

ESTADO DE ALARMA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS *.

di Marc Carrillo **

Sommario. 1. Introducción: el estado de alarma como derecho de excepción en la crisis sanitaria. – 2. El estado de alarma en el ordenamiento jurídico español y el debate sobre su aplicación tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. – 3. El estado de alarma en el contexto del Estado descentralizado: las competencias de las Comunidades Autónomas. – 4. El Tribunal Constitucional y el estado de alarma: La STC 148/2021, de 14 de julio. Una sentencia desafortunada que ignora principios fundamentales de la posición institucional de la Jurisdicción constitucional en el Estado democrático.

98

1. Introducción: el estado de alarma como derecho de excepción en la crisis sanitaria.

La pandemia generada por la COVID-19 ha supuesto un reto para los Estados democráticos: ante una situación de excepcionalidad sanitaria a la que ineludiblemente había que hacer frente con premura para garantizar el objetivo prioritario de la salud colectiva y el interés general de la población, ¿cuál había de ser la respuesta desde el Derecho de las instituciones públicas?; ¿los institutos constitucionales vigentes han sido suficientes para abordar la situación, sin mengua de los fundamentos que constituyen las señas de identidad del Estado de derecho?

Porque, en efecto, uno de los riesgos que puede comportar el recurso a las medidas de excepción es que en el camino que conduce a su aplicación, desarrollo y posterior levantamiento, puedan resultar malparados algunos de los pilares del Estado de derecho, como la división de poderes, y las garantías de los derechos y libertades. El reto al que el Estado democrático se enfrenta cuando se ve en la tesitura de acudir a medidas de excepción lo expresó de forma lúcida el profesor Pérez Serrano (N. Pérez Serrano, 1984: 418), cuando al tratar de forma general la suspensión de garantías afirmaba que “[...] es una situación jurídica excepcional, porque con arreglo a Derecho se entra en ella, con

* *Sometido a revisión.*

** Catedrático de Derecho Constitucional – Universidad Pompeu Fabra.

arreglo a Derecho se actúa durante ella y con arreglo a Derecho se liquidan sus consecuencias después de ella [...]”, subrayando de esta manera que la aplicación de las instituciones jurídicas de excepción han de preservar, entre otros deberes, el cumplimiento de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, frente a la tentación de operar por la vía de hecho a la que una emergencia puede incitar a caer a los responsables públicos. Por ello -añadía- la situación de excepción no exime de la exigencia de “[...] responsabilidad a los órganos que se hubiesen extralimitado”. En consecuencia, la atenuación o la suspensión de garantías constituye “[...] una fórmula de Derecho, excepcional, extraordinaria, pero que en ningún momento pierde la nota jurídica, siquiera la inevitable espera de libertad discrecional que al Poder público confiere y reconoce pueda en la práctica dar pie a manifestaciones jurídicamente enjuiciables [...]” (N. Pérez Serrano, 1984: 418).

En las páginas que siguen se examinarán algunos aspectos de relevancia jurídica relativos a la situación creada por la pandemia. En especial el marco constitucional español del estado de alarma, en tanto que modalidad específica de Derecho de excepción previsto en la Constitución (art. 116.2 CE), como soporte jurídico a las medidas tomadas y la incidencia que su aplicación ha tenido sobre el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estados y las Comunidades Autónomas (CCAA).

2. El estado de alarma en el ordenamiento jurídico español y el debate sobre su aplicación tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El Derecho de excepción está regulado en la Constitución (artículos 55.1 y 116 CE) y su régimen jurídico ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. Por tanto, esta circunstancia normativa significa que las diversas situaciones emergencia no constituyen un orden alternativo al sistema constitucional. A diferencia de la clásica propuesta de Carl Schmitt, la emergencia constitucional no comporta un desplazamiento de la soberanía en el poder público que declara la situación de excepción (C. Schmitt, 2009:19). Por tanto, es la Constitución y no un poder alternativo quien legitima la emergencia constitucional.

El estado de alarma está previsto para afrontar situaciones como los desastres naturales o las crisis sanitarias; el estado de excepción está concebido para resolver situaciones de graves alteraciones del orden público y la seguridad ciudadana, por razones de orden político, mientras que el estado de sitio constituye un nivel superior de gravedad a los anteriores, a fin de abordar crisis políticas en las que la unidad, la integridad o la seguridad del Estado están en riesgo. A diferencia de los estados de excepción y sitio, que comportan la suspensión de algunos derechos fundamentales, el estado de alarma sólo permite restricciones o limitaciones a su ejercicio, pero no la suspensión.

