

Estado de alarma*

State of Alarm

Sara Sieira Mucientes

Letrada de las Cortes Generales

ORCID ID: 0000-0002-0595-6832

sara.sieira@congreso.es

Cita recomendada:

Sieira Mucientes, S. (2020). Estado de alarma. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 275-305.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5712>

Recibido / received: 30/06/2020
Aceptado / accepted: 29/07/2020

Resumen

El estado de alarma constituye uno de los tres estados excepcionales, junto con el de excepción y el de sitio, que recoge la Constitución de 1978, de infrecuente mención en el constitucionalismo comparado. Se declara por el Gobierno ante graves crisis naturales, sanitarias o tecnológicas, o, si concurren conjuntamente con estas, ante el desabastecimiento de bienes de primera necesidad o la paralización de servicios públicos esenciales. Consiste en una concentración del poder bajo una autoridad competente que puede ser el Gobierno o el Presidente de una Comunidad Autónoma–, y en la limitación –nunca la suspensión– de ciertos derechos mediante medidas administrativas necesarias y proporcionadas para el mantenimiento de la normalidad: restricción de la circulación y el desplazamiento, requisa de bienes, ocupación de locales –con exclusión de domicilios particulares–, racionamiento en el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y garantía del abastecimiento de los mercados de productos de primera necesidad y de los servicios esenciales. En este estudio se ofrece una aproximación al estado de alarma, con una breve fundamentación histórica, política, iusfilosófica y de derecho comparado y un análisis de su regulación constitucional y legal. Se completa con un recorrido crítico por la praxis relativa a su activación en España, en el año 2010, para hacer frente a la crisis de los controladores aéreos, y en 2020, para hacer frente a la crisis desencadenada por la pandemia global del coronavirus COVID-19, desde el punto de vista del estricto cumplimiento del derecho constitucional de excepción, en relación con la necesidad y proporcionalidad de las medidas de concentración del poder y limitación o suspensión de los derechos fundamentales.

Palabras clave

Estado de alarma, estados excepcionales, suspensión de derechos, controladores aéreos, crisis sanitarias, pandemia, coronavirus, COVID-19.

* Sara Sieira Mucientes es Letrada de las Cortes Generales, Doctora en Derecho, Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y profesora de Derecho Constitucional. Actualmente ostenta la Jefatura de asistencia jurídica a la Mesa del Congreso de los Diputados.

Abstract

State of alarm is one of the three states of emergency, together with the state of emergency and the state of siege, provided by the Spanish Constitution, scarcely mentioned in comparative constitutional law. It is declared by the Government in cases of natural disasters, health or technological crises, when public essential services are paralysed and certain requirements are met, or when there is shortage of goods of primary necessity. The decree declaring the state of alarm places all security forces (including those regional and local) and all administrative personnel under the authority of the national government –or the President of a Region–. The state of alarm provides the basis to adopt extraordinary measures, to a proportionate and necessary extent, to address the crisis –excluding those, which consist in suspension of the fundamental rights enshrined in article 55.1 of the Constitution: state of alarm only entails fundamental rights to be limited, but not suspended. These measures, therefore, may refer to certain restrictions of freedom of movement and circulation, requisition of necessary goods and imposition of compulsory personal services, purchasing primary goods limitation or restriction in the use of public essential services –which do not exceed the scope of the ordinary executive power–. The present study carries out an analysis of the constitutional and legal framework of the state of alarm, its origins and meaning from an historical, political and comparative law point of view. It also provides a critical view of both decrees declaring the state of alarm, in 2010 in response to the closing of the Spanish air space due to the massive abandon of their obligations by the air traffic controllers and in 2020, in order to face the coronavirus COVID-19 global pandemic crisis, bearing in mind the constitutional requirements to limitation or suspension of fundamental rights.

Keywords

State of alarm, states of emergency, suspension of fundamental rights, air traffic controllers, health crises, pandemic, coronavirus, COVID-19.

