera derivarse de la descentralización territorial al estar prevista en la propia Constitución la recentralización de la dirección de la lucha contra la pandemia bajo el estado de alarma.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

El modelo de estado excepcional es compatible con los Estados compuestos, pero es innegable que la aplicación y la eficacia de las facultades de excepción frente a determinadas emergencias se hallan muy condicionadas por la distribución territorial del poder, lo que lastra política y jurídicamente la acción del Estado. En el plano político, la dinámica competitiva del sistema de partidos aboca a la utilización de las instancias territoriales como instrumentos de oposición al poder de excepción del gobierno central. La gestión de la pandemia ha sido campo idóneo para ello y ocasión para la emergencia de liderazgos a cuenta de fomentar las discrepancias territoriales sobre las medidas comunes a aplicar. Ello ha ocurrido en España

y en otros países de estructura compuesta, como Austria, Bélgica e incluso Alemania, donde la canciller Angela Merkel se ha visto obligada a reformar en sentido centralizador la regulación de la «situación epidémica de importancia nacional» introducida en marzo de 2020 en la *Infektionsschutzgesetz*. En el plano jurídico, la descentralización complica el ejercicio del titular del poder de excepción en aquellas materias en que las competencias ordinarias corresponden a los entes territoriales. El modelo de estado excepcional exige concentrar el poder horizontalmente en favor del ejecutivo, pero también verticalmente, lo que altera la gestión de las competencias asumidas por los territorios afectados.

La irrupción de la excepción requiere la adopción de medidas extraordinarias de manera inmediata y del modo más contundente posible. En estos casos, se activa una competencia latente muy cualificada del Estado que permite suspender *pro tempore* y en los términos de la declaración el régimen ordinario de gestión de competencias de las administraciones públicas. Cuando el apoderamiento extraordinario afecta a facultades que son competencia estatal, la necesaria concentración de las decisiones no supone alteración de poder territorial y no suscita conflicto alguno. Es lo que ocurre en los estados excepcionales de naturaleza militar en los que está en juego la soberanía, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional. Así sucede también en las graves crisis de orden público en aquellos Estados compuestos en que la seguridad pública es competencia estatal, sin perjuicio de la existencia de policías en algunos entes territoriales (*v.gr.* 149.1. 29.^a CE). O en las situaciones de paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, como el tránsito aéreo, que es competencia del Estado, razón por la cual la gestión del estado de alarma declarado en las torres de control de los aeropuertos españoles en diciembre de 2010 no afectó al funcionamiento ordinario del Estado autonómico. Pero cuando las facultades que se concentran corresponden a materias de la competencia de los entes territoriales, como es el caso de la protección civil o la gestión sanitaria, la eficacia del poder de excepción se resiente bajo cualquiera de los modelos que pretenda ejercerse. Así ha ocurrido en los estados de alarma declarados en España durante la crisis sanitaria de la COVID-19.

En el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus cuatro primeras prórrogas, la autoridad del Gobierno se concentró en los ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno (art. 4.2). En la quinta prórroga de dicho estado de alarma la autoridad se concentró aún más, de forma delegada, en el ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno y el principio, más bien retórico, de cooperación con las CCAA. Durante la vigencia de estas cinco prórrogas, las limitaciones de derechos y los deberes fueron idénticos en todo el territorio nacional, con independencia de la desigual incidencia de la pandemia. Y el presidente del Gobierno concentró bajo el llamado mando único la totalidad de las atribuciones y decisiones excepcionales con el apoyo de un reducido número de ministros. El problema es que, tras décadas de traspaso de competencias, el Gobierno y la Administración General del Estado carecían de las estructuras organizativas, los medios

y la experiencia para gestionar centralizadamente los aspectos esenciales de la crisis sanitaria, porque los responsables ordinarios de la salud pública eran los ejecutivos autonómicos. El Ministerio de Sanidad, con competencia sobre bases y coordinación general y sin personal, pasó a ser, de un día para otro, responsable de una gestión ingente, lo que obligó a flexibilizar el mando único mediante la interlocución con los responsables autonómicos. Esa interlocución se canalizó mediante la conferencia de presidentes y el consejo interterritorial del sistema nacional de salud, pero resultó insuficiente para lograr una eficaz coordinación entre el mando único y los ejecutivos autonómicos. Las reuniones de presidentes fueron meramente informativas de decisiones previamente adoptadas, y tanto las conferencias como el consejo interterritorial se convirtieron en escenario de enfrentamiento entre el ejecutivo central y algunas autoridades autonómicas.