La nueva aplicación del estado de alarma en España, ahora con motivo de la pandemia de la COVID-19 ha generado un cierto debate jurídico y también en esferas del personal político, acerca de si las medidas adoptadas en aplicación del estado de alarma podían haberse adoptado haciendo simplemente uso de la legislación ordinaria en materia de sanidad, en especial, la Ley Orgánica n. 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o, en un sentido opuesto, si aquellas eran en realidad más propias del estado de excepción.

La controversia era importante porque a diferencia del estado de excepción y, por supuesto, del estado de sitio, en el caso del estado de alarma ex artículo 55.1 CE no está contemplada la suspensión de derechos fundamentales, sino su limitación y condicionamiento en el ejercicio según sea el caso, tal como se deriva de la propia Constitución (art. 116.2) y, específicamente de la Ley Orgánica n. 4/1981 (art. 11).

Para abordar el alcance y los límites de los estados de alarma y excepción en tanto que modalidades del Derecho de excepción es preciso retener la atención en los debates parlamentarios que precedieron tanto al texto constitucional como los relativos a la deliberación y aprobación Ley Orgánica n. 4/1981, reguladora de los estados excepcionales.

De sendos debates parlamentarios cabe deducir una primera conclusión: los constituyentes y en coherencia también el propio legislador orgánico, distinguieron entre el estado de alarma y el estado de excepción, subrayando que el primero estaba previsto para situaciones propias de desastres naturales mientras que el segundo estaba esencialmente concebido para hacer frente a crisis de orden político. En ambos casos siempre que los poderes públicos no pudiesen hacer frente a la situación de emergencia creada mediante las atribuciones ordinarias previstas por el ordenamiento jurídico de régimen común.

En las Cortes constituyentes que -como es sabido- también ejercieron simultáneamente de

legislador ordinario, los debates acerca del régimen jurídico que debía adoptar el estado de alarma como una modalidad específica del Derecho de excepción no fueron precisamente de gran intensidad, lo que no impide poner de relieve que lo entonces debatido tuvo especial trascendencia para definir y a su vez delimitar su contenido y límites. Inicialmente, mediante una enmienda presentada en nombre del Grupo Parlamentario Comunista por el diputado Simón Sánchez Montero y defendida por el ponente constitucional Jordi Solé Tura en la Comisión Constitucional y de Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, se sostuvo la necesidad de la supresión de la previsión constitucional del estado de alarma (antiguo artículo 108.2 del Proyecto). Sus argumentos eran los siguientes: resultaba innecesario constitucionalizar el estado de alarma porque en el Proyecto no se explicaban las circunstancias excepcionales que lo podían motivar (se citaban como un ejemplo probable, situaciones propias de un cataclismo o de desastres naturales); pero para ese caso y otros similares, el Gobierno ya disponía de poderes suficientes para afrontar la situación; además, como el Proyecto nada decía sobre las causas que podían motivar la declaración de la alarma, su declaración podía servir para limitar derechos, sin decirlo. En suma, era evidente que en la voluntad de la enmienda comunista subyacía el temor a dar paso a una cláusula muy abierta que otorgase al Gobierno poderes especiales por cualquier motivo o razón, motivación que la experiencia reciente y entonces muy viva de la dictadura había acreditado con creces.

La enmienda fue rechazada con el argumento de que la regulación de los estados excepcionales debía prever uno que pudiese servir para afrontar situaciones de emergencia constitucional de menor relevancia. En este sentido, el también ponente constitucional Gabriel Cisneros Laborda (UCD) sostuvo la necesidad de mantener el supuesto del estado de alarma, ya que si éste se suprimía podía darse el caso, nada imprevisible, que una situación de poca entidad debiese ser afrontada mediante la declaración del estado de excepción cuyas consecuencias serían más gravosas para el ejercicio de las libertades, lo que resultaría paradójico con la finalidad perseguida por la enmienda de supresión. Por esta razón proponía adecuar la respuesta a la situación de excepcionalidad a la entidad del problema creado, ya que la casuística de la alarma podía ser muy diversa por lo que resultaba imposible tipificarla en la Constitución. La enmienda del grupo comunista fue rechazada, pero la lógica garantista que subyacía a su contenido incidió en los debates que en 1981 se dieron con ocasión de la deliberación y aprobación de la Ley Orgánica n. 4/1981, reguladora de los estados excepcionales.

Esta ley fue aprobada el primero de junio de 1981, poco menos de cuatro meses después del intento de golpe de estado del 23 de febrero de 1981, una circunstancia que, aparte de regular un aspecto tan decisivo de la Constitución como siempre es el Derecho de excepción tras dos años y medio de vigencia de la norma *normarum*, la rebelión militar contra el régimen constitucional exigía de manera urgente y específica el inmediato desarrollo orgánico de las previsiones contempladas en los artículos 55.1 y 116 de la Constitución, dado el práctico vacío normativo existente en el momento de la asonada protagonizada activamente por una parte del ejército.