SUMARIO. 1. Estado de alarma y Constitución. 1.1. Definición y regulación en el ordenamiento jurídico. 1.2. La referencia al derecho comparado. 1.3. El proceso de elaboración del artículo 116 de la CE. 2. Praxis del estado de alarma en España. 2.1. El estado de alarma declarado en 2010. 2.2. El estado de alarma declarado en 2020. 3. Aproximación crítica y retos de futuro. 3.1. La crítica a la concentración del poder. 3.2. La crítica por la suspensión de derechos. 3.3. La crítica por el control judicial. 4. Conclusión y perspectiva de futuro.

1. Estado de alarma y Constitución**1.1. Definición y regulación en el ordenamiento jurídico español**

Estado declarado por el Gobierno en la totalidad o en parte del territorio nacional, cuando se produzcan graves alteraciones de la normalidad: catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias o situaciones graves de contaminación; paralización de los servicios esenciales en caso de huelga o conflicto colectivo, si concurre además alguna de las graves alteraciones anteriormente citadas, o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad (art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en adelante, LOEAES).

El legislador ha querido despolitizar el estado de alarma, dejándolo al margen de situaciones de desorden público o conflictividad social para destinarlo a combatir exclusivamente catástrofes naturales o tecnológicas. La fórmula de compromiso que late bajo la redacción final del artículo 4 de la LOEAES ha comportado la transformación de su apartado c): «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, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas

en este artículo», en un «no– supuesto», como se ha dicho expresivamente (Cruz Villalón, 1981a, p. 70): no cabría en situaciones de huelga y conflicto colectivo que conduzcan a una paralización de los servicios esenciales, aunque, siguiendo la dicción literal de la redacción de la Ley, teóricamente sí cabría en situaciones de huelga que determinasen un desabastecimiento de productos de primera necesidad. Pero esto nos reconduciría a la absurda situación de que el estado de alarma no cabría en una huelga de médicos –habría que declarar un estado de excepción– pero sí en una huelga de panaderos, lo que no parece una interpretación muy adecuada (Cruz Villalón, 1981a, p. 99). Así pues, ante la carencia de claridad de la regulación ha de concluirse que, ante huelgas o conflictos colectivos, el supuesto de hecho ya no pertenece al ámbito del estado de alarma sino del estado de excepción, en cuanto permite la suspensión de derechos fundamentales, como lo es el de huelga (art. 28.2 de la Constitución, en adelante, CE).

Por la declaración del estado de alarma, mediante Decreto del Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo (art. 116.2 de la CE), todas las autoridades civiles y funcionarios quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente para la protección de personas, bienes o lugares, que puede ser el Gobierno o el Presidente de una Comunidad Autónoma, lo que incluye a los integrantes de los Cuerpos de Seguridad de las Comunidades Autónomas –téngase en cuenta que Cataluña, el País Vasco y Navarra, cuentan con policías autonómicas propias– y de las Corporaciones Locales, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas (art. 9 LOEAES).

A estos efectos, dispone el artículo 8 de la LOEAES que «el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste». La prórroga del estado de alarma requiere de tres actos sucesivos: una solicitud del Gobierno en tal sentido, la autorización expresa del Congreso de los Diputados y la aprobación definitiva del real decreto de prórroga del estado de alarma por el Consejo de Ministros, incorporándose en dicha norma, preceptivamente, las propuestas de resolución que la Cámara baja hubiese aprobado durante la tramitación de la autorización de la prórroga.

La declaración del estado de alarma no puede comportar la suspensión de derechos fundamentales (art. 55.1 de la CE, a *sensu contrario*) sino únicamente su limitación mediante los clásicos poderes administrativos, como la restricción de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales obligatorias, la intervención y ocupación transitoria de locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, la limitación o el racionamiento en el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y la garantía del abastecimiento de los mercados de productos de primera necesidad y de los servicios esenciales mediante la intervención de empresas o servicios y la movilización de su personal (art. 11 de la LOEAES).