Los problemas de gestión, el desgaste político y las presiones de algunas CCAA llevaron a adoptar un modelo de estado de alarma radicalmente distinto. La sexta y última prórroga del estado de alarma declarado en marzo, anticipó ese cambio, al delegar en los presidentes de las CCAA «la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada» (art. 6). Y el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, de declaración de un nuevo estado de alarma para hacer frente a la segunda ola de contagios y su larga prórroga de seis meses consolidaron dicho cambio de modelo, al delegarse la autoridad íntegramente en los presidentes de las CCAA y de las ciudades autónomas, quienes quedaron habilitados para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11 del Decreto de declaración (art. 2.2) y para modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en sus artículos 6, 7 y 8 (art. 10). El mando único se disgregó, así, en 19 mandos territoriales, lo que no está previsto en la LOAES y dificulta la obligada rendición de cuentas ante el Congreso de los Diputados. Lo más criticable, con todo, fue la falta de fijación de criterios claros en virtud de los cuales se podían limitar derechos y la discrecionalidad que se otorgó a los presidentes autonómicos para hacer efectivas, o no, dichas limitaciones en su ámbito de delegación. El Gobierno intentó impulsar el papel coordinador del consejo interterritorial, pero acabó generalizándose la gestión unilateral, lo que provocó una arbitraria segmentación territorial de las medidas restrictivas de derechos y la indeseable «balcanización» del estado de alarma. El balance no ha sido positivo y ha evidenciado las contradicciones existentes entre el derecho de excepción y la descentralización del poder. Y conocida la STC sobre el primer estado de alarma, es previsible que tanto la larga prórroga como la delegación de autoridad sean declaradas inconstitucionales.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

El derecho de excepción es el que debe adaptarse a la organización territorial que tenga el Estado en cada momento y una de las cuestiones que más me llaman

la atención es que la articulación legislativa de aquel derecho —la L.O. 4/1981— no haya sido modificada para ajustarla a un modelo que poco tiene que ver con el existente en el momento de su aprobación y eso se nota de manera especial cuando de lo que se trata es de hacer frente a situaciones de emergencia general relacionadas con materias que, en buena parte, son competencia de las Comunidades Autónomas, como las vinculadas con la atención sanitaria, si bien no todo se reduce a tomar decisiones en el ámbito de la salud. Esa adaptación si se ha ido produciendo, y no podría ser de otra manera, en lo que tiene que ver con la legislación sectorial de la salud, pues ha habido diversos cambios en la normativa estatal y un amplio desarrollo en el ámbito autonómico.

En una respuesta anterior comenté que las epidemias en las que pensó el legislador de 1981 quizá no tengan mucho que ver con la que padecemos ahora pero lo cierto es que la Ley Orgánica 4/1981 parece reducir la intervención de las autoridades autonómicas a los supuestos en los que la declaración del estado de alarma «afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad» y si antes se ha apuntado la inconsistencia que supuso, por mencionar un ejemplo bien conocido, que el Decreto 900/2020 no convirtiera en autoridad competente delegada a la Presidenta de la Comunidad de Madrid, con el mismo derecho de excepción el Decreto 926/2020 sí dispuso, en su artículo 2, que «en cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía».

Parece, pues, que hace falta mejorar la colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas para que lo que es una ventaja teórica —la existencia de un sistema territorialmente descentralizado— facilite en la práctica la eficacia del derecho de excepción cuando sea oportuno acudir a él y eso presupone cambios normativos en el derecho de excepción pero también un adecuado funcionamiento de los órganos de «cogobernanza» salvaguardando las competencias autonómicas y la de coordinación que corresponde al Estado.

7. *Desde el punto de vista del control ¿cómo valora las posibilidades de control judicial de las declaraciones de excepción y de las decisiones adoptadas en su marco?*

MANUEL ARAGÓN REYES

Nuestro Estado de Derecho tiene que ofrecer la seguridad de que la declaración de los estados de alarma y excepción, y sus prórrogas se adecúan a la CE y a la propia LO. Aquí ya no se trata del control parlamentario, que subsiste y puede ser eficaz (siempre que el propio parlamento no renuncie a él, como lamentablemente ha sucedido), pero que, ineludiblemente, queda en manos de la mayoría, sino del control jurisdiccional, único control objetivado cuyo ejercicio se basa en razones exclusivamente jurídicas.