De los debates habidos con motivo de la deliberación del proyecto de Ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio predominó, en relación al primero de ellos, la necesidad de precisar su contenido y límites. Se trataba de evitar que el estado de alarma, que no comportaba suspensión alguna de derechos fundamentales (art. 55.1 CE), la imprecisión o ambigüedad de su formulación legal pudiese conducir a institucionalizar un remedo de cláusula abierta a la discrecionalidad del Gobierno al afrontar situaciones de crisis. Por esta razón, de nuevo, el Grupo parlamentario comunista insistió a través de sus enmiendas en evitar que se diesen esas circunstancias. Así, ante una primera redacción del artículo 4 del actual artículo de la Ley Orgánica n. 4/1981 en la se definían las diversas alteraciones graves a la normalidad que podían dar lugar a la declaración del estado de alarma, expuestas a modo de ejemplo, utilizando la fórmula del adverbio «como» (que, por tanto, no excluía la existencia de otras no especificadas), el diputado y ponente constitucional Solé Tura propuso – esta vez, con éxito – en pro de la seguridad jurídica en la previsibilidad de los supuestos posibles de estado alarma, la supresión del citado adverbio. De tal forma que en la actualidad el estado de alarma puede ser declarado únicamente en los cuatro supuestos previstos en el artículo 4 y en ningún otros más.

Otra aportación del citado grupo parlamentario en la línea de precisar los supuestos del estado de alarma y de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales que dicho estado excepcional puede limitar pero no suspender, defendida en este caso por el diputado Nicolás Sartorius, incidió sobre una primera redacción del apartado *c)* del artículo 4, cuya formulación resultaba en exceso imprecisa de tal forma que podía permitir una neutralización en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. En efecto, en la redacción del artículo 4.*c)* del Proyecto resultante del dictamen aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados se reputaba como causa para la declaración del Estado de alarma la: «Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad,

cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución»: es decir, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de una huelga (art. 28.2 CE) o de conflicto colectivo promovido por empresarios o trabajadores (art. 38.2 CE).

La enmienda proponía la supresión del citado apartado *c)* dada la inseguridad que generaba para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales contemplados en ambos preceptos constitucionales. En su argumentación sostenía que la ley orgánica reguladora de los estados excepcionales no era la norma adecuada para el mantenimiento de los servicios esenciales, sino que lo había de ser una futura ley orgánica reguladora del derecho de huelga. La enmienda de supresión como tal no prosperó, pero sí que lo hizo una enmienda transaccional del mismo diputado que recogía su espíritu: se mantenía el redactado del apartado *c)*, pero con la adición del párrafo «[...] y concurra alguna de las demás circunstancias contenidas en este artículo». Con lo cual se aseguraba que el mero hecho de ejercer el derecho de huelga o cualquier otra medida de conflicto colectivo, individualmente considerados no fuesen, per se, una causa para declarar el estado de alarma.

De acuerdo, pues, con el sentido de la citada enmienda transaccional, el Gobierno no puede declarar el estado de alarma para hacer frente a situaciones de conflicto social si no se producen algunas de las causas tasadas en el artículo 4 de la Ley Orgánica n. 4/1981. Y más concretamente, en relación con las medidas de los apartados *c)* y *e)* del artículo 11 de esta ley que el Gobierno puede adoptar. Ambas no pueden ser entendidas como una “cláusula general” que permita impartir cualquier orden considerada como necesaria bajo el estado de alarma (P. Cruz Villalón, 1984: 78).

A los efectos del debate jurídico que se ha suscitado con motivo de declaración de este estado excepcional en relación con la COVID-19, en especial en los relativo al objeto de los estados de alarma y excepción respectivamente, conviene recuperar algunos de los pasajes del debate parlamentario relativo a la Ley Orgánica n. 4/1981 que permiten precisar cuál fue la voluntad del legislador al respecto. Así, no hay duda que el objeto del estado de alarma fue concebido, efectivamente, para hacer frente a desastres naturales, crisis sanitarias o circunstancias similares, mientras que el estado de excepción lo es para afrontar crisis de naturaleza política. En este sentido, en defensa de la enmienda citada el diputado Sartorius se remitía al debate constituyente con cita específica de la intervención del diputado y ponente constitucional Gabriel Cisneros para afirmar que “[...] con la figura del

estado de alarma estamos contemplando propiamente, más que situaciones de conflictividad política o social, eventos catastróficos, naturales [...]” (y citaba para ilustrar con algún ejemplo, el caso en 1976 del desastre medioambiental en la población italiana de Seveso, cercana a Milán). En el mismo sentido, el diputado Luis Apostúa (UCD) subrayaba que “[...] el estado de alarma no es un hecho político”.