Adicionalmente, el artículo 12 permite a la Autoridad competente, en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto (catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud y crisis sanitarias) «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» y, en los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 4 (paralización de los servicios públicos esenciales y situaciones de

desabastecimiento de productos de primera necesidad) «el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo».

El incumplimiento de las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma conlleva sanciones con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 10.1 de la LOEAES). Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios, las Autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos (art. 10.2 de la LOEAES). Si fuesen cometidos por las propias Autoridades Públicas, las facultades de estas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas pueden ser asumidas por la Autoridad competente durante su vigencia (art. 10.3 de la LOEAES). Un aspecto importante, conectado con lo anterior, es la previsión del artículo 1 apartado 3 de la LOEAES, es que al finalizar el estado de alarma «decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes».

Estas reglas jurídicas rectoras del estado de alarma deben completarse con algunas otras normas aplicables a todos los estados excepcionales (incluido el de alarma): la prohibición de la ruptura del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado (art. 116.5 de la CE y art. 1.4 de la LOEAES), la prohibición de la iniciación de la reforma de la Constitución durante la vigencia de los estados excepcionales (art. 169 de la CE), el respeto del principio de proporcionalidad tanto en el momento de la activación –y prórroga– de alguno de los estados de emergencia como en el de la adopción concreta de cada una de las medidas de necesidad (art. 1 de la LOEAES), la obligación de publicación oficial de las normas de necesidad y de difusión por medios públicos y privados de las mismas (art. 2 de la LOEAES), el control judicial de las normas y actuaciones de necesidad, y el mantenimiento del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 3 de la LOEAES).

El estado de alarma no produce ningún tipo de suspensión ni derogación del sistema autonómico. Sin perjuicio de ello, es posible que, si la Autoridad competente es el Gobierno, pueda tomar medidas que incidan directamente en los ámbitos de competencia de las Comunidades Autónomas. Por tanto, cada Comunidad Autónoma conserva los poderes que le otorga la legislación en materia de gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, si bien estas medidas deben adoptarse siempre de conformidad con lo decidido por la Autoridad competente.

1.2. La referencia al derecho comparado

La Constitución, según la definición que aparece en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, precisa únicamente dos cosas: garantía de los derechos y separación de poderes. «Una sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución».

Las situaciones de crisis traen consigo un estado de necesidad subyacente, que aparece como fundamento de la excepcionalidad, por lo que comportan una ruptura de la normalidad que se traduce en un desequilibrio de fuerzas en el interior de los Estados y que afecta a ambos pilares del edificio constitucional. Aunque el Derecho de excepción no siempre se ha reflejado en normas escritas, operando la necesidad como un principio jurídico absoluto caracterizado bajo la máxima de

Cicerón «*Salus Publica Suprema Lex*» (*De Legibus*, III, 8), los estados de excepción son una modalidad constitucionalizada de dos situaciones históricas: la *martial law* y el estado de sitio, que, con claras resonancias medievales, pertenecen al fondo de poder del Rey y, en esa misma medida, son repudiadas por el constitucionalismo (Fernández-Fontecha, 2020, p. 1).

La constitucionalización del derecho de excepción se ha procurado desde la Revolución francesa por parte de la corriente nacionalista que entiende que el orden constitucional tiene su razón y su raíz en el pueblo que lo ha votado por lo que acudir a vías de hecho que contradigan lo establecido en la constitución es atacar frontalmente la voluntad general y el poder constituyente del pueblo. No existe un derecho de necesidad supraconstitucional, sino que el principio supremo es el imperio de la Constitución y de la ley incluso en momentos de crisis. Michel Troper ha afirmado, en este sentido, que el estado de excepción no puede ser definido al margen de las reglas que se le aplican, y, en este sentido, «no tiene nada de excepcional» (Troper, 2017, p.11).