Para que ese control jurisdiccional sea una realidad, fácilmente practicable y de eficaz resultado, y dado que los decretos de declaración y sus prórrogas son normas con fuerza de ley, la única vía para controlarlos, como el Estado de Derecho requiere, es mediante el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad o la autocuestión que el propio Tribunal Constitucional puede plantearse con ocasión de un recurso de amparo. Pero la larga resolución de esos procesos ante el Tribunal Constitucional resta eficacia a dicho control, lo que resulta inconciliable con la necesaria urgencia que debe tener ese control ante unas medidas tan graves como tan absolutamente excepcionales.

De ahí que, mediante reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional debiera establecerse, dentro del recurso de inconstitucionalidad, una vía especial, preferente y sumaria, para controlar los decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales que permitiese que, en muy poco tiempo desde la impugnación, el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia. Ello permitirá al TC ejercer un inmediato control de razonabilidad sobre la utilización del Derecho de excepción y sobre la modificación de competencias de los entes territoriales, y de proporcionalidad sobre las medidas que supongan una limitación o suspensión de derechos.

Conviene advertir que, pese al hecho de que sólo determinadas instancias públicas puedan acudir al Tribunal Constitucional para impugnar directamente la declaración o la prórroga de los estados de alarma o de excepción, los ciudadanos no quedan indefensos.

De un lado, porque el recurso de amparo siempre queda abierto, como hasta ahora, previa utilización de la vía judicial previa, para ser interpuesto por los particulares frente a cualquier medida, ya sea un acto o una norma sin fuerza de ley, adoptada por los poderes públicos que estimasen vulneradora de los derechos fundamentales susceptibles de amparo (que incluye la posibilidad de que el propio Tribunal se plantee la inconstitucionalidad de la Ley según el art. 55.2 LOTC). Es cierto que la vía del amparo, por ser subsidiaria a la judicial, puede no dar respuesta inmediata a dichas reclamaciones, pese a la potestad del Tribunal Constitucional de suspender el acto productor de la vulneración.

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

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

No obstante, el sistema de controles jurisdiccionales estaría más completo (protegiéndose mejor la Constitución y a la vez los derechos de los ciudadanos) si se introdujera un procedimiento especial, preferente y sumario en el recurso de inconstitucionalidad al que antes ya aludí. Durante las situaciones de emergencia previstas en el art. 116 CE el Estado de Derecho no desaparece, como tampoco el Estado democrático. Esa es una de las virtudes y exigencias de nuestro Derecho constitucional de excepción que es justo reconocer y consolidar.

RAÚL CANOSA USERA

El artículo 116 constitucional asegura el control jurisdiccional de la irrupción del derecho de excepción, pero, como resulta obvio, al igual que acontece cuando se trata del derecho de la normalidad, los tribunales verifican el sometimiento de las administraciones a la legalidad. Tales obviedades merecen ser recordadas a la luz de lo acontecido que ha supuesto incluso en ciertas situaciones una inversión del control. En efecto, al margen de la ingente litigiosidad que se ha venido generando en todos los órdenes jurisdiccionales, muy llamativa ha sido la introducción de un control judicial previo —ratificación antes de la entrada en vigor— de las medidas que las administraciones sanitarias pretendan adoptar (según prevé el artículo 10.8 LRJCA, tras su modificación mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre). Como se ha destacado, tal cosa implica una cuanto menos pintoresca incidencia en la división de poderes en la medida en la que, contrastando en apariencia con el artículo 117.4 CE, se acaba transformando la función judicial que no se limitaría en estos casos a controlar la adopción por los ejecutivos autonómicos de las medidas consentidas por la ley, sino a autorizarlas previamente. En efecto, lo que sucede es que los jueces han acabado administrando un control previo dando o no el viático a las decisiones de las autoridades sanitarias autonómicas. Y esta situación ha sido reforzada con la adopción de otro decreto ley, el 8/2021 de 4 de mayo, que, entre otras cosas, encomienda al Tribunal Supremo, por vía de casación, el control de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia relativos a las medidas adoptadas por los gobiernos autonómicos que limiten derechos en relación con la pandemia. Este sistema que suscitó muchas críticas, y contra el cual el TSJ de Aragón planteó cuestión de inconstitucionalidad, tiene al menos la ventaja de dar ocasión a la unificación por medio de los pronunciamientos del Tribunal Supremo cuando los Tribunales Superiores de Justicia divergen como ha acontecido.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en varias ocasiones por esta vía advirtiendo que cada pleito que se resuelve atiende a circunstancias propias y que al más alto Tribunal le corresponde apreciar si el juicio de ratificación del TSJ (en el primero de sus pronunciamientos, el relativo a Canarias en el que el TS aprovecha para sentar las bases de futuras decisiones) agotó las comprobaciones que el TS detalla y que, todas juntas, conformarían un juicio de proporcionalidad. En