Finalmente, pero más en el terreno de la incidencia de los estados excepcionales en la organización territorial del Estado, cabe destacar la enmienda presentada en el debate del proyecto en el Senado por el parlamentario Zabala Alcibar, del Grupo de Senadores Vascos) por la que se proponía que la Comunidad Autónoma fuese consultada “[...] únicamente cuando el estado de alarma afecta a una Comunidad Autónoma, no cuando afecta a dos o más Comunidades Autónomas”. La enmienda entraba razonablemente en la lógica que habría de presidir la colaboración en el marco de un Estado compuesto como el que prefiguraba la Constitución. No obstante, sería rechazada. A pesar de ello, el artículo 5 de la Ley Orgánica n. 4/1981 supuso un cierto cambio de rumbo dado que atribuyó capacidad de impulso a la Comunidad Autónoma en el supuesto siguiente: «Cuando los supuestos a que se refiere el anterior afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma». No era lo mismo, ciertamente, pero reconocía entidad a la Comunidad Autónoma para incitar al Gobierno del Estado a ejercer una competencia constitucional que únicamente a él le está atribuida.

Con los mimbres que aportan los, por otra parte, reducidos debates parlamentarios sobre el contenido y los límites del estado de alarma en el proceso constituyente y los habidos con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica n. 4/1981, se ha afrontado la segunda ocasión en la que ha tenido que ser declarado por el Gobierno. La primera lo fue, como se ha señalado, en diciembre de 2010 a causa de la huelga encubierta de los controladores aéreos. Pero ha sido en la segunda ocasión motivada por la descontrolada expansión mundial de la pandemia de la COVID-19 que los problemas de orden jurídico se han planteado con toda crudeza tras la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto n. 463/2020, de 14 de marzo, y las sucesivas seis prórrogas acordadas por el Congreso de los Diputados cada quince días hasta la pérdida de vigencia del estado de alarma a las cero horas del día 21 de junio de 2020.

La controversia jurídica ha girado alrededor de diversos temas que pueden ser resumidos en tres: la inicial consideración por parte de las autoridades representativas de algunas

Comunidades Autónomas (CCAA), aunque se mantuvo viva muy poco tiempo, que el estado de alarma suponía de hecho la aplicación de la coerción estatal ex artículo 155 CE sobre la capacidad de autogobierno de las Comunidades Autónomas. El segundo giró en torno a la idea según la cual las medidas contenidas en el Real Decreto n. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma eran constitucionalmente improcedentes, en especial las referidas a la libertad de circulación y residencia, razón por la cual en realidad se habría tenido que declarar el estado de excepción. Y finalmente, el tercero ha versado sobre la compleja distinción entre limitación y suspensión de derechos que se deriva según se declare el estado de alarma o el estado de excepción.

3. El estado de alarma en el contexto del Estado descentralizado: las competencias de las Comunidades Autónomas.

La declaración del estado de alarma es una de las manifestaciones del derecho excepcional que solo el Estado debería adoptar. Pero es necesario precisar que es una competencia que se proyecta sobre el un modelo de Estado compuesto, es decir políticamente descentralizado según lo dispuesto por la Constitución (art. 2 y título VIII) y los Estatutos Autonomía de las Comunidades autónomo (delante: CCAA).

Evidentemente, las medidas excepcionales que el Estado ha adoptado en aplicación de la ley estatal alerta para hacer ante la pandemia del COVID-19 han afectaba a las competencias de las CCAA. Entre otras, las competencias sobre sanidad, educación o seguridad pública.

De acuerdo con el sistema constitucional, las CCAA disponen de competencias normativa y gestión en salud y educación, siempre dentro del cuadro general establecido por la ley de bases del Estado. Sin embargo, la declaración estatal de alarma permite al Estado intervenir en estos ámbitos de competencia en cooperación con los gobiernos de las CCAA. En estas circunstancias Entonces el Estado puede asumir de una manera extraordinaria y provisional durante el período en el que rige la emergencia la competencia íntegra (F. Velasco Caballero, 2020: 80), es el único poder público constitucionalmente autorizado para la declaración del estado alarma.

Esta circunstancia no significa que el régimen de descentralización política establecido por la Constitución tener haya quedado suspendido hasta el retorno a la normalidad, sino

durante la situación de alarma el Estado interviene parcialmente sobre parte de las competencias de las CCAA, en el marco del principio de cooperación entre las diversas administraciones del Estado.