Frente a la corriente nacionalista francesa, la corriente idealista alemana (Carro Martínez, 1998, pp. 214-215), nace con el idealismo hegeliano, y puede resumirse en la afirmación de que el Estado, a diferencia del individuo, no puede renunciar al ejercicio de su derecho de necesidad, pues la subsistencia es para el Estado no solamente un derecho sino un deber sagrado y la conservación de su personalidad es para él una obligación absoluta. Por tanto, el derecho y la legalidad están al servicio del Estado y no a la inversa, por lo que el derecho creado por el propio Estado solo le vincula en la medida que le sirve a su supervivencia. Late en el fondo de esta corriente la discusión apuntada por Carl Schmitt, sobre la incompatibilidad entre el derecho de excepción y el constitucionalismo (Schmitt, 1985, pp. 221 y ss.). En la visión de Schmitt, las emergencias no pueden ser previstas y racionalizadas por el Derecho y por tanto requieren siempre el ejercicio del poder absoluto. «Quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige» (Schmitt, 1985, p. 49). Más abruptamente, Heller ha podido afirmar que el soberano es aquel que puede violar la ley sin ser ilegal (De la Torre, 2011, p. 57).

Ambas corrientes constituyen extremos de un debate, el de la juridicidad de los actos políticos «necesarios», que podríamos también reconducir a la distinción entre el constitucionalismo de los antiguos y el de los modernos. La mencionada tensión se traduce también en la diferente forma de constitucionalizar –o no– el derecho de excepción en el derecho comparado. Existen dos modelos de recepción constitucional (Cruz Villalón, 1984, pp. 23-35): En primer lugar, el «modelo del estado excepcional», que establece una bien determinada normativa reguladora de los estados excepcionales, pretendiendo alcanzar el máximo de racionalidad posible compatible con cada situación de emergencia para conservar la vigencia del Estado de Derecho, en el que, además de la española, se encuentran Constituciones como la de Portugal (art. 19), Grecia (art. 48), Países Bajos (art. 103) y Finlandia (art. 23) si bien con regímenes jurídicos heterogéneos (Khakee, 2009, pp. 29 y ss.), y que suelen corresponder a Estados con experiencias relativamente recientes de autoritarismo.

El modelo alternativo al del estado excepcional es la «dictadura constitucional», que supone la concentración de los poderes del Estado bajo una magistratura única. El artículo 48.2 de la Constitución de Weimar preveía que, si la seguridad y el orden públicos se vieran gravemente alterados, el Presidente de la República podría adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, utilizando incluso las fuerzas armadas si ello fuera necesario. Disponía de plenos poderes, incluso para suspender el disfrute total o parcial de derechos tan importantes como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión, el derecho de

reunión, de asociación y de propiedad. Este ejemplo histórico tiene hoy un reflejo en el artículo 16 de la vigente Constitución de la V República francesa de 1958 que contempla la atribución al Presidente de la República de facultades extraordinarias para la resolución de graves crisis, internas o externas, pero no se dice nada de la suspensión de derechos, y además se establece el control *a priori* y *a posteriori* del Consejo Constitucional (Aláez, 2004, pp. 238-239).

En este modelo no existe un núcleo constitucional resistente al derecho de excepción, pero la diferencia con la dictadura soberana (la dictadura como forma de Estado) es que la dictadura constitucional tiene por finalidad, precisamente, la recuperación de la vigencia de la Constitución y de su normal equilibrio de poderes lo antes posible. Como modelo intermedio puede citarse la Ley Fundamental de Bonn, cuyos artículos 115 y siguientes establecen una dictadura constitucional matizada en el sentido de que es el Parlamento quien declara el estado excepcional (o bien una Comisión Mixta del mismo en caso de imposibilidad de su convocatoria) y sólo en caso de que ni esto sea posible, la competencia residual sería del Presidente. Además, consagra un núcleo constitucional intangible durante la vigencia de dicho estado, junto con el reforzamiento de las garantías tanto políticas (posibilidad de constituir una Comisión parlamentaria) como judiciales.