casación, el TS revisaría la corrección del proceder del TSJ y para comenzar el TS advierte que la cobertura legal de las medidas adoptadas se encuentra señaladamente en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, junto con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011. En otras palabras, la ratificación, como subraya el TS, no suple la imprescindible habilitación legal. Y, como también resalta, la administración ha de justificar la proporcionalidad de la medida que pretende adoptar.

Al inadmitir otro recurso de casación, el TS advierte que sólo el Fiscal y la Administración autora de la medida en cuestión pueden recurrir en casación. Sin embargo, el TS recuerda lo obvio: que la ratificación de las medidas no impide a los afectados recurrir las disposiciones o actos que de ellas se deriven, dado que la resolución judicial de ratificación «se limita a controlar los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y al examen preliminar de su proporcionalidad».

En definitiva, la falta de una más precisa legislación, mas la controvertida intervención judicial ratificadora, controlada en última instancia por el TS, han acabado conformado una bizarra respuesta a la pandemia. Acaso debería haberse modificado la Ley Orgánica 3/1986, como ya hemos señalado que sugiere el Consejo de Estado, para permitir una reacción tanto desde el Gobierno central como desde las Comunidades Autónomas con una cobertura más precisa de las limitaciones de derechos, permitiendo un control judicial posterior (de la adopción de las medidas y de su aplicación). La imprecisión del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, aunque no priva a las Administraciones de la mínima cobertura indispensable (como ha aceptado el Tribunal Supremo que no ha planteado cuestión de inconstitucionalidad), sí complica la participación judicial en el proceso de adopción de las medidas mediante la ratificación y a través de un escrupuloso juicio de proporcionalidad que colmara la indeterminación normativa. Con todo, la prudencia del TS y el no excesivo número de casaciones que se están presentado ha permitido conllevar la situación.

Sin embargo, con una legislación más precisa el estado de alarma quedaría así no tanto como alternativa a disposición del Gobierno central, sino como instrumento idóneo para que éste lo utilizara cuando se necesitase centralizar, asumiendo temporalmente la dirección o gestión de las competencias autonómicas, o fuera precisa la imposición de medidas limitadoras de derechos que carecieran de cobertura en el derecho de la normalidad; podría ser el caso del confinamiento estricto que, dependiendo del próximo pronunciamiento del TC, acaso exigiese la declaración del estado de excepción.

ANA CARMONA CONTRERAS

En relación con la fiscalización jurisdiccional de la excepción existen dos planos diversos, pero relacionados que discurren de forma paralela: Por una parte, se