El Decreto n. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado alerta para la gestión de crisis sanitario ocasionada por el COVID-19, estableció que la autoridad competente para su aplicación era únicamente el gobierno del Estado bajo la dirección del Presidente del Gobierno y mediante delegación de atribuciones por los ministros de Defensa, Interior; Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y por el Ministro de Sanidad (art. 4). Sin embargo, esta delegación temporal no significa que las disposiciones y actos administrativos dictados por los gobiernos de las CCAA hayan perdido su eficacia jurídica. Solo en el supuesto de conflicto con las disposiciones del Estado, ésta últimas son aplicadas con preferencia en virtud del principio de prevalencia (art. 149.1.3 CE) (F. Velasco Caballero, 2020: 81).

Los actos del Gobierno están sujetos a control político del Parlamento y por el Tribunal Constitucional porque el decreto declarando el estado alerta según la jurisprudencia constitucional – STC 83/2016 –, tiene valor de ley. Asimismo, los actos aplicativos del Decreto son objeto de control por la jurisdicción ordinaria en el ámbito de los procesos contenciosos–administrativos.

El primer estado alerta estuvo vigente en el territorio español hasta el 21 de junio de 2020, fecha a partir de la cual las CCAA han recuperado la integridad de sus poderes. Ahora bien, las medidas adoptadas por los gobiernos regionales sobre sus respectivos territorios para hacer frente a la crisis sanitaria no podían implicar una limitación del ejercicio de los derechos fundamentales. Ello sólo es posible si se era el Estado el titular de la decisión de declarar la alerta salud declarando la situación.

La base legal para la adopción de estas medidas por parte de las CCAA la Ley Orgánica n. 3/1986, de 14 de abril, sobre medidas sanitarias especiales. Sin embargo, estas medidas afectan a personas específicas que puede estar directamente afectados por la enfermedad pero no al conjunto de la población. Es decir, si las medidas adoptadas son de carácter general y afectan los derechos fundamentales, será el Estado que será el único responsable de su adopción (T. De La Quadra Salcedo, 2020: 11). Si bien, puede ser instado a adoptarlas por el presidente de la comunidad autónoma afectada (art. 5 de la ley n. 4/1981).

Como decíamos anteriormente, el control de las medidas adoptadas por el gobierno estatal y gobiernos y regionales (por ejemplo, los confinamientos y la restricción de los

movimientos de población de determinados municipios), corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter preventivo. De acuerdo la Ley n. 29/1998, corresponde al juez administrativo la autorización o ratificación medidas que las autoridades sanitarias han adoptado para la preservación de la salud pública que impliquen la privación o restricción de la libertad o derecho fundamental.

La realidad práctica de la aplicación de estas medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas cuando el estado alerta ya no está en vigor ha planteado un problema legal: el alcance y los límites de las medidas que los gobiernos pueden adoptar en su territorio y, en particular cuando suponen una restricción o una limitación de derechos.

Este control previo ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En su STC Sentencia n. 70/2022, de 2 de junio de 2022 resolvió por mayoría una Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con el artículo 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, redactado por la disposición final segunda de la Ley n. 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. El Tribunal interpretó que la atribución de ese control preventivo vulneraba el principio de la división de poderes y declaró la nulidad del precepto legal que prevé la autorización o ratificación por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las medidas sanitarias para la protección de la salud pública, cuando los destinatarios no estén identificados.

4. El Tribunal Constitucional y el estado de alarma: La STC 148/2021, de 14 de julio. Una sentencia desafortunada que ignora principios fundamentales de la posición institucional de la Jurisdicción constitucional en el Estado democrático.

En esta sentencia, el Tribunal interpretó que el Decreto del Gobierno era inconstitucional porque dada la intensidad de las restricciones sobre los derechos fundamentales, lo procedente hubiese sido declarar el estado de excepción.

Sorprende sobremanera -hasta la perplejidad- que la muy reducida mayoría de Tribunal que ha interpretado que los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Rey Decreto n. 463/2020 son inconstitucionales, haya ignorado la voluntad de legislador constituyente que aprobó la

Constitución y la del legislador que aprobó la Ley Orgánica n. 4/1981, de 1 de junio. No se puede hacer abstracción del precedente constituyente y legislativo: Como se ha recordado anteriormente, en los debates parlamentarios de entonces quedó meridianamente claro (en intervenciones, entre otros, de los diputados y ponentes constitucionales Jordi Solé Tura [PCE/PSUC], y Gabriel Cisneros [UCD], además Luís Apostúa [UCD] y Nicolás Sartorius [PCE]) que con la institución del estado de alarma se estaban contemplando situaciones catastróficas, desastres naturales, calamidades públicas etc., y en ningún caso situaciones de conflictividad política y social. Los legisladores de entonces estaban pensando, y así lo citaban en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, en situaciones como el desastre medioambiental ocurrido en 1976 en Seveso, una población italiana cercana a Milán.