Como modelo alternativo al del estado de excepción en algunas Constituciones se contempla también el estado de guerra, declarado por las Cámaras confiriendo al Gobierno los poderes necesarios (art. 78 de la Constitución italiana y Capítulo XIII de la Constitución de Suecia). Existen, por último, modelos de ausencia total de mención constitucional del derecho de excepción, con dos modalidades: o bien no se admite que la Constitución pueda ser «suspendida» (art. 187 de la Constitución de Bélgica y art. 113 de la Constitución de Luxemburgo) o bien se asume que el Parlamento es soberano por lo que a él está sometido todo el ordenamiento jurídico, pudiendo modificarlo mediante una ley de indemnidad (*martial law*) o bien mediante la convalidación parlamentaria posterior de las medidas que se hayan tomado (esto ocurre en los ordenamientos de la órbita del *common law*, procedentes del derecho inglés cuya Constitución flexible descansa sobre el dogma de la soberanía parlamentaria, que confiere a la actividad parlamentaria convalidante o exoneradora *ex post facto* un valor netamente jurídico).

En todo caso, la Constitución española ha optado por el modelo del estado excepcional, configurando los tres estados excepcionales, alarma, excepción y sitio, en su artículo 116, y la suspensión general de derechos que los estados de excepción y sitio pueden comportar, en el artículo 55 del texto constitucional. La suspensión de derechos puede calificarse como un auténtico «mecanismo inmunitario del propio ordenamiento, que renuncia temporalmente a una fórmula de garantía de determinadas expectativas (las que reflejan las normas de derechos fundamentales), en aras de mantener su identidad como sistema y recuperar aquella capacidad para garantizar los derechos fundamentales. No se trata de, confundidos por el decisionismo schmittiano, perseguir la salvaguarda de la Constitución como decisión política a costa de su sacrificio como norma, sino de que la propia norma constitucional prevea la garantía de su identidad funcional (aquella positividad y aquella autorreferencialidad) plasmada en sus principios estructurales, a través del sacrificio temporal de algunas de las disposiciones en las que estos se concretan» (Aláez Corral, 2004, p. 236).

1.3. El proceso de elaboración del artículo 116 de la CE

Es claro, partiendo de este panorama constitucional comparado, que el estado de alarma sólo aparece en el primer modelo, el «modelo del estado excepcional», pero es una figura de muy escasa acogida en las Constituciones que optan por el mismo, por lo que la española aparece en este punto como una excepción. Es más, incluso en los debates constituyentes de la vigente Constitución se apuntó la conveniencia de no hacer ni mención a este instituto. La Constitución cita este estado como un «primer paso» contra la emergencia, cuyo precedente se encuentra en el estado de alarma de la Ley de Orden Público de 1933, aunque solo se trata de una coincidencia terminológica puesto que bajo esta ley era posible la suspensión de garantías, en contra de lo que prevé el artículo 55.1 de la vigente Constitución que solo permite dichos efectos para los estados de excepción y sitio. Realmente, el estado de alarma se corresponde más con el estado de prevención de 1933. Pero, sobre todo, su origen está en la idea del triple escalonamiento de las emergencias que resultaba de dicha ley. El precedente más inmediato se halla en un proyecto de ley de modificación parcial de la Ley de Orden Público de 1959, presentado al Congreso a principios del año 1978, que reguló el estado de alarma en la forma que pasaría a integrarse en la LOEAES.