encuentra el control realizado sobre el marco regulador que activa cada concreto estado y, por otra, el que tiene por objeto la normativa emanada sobre la base de las habilitaciones establecidas por aquél, así como de sus actos de aplicación en la práctica. En el primer supuesto, el órgano competente para la tarea referida es el Tribunal Constitucional, mientras que en, el segundo, nos ubicamos en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con respecto a las normas que activan los estados excepcionales, la jurisprudencia constitucional surgida al hilo de la primera de las ocasiones en que fue declarado el estado de alarma (ATC 7/2012 y STC 83/2016) se erige, a la espera de que el TC se pronuncie sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra los Reales Decretos 463/2020 y 956/2020, en referente imprescindible para valorar el perímetro de acción dentro del que se desenvuelve el control realizado. Desde tal perspectiva, la primera idea a remarcar es que tanto el decreto de declaración del estado de alarma como el que determina su prórroga, así como los relativos a los de excepción y de sitio, gozan de rango, fuerza y valor de ley. En el sistema de fuentes del derecho de excepción, la norma que crea y mantiene cada concreto estado incorpora una dimensión legislativa que no es sino consecuencia inmediata de las disposiciones a su alcance. Entre las mismas, destacan especialmente las referidas a la limitación o suspensión de derechos fundamentales (ésta última, sólo accesible para los estados de excepción y sitio, no de alarma) que, por imperativo constitucional, requieren la intervención del legislador parlamentario. El supuesto del decreto que declara inicialmente el estado de alarma contando únicamente con la voluntad del Ejecutivo —y que puede estar en vigor durante un plazo máximo de 15 días— nos sitúa ante un marco regulador *desparlamentarizado*, puesto que ve la luz y define su radio de actuación al margen del Congreso. Y, sin embargo, como ha declarado el TC también a éste se atribuye eficacia legislativa. Nos hallamos, por lo tanto, ante un caso en el que el Ejecutivo actúa como legislador por voluntad constitucional, quedando sus facultades dispositivas no sólo circunscritas temporalmente, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 116.2, sino también limitadas en términos materiales en función de las previsiones contenidas en la LO 4/1981.

Otra idea a subrayar en torno al control que desarrolla el TC sobre el marco regulador de los estados excepcionales se refiere al parámetro normativo utilizado, enfatizando especialmente la naturaleza compleja que se predica del mismo. En efecto, las previsiones constitucionales actúan, como no puede ser de otra forma, en canon valorativo inmediato. Ahora bien, dada la remisión que el artículo 116.1 formula a favor de la ley orgánica para regular los tres estados contemplados, así como «las competencias y limitaciones correspondientes», resulta indudable que dicha normativa se inserta en el bloque de la constitucionalidad y, como tal, ha de ser utilizada por el TC en el ejercicio de su tarea. Consecuentemente, el Alto Tribunal no podrá ignorar la correspondencia legal existente entre las circunstancias fácticas definidoras de cada estado excepcional y las medidas que han sido adoptadas para afrontarlos, quedando constreñido a verificar tanto

la existencia de la imprescindible conexión de sentido entre ambos vectores, como el respeto de las exigencias genéricas definidas por el artículo 1.2 de la LO 4/1981 y las específicamente establecidas para cada emergencia.

Por lo que se refiere a la normativa infralegal que desarrolla, sobre la base de la correspondiente habilitación normativa, lo previsto en cada concreto marco regulador de la excepcionalidad, así como a sus actos de aplicación, nos limitamos a recordar que su control se enmarca en la previsión general contenida en el artículo 116.6 CE, en donde se prevé que «la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes». Una disposición que, por lo demás, no hace sino aplicar al derecho de excepción la norma relativa al control que ejercen los tribunales sobre «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (artículo 106.1 CE).

PEDRO CRUZ VILLALÓN

El control judicial de las declaraciones de excepción y de las decisiones adoptadas en su marco es hoy un hecho comúnmente admitido entre nosotros y en primer lugar por nuestro Tribunal Constitucional. No es algo que hace cuarenta años se considerase evidente. Otra cosa es que no figurase negro sobre blanco en la legislación correspondiente. En concreto, el legislador orgánico todavía está a tiempo de introducir claridad en la materia, me refiero en lo relativo a la competencia jurisdiccional del juez constitucional en esta materia, sin necesidad de recurrir a construcciones jurisprudenciales.

Dicho esto, «posibilidades» es una palabra temible que apunta de nuevo a la vocación de esta revista, la de no perder de vista la realidad constitucional. En efecto, ¿qué posibilidades, y podemos añadir el adjetivo «reales», existen de un control judicial efectivo de estas declaraciones y decisiones subsiguientes? Esto es tanto como preguntarse por la justicia cautelar en la materia, dado que al juez, en este caso constitucional, no se le puede exigir una inmediata respuesta definitiva. Ahora bien, mientras este control se asimile en términos de competencia jurisdiccional al control de la ley parlamentaria, y dado el estado de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia constante al respecto, la suspensión cautelar de estas declaraciones está descartada. Con independencia de ello, y sin necesidad de exigir tanto, el problema se agrava por los ritmos decisionales de nuestra justicia constitucional, sobre los que no es necesario añadir aquí comentario alguno.