Como todo operador jurídico sabe, una de las reglas de interpretación jurídica – ciertamente, no la única – es el principio de deferencia al legislador que obliga a no obviar la voluntad de legislador expresada en los debates parlamentarios. En la Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica n. 4/1981, el acuerdo parlamentario para aprobar su contenido normativo fue muy amplio. No se trata con esta evocación de sublimar el valor hermenéutico del método de interpretación originalista, sino sólo de poner en relieve su importancia. En especial, cuando se pretende tergiversar con finalidades interpretativas instrumentales para la construcción argumental de una concreta resolución. Que es lo que ha llevado a cabo el Tribunal. Causa extrañeza que la exigua mayoría de Tribunal que ha apoyado esta decisión de inconstitucionalidad haya hecho abstracción de este criterio jurídico tan relevante.

Si hubiese sido valorado en sus justos términos el criterio señalado por el legislador constituyente y orgánico, la interpretación del caso planteado por el recurso de inconstitucionalidad no podía conducir a entender lo que ha sido y sigue siendo en estos momentos una crisis sanitaria. En ningún caso se ha tratado de un problema de orden público derivado de una crisis política que hiciera necesaria la suspensión temporal de libertades a través de declaración del estado de excepción, con la consiguiente exclusión temporal de las garantías constitucionales en los diversos órdenes jurídicos (procesal, penal, administrativo, etc.).

Como recordaba en los debates de la Ley Orgánica el diputado Luis Apostúa (UCD), “el estado de alarma no es un hecho político”. No lo es y por ello no concurren aquel tipo de circunstancias que alteren o impidan el funcionamiento de las instituciones representativas.

Por el contrario, la interpretación que introduce la mayoría del Tribunal en esta sentencia parte de entender que una crisis sanitaria puede dar lugar a la declaración del estado de excepción porque el grado de restricción previsto en el artículo 7 del Rey Decreto n. 463/2020 de la libertad de circulación (art. 19 CE) es tan intenso que conlleva, de facto, una suspensión de derechos fundamentales (FJ 11). Sin que, por otra parte, a pesar de adentrarse en ese dificultoso terreno dogmático no argumente con criterios objetivos qué entiende por limitación y suspensión de derechos.

Con este planteamiento el TC recupera la concepción del orden público que estableció la Ley de Orden Público n. 45/1959, de 30 de junio de la dictadura franquista, que incluyó «las calamidades, catástrofe o desgracia pública» como causa habilitante para la declaración del estado de excepción, como ha recordado con acierto Quadra Salcedo. Sin embargo, la gravedad de la crisis sanitaria no ha sido ni es un problema de orden público que deba comportar la suspensión de algunos derechos fundamentales. Es decir, al impedimento absoluto de su ejercicio. Lo que sí se ha producido, en grado e intensidad diversos, y en función de las circunstancias personales y generales del momento, ha sido una restricción y limitación de derechos a fin de preservar otros derechos que en la emergencia sanitaria resultaban de valor jurídico preeminente: la preservación de la salud colectiva y como consecuencia, del sistema público de salud. En ese contexto, la interpretación constitucional debía centrarse en determinar si en una coyuntura constitucional de Derecho de excepción en su modalidad de estado de alarma, las medidas de limitación de derechos adoptadas por el Gobierno en el Rey Decreto n. 463/2020 y sus modificaciones por las que dio cuenta al Congreso y éste, posteriormente, avaló sus sucesivas prórrogas, eran proporcionadas a fin de evitar la propagación del virus del Covid-19.

En relación con la versión instrumental de los precedentes evocada von anterioridad, es precisa subrayar que el Tribunal tergiversa el debate constituyente y legislativo de la Ley Orgánica n. 4/1981, al introducir lo que entiende como una interpretación "integradora" entre el objeto y los efectos del estado de alarma y el estado de excepción, dando a entender que entonces hubo desacuerdo entre los diputados constituyentes y de la ley orgánica, lo cual es rigurosamente incierto.

A partir de esta supuesta interpretación *integradora* el TC sostiene que la gravedad de circunstancias de hecho derivadas de la crisis sanitaria, que en principio podrían habilitar para la declaración del estado de alarma, pueden también permitir pasar al estado de

excepción (FJ 11), atendida la *intensidad* de la restricción de derechos. Pero con este planteamiento, el TC está suplantando al legislador constituyente y al legislador orgánico. ¿Por qué razón?

Para responder a este interrogante, una premisa ineludible con la que hay que contar ha de partir de la necesidad de poner de relieve que la Constitución no define que deba entenderse por estados de alarma, excepción y sitio. Y no tenía por qué hacerlo, si quería evitar el riesgo de constreñir la función legislativa del Parlamento para definir y, en su caso, revisar con mayor flexibilidad el objeto de las diversas modalidades del Derecho de excepción. Es decir, facilitarle un cierto margen de maniobra normativo acorde, en todo caso, con la voluntad del legislador constituyente. Lo que sí hizo, y ello es preceptivo en una norma constitucional, fue la de precisar sus efectos: la suspensión de algunos derechos fundamentales sólo es posible si se declaran los estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE), con lo cual el constituyente no dejaba de estar prefigurando, siquiera en términos genéricos, el contenido de las tres formas que pueden adoptar el Derecho de excepción en la Constitución española.