De hecho, la conveniencia de su inclusión en el articulado constitucional no fue algo pacífico, puesto que hubo enmiendas que propugnaron su desaparición (en particular, la del Grupo Comunista, debido a la inutilidad de este instituto en los términos en que estaba contemplado). Efectivamente, como más adelante se expondrá, algunos de los temores ya expresados a propósito del estado de alarma en los debates constituyentes han tenido ocasión de cumplirse con su puesta en práctica a lo largo del tiempo, como señaló el Sr. Solé Tura, en turno de defensa de la enmienda del Sr. Sánchez Montero: «nos parece innecesario constitucionalizar esto, porque el estado de alarma, o se explica para circunstancias excepcionales, en casos de cataclismos, etc., en cuyo caso el Gobierno tiene poderes suficientes para hacerle frente, y si no es así, y se mantiene el estado de alarma sin especificar, además, ni a qué derecho se refiere, puesto que en definitiva no se dice nada al respecto, puede ocurrir que este estado sirva para limitar derechos sin decirlo, y en este sentido nos parece mejor eliminar esto, puesto que si se trata de circunstancias excepcionales que exijan la limitación de derechos, ya existe para ello el estado de excepción y el estado de sitio» (Diario de Sesiones del Congreso de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, nº 84, de 8 de junio de 1978, p. 3074).

Pero ganaron la batalla las razones para mantenerlo, que en definitiva venían a afirmar que el estado de alarma era una cuestión pacífica e instrumental que en nada agredía al sistema de libertades (Debate entre Apostúa frente a Sánchez Montero, Diario de Sesiones del Pleno del Congreso, nº 109, de 13 de julio de 1978, p. 4238). También es preciso apuntar que con la introducción de este estado se vino a dar satisfacción al Partido Nacionalista Vasco, que desarrolló una potente argumentación para que las Comunidades Autónomas pudieran asumir competencias en el marco de los estados excepcionales, que vieron su reflejo en los artículos 7 y 9 de la LOEAES, que incorporaron el protagonismo de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, como autoridades, únicamente en los supuestos del estado de alarma a diferencia de los estados de excepción y sitio –en cuyo caso la LOEAES se refiere únicamente a la «autoridad gubernativa»–.

Y no solo durante el *iter* constituyente, sino que, *a posteriori*, al finalizar el *iter* legislativo de su desarrollo en la Ley Orgánica, se revelaron las incoherencias de su regulación, por lo que ha podido decirse que el resultado final del estado de alarma

ha sido «un café descafeinado» (Carro Martínez, 1998, p. 254), y un «totum revolutum donde se confunden catástrofes naturales y huelgas» (Cruz Villalón, 1981b, p. 694).

Como acaba de ponerse de manifiesto, en los partidarios de la constitucionalización de este estado se advirtió la intención de limitarlo a crisis o catástrofes naturales, que ponen en peligro la subsistencia física de la comunidad, pero sin descartar situaciones que, aun alterando la normalidad, por afectar al orden público, no requirieran la declaración del segundo estado, el estado de excepción, en una lectura gradualista del derecho de excepción, es decir, una visión en que de una misma situación de emergencia –un mismo supuesto de hecho–, pudieran declararse cualquiera de los tres estados, el que resultase, en cada nivel de intensidad de la misma, imprescindible para responder, dependiendo de la gravedad de las circunstancias (Cruz Villalón, 1981a, pp. 96 y ss.).

Esta visión quedó eliminada en la tramitación de la LOEAES, en el Informe de la Ponencia, que suprimió de la redacción del estado de alarma la mención, recogida en primer lugar, y procedente del artículo 20 del entonces Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, «Alteraciones del orden o de la Seguridad Ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa». En concreto, el estado de alarma se configuró ya en el Dictamen del Pleno del Congreso de la LOEAES, como instrumento de respuesta frente a grandes catástrofes y crisis sanitarias, tanto en su sentido tradicional como las que podrían afectar a una sociedad altamente tecnificada, y, además, paralización de los servicios esenciales y desabastecimiento de productos, pero sin permitir la extralimitación de las potestades ordinarias de la autoridad. En tal sentido, y respecto de su (teóricamente) limitada incidencia en el ámbito de los derechos, ha podido decirse «el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en periodo de normalidad» (Carro Martínez, 1998, p. 253), lo que venía a confirmar que, al menos en el ámbito de los derechos, no era necesaria, como había propugnado el Grupo Comunista, su constitucionalización, sino que más bien podía inducir a confusión en terreno tan delicado.