Esto sentado, y en sentido opuesto, es esta una materia en la que conviene mucho huir de juicios precipitados. No está ni mucho menos claro que la justicia constitucional sea la panacea en materias en las que el juicio de los responsables políticos y muy en particular el criterio de la representación nacional tiene un notable protagonismo. Lo hemos visto con la experiencia de la coerción estatal

declarada en 2017 y el control de constitucionalidad subsiguiente. Por ser más claro: Para corregir, en casos como estos, la apreciación de la representación nacional por medio de una resolución judicial se requiere, no simplemente un juez constitucional, lo que ya es de por sí no poco decir, sino un juez constitucional al que se otorga un excepcional grado de reconocimiento, lo cual no está al alcance de todos los órganos jurisdiccionales de esta especie. Desde este punto de vista, es posible que una justicia constitucional de efecto retardado sea una conducta dictada por la prudencia.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Son posibles en el marco de los límites que fija la propia «legalidad» extraordinaria de la alarma que sustituye la legalidad ordinaria por «medidas» que no son aplicación de la legislación ordinaria (o resoluciones dictadas en su aplicación), sino que configuran su propia legalidad. Conforme a ella los tribunales pueden ejercer su control si bien solo tiene sentido cuando afecte a personas individualizables; más problemática cuando se refiera a medidas de carácter general. En cuanto a la autorización y ratificación de medidas administrativas del artículo 10.8 de la LJCA es contraria a la división de poderes en cuanto referida a medidas de carácter general desconectadas del ejercicio concreto de personas determinadas sin perjuicio del control de fondo incluso en sede cautelar.

Bajo el estado de excepción o sitio la suspensión misma de garantías hace infinitamente más difícil el control judicial de la proporcionalidad y adecuación.

CARLOS GARRIDO LÓPEZ

Los reglamentos y los actos administrativos de excepción presentan singularidades al alterarse el reparto de competencias y ensancharse el ámbito de la discrecionalidad. La potestad reglamentaria no se libera, sin embargo, del límite de la reserva de ley ni del respeto al régimen jurídico contenido en la declaración del estado, por lo que su ejercicio queda sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y a dicha jurisdicción corresponde, asimismo, la fiscalización de los actos de necesidad del Gobierno y sus agentes, así como la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Bajo los estados excepcionales sigue siendo posible recabar la tutela de los derechos fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios. Y agotada la vía judicial, los ciudadanos aún pueden acudir en amparo de sus derechos ante el Tribunal Constitucional alegando la especial transcendencia constitucional del recurso.

Más problemas suscita el control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales. Debido al alcance político de dichas decisiones,

la mayoría de países guardan silencio sobre la cuestión. En ciertos ordenamientos, el control está previsto, pero sólo por razones de forma. Y sólo los ordenamientos constitucionales más avanzados garantizan el pleno control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas. En España, dicho control no fue previsto ni constitucional, ni legalmente. Y la doctrina ha discrepado tanto de su viabilidad como del órgano jurisdiccional competente debido a la diversa formalización jurídica de esas decisiones y al diverso procedimiento de adopción según se trate de la declaración de alarma, que decreta directamente el Gobierno; de la prórroga del estado de alarma y de la declaración y prórroga del estado de excepción, que decreta el Gobierno previa autorización del Congreso; y de la declaración y prórroga del estado de sitio, que realiza el Congreso. Atendiendo a su condición formal de decretos, alguna doctrina defendió que las declaraciones y prórrogas de los estados de alarma y de excepción eran disposiciones reglamentarias y su revisión debía atribuirse a la jurisdicción contencioso-administrativa. Otra doctrina consideró factible el control contencioso-administrativo de los decretos de declaración de alarma, pero no de los decretos de prórroga, ni de los decretos de declaración y prórroga del estado de excepción, porque al ser autorizados por el Congreso de los Diputados no podían ser reglamentos. Y algunos autores, teniendo en cuenta los efectos de estas decisiones sobre ciertas leyes que suspenden o excepcionan, consideraron que las declaraciones y prórrogas de los tres estados tenían fuerza de ley y su control debía residenciarse ante la jurisdicción constitucional.