En la misma línea argumental el ponente constitucional Gabriel Cisneros (UCD) recordaba en 1977 que el mantenimiento de la figura del estado de alarma en la Constitución tenía todo el sentido del mundo porque de lo contrario, determinadas situaciones como las derivadas de los desastres naturales o de circunstancias similares, forzosamente obligarían a adoptar decisiones más gravosas para el ciudadano como suponía declarar el estado de excepción con la consiguiente y siempre traumática consecuencia de la suspensión de derechos fundamentales. Cuando ello, por la naturaleza del motivo (nunca una crisis política) resultaría absolutamente desproporcionado.

Sin embargo, ahora el TC se descuelga nada menos que con un obiter dictum en el que interpreta que, de hecho, la Ley Orgánica n. 4/1981 reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (el Derecho constitucional de excepción que diseña el art. 116 CE) viene a ser inconstitucional. En este sentido, afirma que «[...] Una medida de ese carácter [un medida legislativa que legitimara bajo la rúbrica de limitación de circulación de personas, art. 7.1 y 3 del RD 463/2020] nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esa libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad[...]“ [FJ 4 , a)]. Es decir, una ley como la Ley Orgánica n. 4/1981, que permite que con la cobertura del estado de alarma se puedan limitar/restringir libertades tan intensamente Y a además, el TC se permite sostener que sin perjuicio de esta

inconstitucionalidad apuntada, no habría obstáculo a lo que “de lo que pudiera disponer al respecto la legislación para hipótesis emergencias coyunturales [...]” (sic).

Con ello, ¿quiere decir el Tribunal que en este caso sí que se podrían restringir derechos de forma más intensa?. Por supuesto, esta eventualidad no sería posible al margen del estado de alarma. El TC parece dar carta de legitimidad constitucional a una futura *ley de pandemias* que es reclamada desde determinados sectores del arco parlamentario. Lo que de ser así constituiría un claro fraude constitucional.

A esta *singular* argumentación (se podría afirmar incluso que *burda*) el TC añade un otro razonamiento sencillamente inaceptable: al afirmar que con el apoyo del artículo 30.4 CE, relativo exclusiva y únicamente al deber de los ciudadanos en supuestos de riesgo, grave, catástrofes, calamidades públicas, la libertad de circulación se podría «llegar a redefinirse y contraerse – incluso sin dar lugar a un estado de alarma con arreglo a lo que el Tribunal llamó tempranamente los límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación de otros derechos (STC 5/1981, de 13 de febrero , FJ 7)» [FJ 5].

Este argumento es del todo punto improcedente. Los deberes de obligada prestación por parte del ciudadano que prescribe este precepto constitucional (que en otros apartados se refiere a los deberes militares y de prestación civil) nadan tienen que ver con una regulación de la limitación/ restricción de derechos con carácter general como consecuencia de la aplicación del estado de alarma.

La declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Rey Decreto n. 463/2020 la fundamenta en un parámetro de constitucionalidad muy indeterminado. Un parámetro que es tributario de una especie de *soft law* de improcedente aplicación. De hecho, habría de haber sido de aplicación imposible, si nos atenemos a criterios objetivos. Se trata de «la altísima intensidad» del contenido de la limitación de la libertad circulación (art. 19 CE) en expresión empleada por el Tribunal. Es un criterio que abre la puerta al más absoluto subjetivismo en su interpretación. Hasta el punto que lleva al TC a estimar la pretensión del grupo parlamentario recurrente al considerar que con la limitación de la libertad de circulación también se estaba vulnerando la libertad de elección de la propia residencia (art. 19 CE).

Asimismo, el razonamiento de la sentencia es profundamente incoherente con su propia argumentación: en su respuesta al petitum del especulador grupo parlamentario recurrente, de demandar también la declaración de inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por

el Rey Decreto n. 463/2020, relativas a las restricciones en el ámbito de la enseñanza respecto del derecho fundamental a la educación, o las referidas a práctica de los oficios religiosos en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, el TC después de aplicar el test de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad) concluye que en este caso las medidas restrictivas adoptadas eran proporcionadas a la finalidad perseguida. Sin embargo, y sin solución de continuidad, añade sin mayores argumentos que los antes expuestos y comentados, que las limitaciones a la libertad de circulación no lo eran.