El problema trascendió el plano teórico tras la declaración y la prórroga del estado de alarma de 2010, cuyos decretos fueron impugnados por los controladores aéreos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los recursos fueron inadmitidos porque, al autorizarse la prórroga en los mismos términos que la declaración, el Tribunal Supremo consideró que tanto el decreto de prórroga como el decreto de declaración adquirieron naturaleza y carácter parlamentarios, lo que hacía inviable su revisión por el orden contencioso-administrativo (por todos, AATS 857/2011 y 2985/2011). La inadmisión fue recurrida en amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva y porque, según los recurrentes, la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma no podía modificar la naturaleza reglamentaria del decreto de declaración. El Pleno del Tribunal Constitucional declaró, sin embargo, que la causa de la falta de jurisdicción no era la autorización parlamentaria, como sostuvo el Supremo, sino la fuerza y el valor de ley que, debido a sus efectos, tienen los decretos de declaración y de prórroga de los estados excepcionales. Y ello porque, a juicio del TC, dichos decretos no se limitan a declarar o prorrogar el estado correspondiente, sino que configuran su régimen jurídico desplazando la legalidad ordinaria en la medida en que vienen a excepcionar, modificar o condicionar durante el estado de alarma determinadas leyes o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación suspenden o desplazan (STC 83/2016, FFJJ 10 y 11).

Pese a este pronunciamiento, la cuestión no quedó zanjada. Como la STC 83/2016 se dictó en amparo y carecía de los efectos generales y vinculantes de las

sentencias de inconstitucionalidad, alguna doctrina siguió defendiendo la naturaleza reglamentaria de los decretos de declaración y prórroga. Y, cuando se declaró el estado de alarma en la primavera de 2020, varios ciudadanos recurrieron de nuevo los decretos de declaración y prórroga ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta ocasión, el Tribunal Supremo también rechazó los recursos, pero no lo hizo asumiendo los argumentos del TC, a los que en los AATS 2478/2020 y 2508/2020 declaró no sentirse vinculado, sino aduciendo nuevamente la autorización parlamentaria de la prórroga como causa de su falta de jurisdicción. Y extrayendo consecuencias de esta tesis, atribuyó a los decretos de declaración del estado de alarma dos naturalezas alternativas: la de actos con fuerza de ley si se solicita su prórroga y es autorizada, en cuyo caso su control corresponde a la justicia constitucional, o la de reglamentos si no se solicita la prórroga o no es autorizada, correspondiendo en ese caso su revisión a la jurisdicción ordinaria. En suma, admitió dos posibles naturalezas y jurisdicciones revisoras para un mismo acto.

Con considerable retraso, el TC ha cerrado definitivamente este debate. En la STC 148/2021 ha ratificado, ahora con alcance general y eficacia *erga omnes*, su doctrina sobre la fuerza y el valor de ley de estas decisiones excepcionales y sobre la atribución de su control *en todo caso* a la jurisdicción constitucional (FJ 2). Resuelta la cuestión, el TC ha estimado parcialmente el recurso contra varios preceptos del Real Decreto 463/2020, precisando los límites del estado de alarma y delimitando el alcance que, a su juicio, cabe conferir a los principios de necesidad y proporcionalidad en la aplicación del derecho de excepción. Y no será la única ocasión para controlar al titular del poder de excepción, porque, al ser también recurridas la declaración del estado de alarma de 25 de octubre de 2020 y su prórroga, el TC se pronunciará sobre la delegación de autoridad en los presidentes autonómicos, la habilitación que se concedió para determinar las limitaciones y su larga prórroga parlamentaria.

De *lege ferenda*, debería garantizarse, además, que el control de constitucionalidad de la excepción fuera tempestivo. El Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció sobre la constitucionalidad de determinadas medidas restrictivas de derechos el 7 de abril de 2020; el Consejo Constitucional francés, el 11 de mayo de 2020; el Tribunal Constitucional austriaco, el 21 de julio de 2020. En España, el TC ha tardado más de un año en responder. Coincido, por ello, con alguna doctrina en que el legislador debería instituir un recurso sumario y urgente contra las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales, cuya resolución en perentorio plazo sería coherente con la naturaleza del derecho de excepción y no tendría por qué impedir una posterior revisión a resultados de la interposición de un recurso ordinario de inconstitucionalidad o del planteamiento de una cuestión por motivos que no hubieran sido examinados. Dicha vía urgente evitaría la inseguridad derivada de las resoluciones extemporáneas, corresponsabilizaría al intérprete al tener que decidir en plena crisis (no *ex post facto*) y reduciría las plusvalías del titular del poder de excepción.

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Otra de las, a mi juicio, «disfunciones» prácticas del estado de alarma como instrumento para garantizar determinados derechos fundamentales tiene que ver con el control jurisdiccional del Decreto que acuerda tal estado y de sus eventuales prórrogas. Como ya se ha dicho, el primer estado de alarma en España se implantó por medio del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que fue impugnado jurisdiccionalmente: si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante Decreto del Consejo de Ministros no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio TS con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre 2011 y 2012 ese Tribunal estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE. Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional (TC), primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley.

Y esta doctrina fue acogida de nuevo, en su Auto de 4 de mayo de 2020, por el TS al resolver el recurso en el que, en forma directa, «se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como —en lo que se denomina ampliación— el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez».

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que «la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley», como declaró el mismo al considerar que «aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade,

Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles» (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración «argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas.

Al margen de otras cuestiones que ahora no viene al caso comentar, el control en exclusiva de estos Decretos por el TC no tendría que ser, en principio, especialmente problemático si dicho Tribunal diera una respuesta relativamente rápida a una cuestión tan relevante como es resolver si las limitaciones de derechos fundamentales establecidas durante un estado de alarma son compatibles, o no, con la CE. Pero lo cierto es que tal respuesta rápida no ha existido en relación con los recursos de inconstitucionalidad presentados contra los Decretos 463/2020 y 926/2020.

Por lo que respecta al control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en aplicación de la legislación especial en materia sanitaria se aprobó una reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) a través de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que supuso, entre otras cosas, la atribución a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ de la competencia para «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la

salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente» y a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de la misma competencia cuando se trate de medidas aprobadas por las autoridades sanitarias estatales.

No está claro, a nuestro juicio, cuáles son los derechos fundamentales cuyo posible sacrificio han de ser vigilado por los tribunales y nos parece, asimismo, discutible que sea oportuna esa intervención judicial con carácter previo a la vigencia de las medidas, lo que parece convertir a los tribunales en órganos «conormadores». A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad sobre el nuevo artículo 10.8 de la Ley jurisdiccional, admitida a trámite pero no resuelta, al concluir estas líneas, por el Tribunal Constitucional.

Y por si la situación no fuera ya muy compleja, se reformó de nuevo la LJCA a través del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre; ahora, los autos denegatorios de autorización o ratificación de medidas sanitarias dictados por los TSJ o la Audiencia Nacional son susceptibles de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que suscita no pocos reparos si lo que se pretende someter a casación es un auto que deniega la autorización o ratificación de las medidas sanitarias por considerarlas faltas de proporcionalidad, pues en tales casos el Supremo no se pronunciaría sobre la interpretación o el alcance de una concreta norma. Podría pensarse, en definitiva, que el legislador ha tratado de colmar algunas de las lagunas existentes en la normativa sustancial (L.O. 3/1986) introduciendo cambios en la legislación procesal (LJCA), remedio que no parece ni el más eficaz ni el más indicado.

Por todo ello, consideramos necesario que cuando se recupere cierto «estado de normalidad» tenga lugar una intensa reflexión política, social y jurídica sobre la mejor forma de responder a los riesgos inherentes a esta sociedad «catastrófica» en la que ya vivimos. Y el derecho de la excepción en sentido amplio no solo no debe sustraerse a esa discusión sino que tendría que estar en el centro del debate mismo pues, como se proclama en el Preámbulo de la Constitución española, de lo que se trata es de «establecer una sociedad democrática avanzada».

TITLE: *Academic survey about state of emergency*

ABSTRACT: *In this academic survey a group of Constitutional Law Professors answer some questions about the state of emergency, its justification, aim, limits and guaranties; and on behalf of the Spanish state of emergency, about its constitutional regulation, the development through the LO 4/1981 and its practical application.*

RESUMEN: *En esta encuesta un grupo de profesores de Derecho Constitucional contestan un conjunto de preguntas sobre el derecho de excepción, su razón de ser, objetivo, límites y garantías. Y en relación con el derecho de excepción español, sobre las previsiones constitucionales al respecto, su desarrollo a través de la LO 4/1981 y su aplicación práctica.*

KEY WORDS: *law of exception, state of emergency, LO 4/1981 about state of emergency in Spain.*

PALABRAS CLAVE: *derecho de excepción, LO 4/1981 de estados excepcionales, Estados de alarma, excepción y sitio.*