Sobre los efectos: no deja de ser incoherente que, en la lógica de la resolución decisoria de la sentencia y sus efectos de nulidad, no puedan revisarse las sentencias con efectos de cosa juzgada y las resoluciones administrativas firmes cuando, como es el caso, el ciudadano afectado puede invocar la lesión de un derecho fundamental. Un bien jurídico de superior rango a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica que invoca la sentencia con remisión a la STCn. 45/1989.

Una sentencia como la aprobada por la exigua mayoría de magistrados que la han apoyado no sirve precisamente para crear una jurisprudencia sólida y con perspectivas de futuro, que ayude a establecer una doctrina estable y que procure seguridad jurídica, previsibilidad y certidumbre para el resto de instituciones de Estado y para los ciudadanos. En realidad, lo que produce es a todo lo contrario. Por ejemplo, si en el futuro se produce unas inundaciones de las dimensiones como las que en la actualidad se han producido en Alemania, ¿habría que declarar el estado de excepción?; esto es, con la posibilidad de detener a personas, censurar medios de comunicación, etc.

Referencias bibliográficas

V. Valvárez García (2020), *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, pp. 5-19

M. Aragón Reyes (2020), *Hay que tomarse la Constitución en serio*, en *El País*, 11/4/2020.

A. Arroyo Gil (2020), *¿Estado de alarma sin control?*, en <https://agendapublica.es/estado->

de-alarma-sin-control/

J. Barcelona Llop (1995), *Orden Público (Dº Administrativo)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Ed. Civitas, Madrid, pp. 560-4635

J. Barnés Vazquez (2020), *Un falso dilema*, en *El País*, 14/08/2020

C. Bernal Pulido (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC

M. Carrillo (2020), *Impact constitutionnel sur l'État de droit des mesures adoptées en Espagne*, en <https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/>

Constitución Española (1980), *Trabajos Parlamentarios*, Vol. II, Madrid, Cortes Generales

L. Cotino Hueso (2020), *Los Derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 86-87, Madrid, pp. 86-99

P. Cruz Villalón (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos

P. Cruz Villalón (2020), *La Constitución bajo el estado de alarma*. en *El País*, 17/4/2020, p. 9

T. De La Quadra-Salcedo (2020), (I), *Estado de alarma y lealtad*, en *El País*, 17/3/2020, p. 9

T. De La Quadra-Salcedo (2020), (II), *Límite y restricción, no suspensión*, en *El País*, 8/4/2020, p. 9

T. De La Quadra-Salcedo (2020), (III), *La aversión europea al estado de excepción*, en *El País*, 28/4/2020, p. 9

T. De La Quadra-Salcedo (2020), (IV), *Rompiendo el espejo*, en *El País*, 14 /9/2020, p. 11

E. García De Enterría (1983). *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, en *Cuadernos Civitas*, Madrid.

S. Muñoz Machado (2020), *La Constitución, la peste y la economía*, en *El País*, 27/4/2020, p. 11

N. Pérez Serrano (1984), *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed., Madrid, Civitas

M.A. Presno Linera (2020), *Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus*, en <https://the.conversation.com/>, 26/3/2020

A. Ruiz Robledo (2020), *El Parlamento difuminado*, en *El País*, 1/9/2020

C. Schmitt (2009), *Teología política*, Madrid, Trotta

J. Urías (2020), *Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión*, en <https://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/>, 14/4/2020

F. Velasco Caballero, (2020), *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, pp. 76-85

Abstract: La respuesta jurídica que ha dado el Gobierno al reto de la pandemia del COVID 19 ha sido coherente con el carácter descentralizado del Estado que marca la Constitución de 1978. A pesar de la situación de excepcionalidad que ha permitido al Estado centralizar sus competencias en materia sanitaria, las Comunidades Autónomas han podido ejercer sus facultades de gestión. Desde otra perspectiva, la sentencia de constitucionalidad del Tribunal Constitucional sobre la adopción del estado de alarma ignoró dos principios hermenéuticos esenciales en la interpretación constitucional: el principio de deferencia al legislador y el juicio de proporcionalidad.

Abstract: The legal response that the Government has given to the challenge of the COVID 19 pandemic has been consistent with the decentralized nature of the State designed by the 1978 Constitution. Despite the exceptional situation that has allowed the State to centralize powers over health, the Autonomous Communities have been able to exercise their management powers. From another perspective, the constitutionality judgment by the Constitutional Court on the adoption of the state of alarm has ignored two essential hermeneutic principles in constitutional interpretation: the principle of deference to the legislator and the proportionality judgment.

Palabras clave: Derecho de excepción – Estado de alarma – Comunidades autónomas – Tribunal Constitucional – Interpretación constitucional.

Key words: State of emergency – State of alarm – Autonomous Communities – Constitutional Court – Constitutional interpretation.