2. Praxis del estado de alarma en España

2.1. El estado de alarma declarado en 2010

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el estado de alarma se ha declarado en dos ocasiones, en 2010 y en 2020. En la primera de ellas, el estado de alarma entró en vigor a las 21:30 h del día 4 de diciembre y se extendió hasta el sábado 15 de enero a las 12 de la noche. Fueron 43 días naturales de vigencia del primer estado de alarma en España, para hacer frente a la crisis que los controladores de tránsito aéreo habían desencadenado abandonando masivamente, y sin previo aviso, sus puestos de trabajo, la tarde del día 3 de diciembre de 2010, viernes, víspera del conocido como «puente de la Constitución», que se extendía hasta el miércoles siguiente, día 8 de diciembre, inclusive. Esta «huelga» ilegal, producto de meses de desencuentro con el Gobierno (cuya causa se remontaba al real decreto-ley 1/2020, de 5 de febrero, que devolvía a AENA la gestión y supervisión del colectivo de controladores de tránsito aéreo, antes correspondiente a los mismos controladores, que se autorregulaban) originó el cierre del espacio aéreo español, imposibilidad de la prestación del servicio de tránsito aéreo, cuantiosas pérdidas económicas y vulneración de derechos fundamentales, en concreto, el de libre circulación garantizado por el artículo 19 de la Constitución, de gran cantidad de usuarios (Aba Catoira, 2011, pp. 313-314).

Para hacer frente a esta emergencia, y tras el antecedente normativo del real decreto-ley 13/2010 y del real decreto 1611/2010 de 3 de diciembre, día anterior a la declaración, que supuso ya una «militarización operativa» de AENA, un Consejo de Ministros extraordinario, mediante real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, declaró el estado de alarma, que comportó una militarización de los controladores aéreos, pasando estos a tener la consideración de personal militar, quedando sometidos a las leyes penales y disciplinarias militares y a las órdenes directas de las autoridades delegadas del Gobierno, es decir, el Jefe del Estado Mayor del ejército del aire y las autoridades militares que esté designase (Sedano Lorenzo, 2015, p. 27). La prórroga del estado de alarma se dispuso mediante real decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, que justificó su necesidad recordando que los hechos que afectaron al tráfico aéreo en España fueron de un enorme gravedad tanto por el número de ciudadanos afectados, como por los perjuicios económicos que se causaron, así como por el daño a la imagen internacional de España y por la alarma social generada, afirmando además que el funcionamiento del servicio esencial al que el conflicto afectaba no podía considerarse que se hubiera restablecido plenamente por lo que el plazo de la prórroga, que se extendió otros quince días más, se justificó como indispensable para restablecer la normalidad plena en la seguridad aérea (para un mayor detalle de esta cuestión, Sieira Mucientes, 2018, pp. 369 y ss.).

2.2. El estado de alarma declarado en 2020

El 14 de marzo de 2020 se publicó y entró en vigor el real decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Por segunda vez tenía lugar un estado de alarma en España en todo el territorio nacional, con una duración inicial de 15 días naturales, es decir, hasta el 29 de marzo, prorrogado sucesivamente en 6 ocasiones, hasta el 21 de junio, justificándose en la crisis sanitaria ocasionada por el brote vírico COVID-19, declarado el 31 de enero de 2020, Emergencia de Salud Pública de importancia nacional por la Organización Mundial de la Salud, y el 11 de marzo, Pandemia Global. El decreto de su declaración se modificó en breve plazo, el día 17 de marzo de 2020 en virtud del real decreto 465/2020, modificación a la que se añadieron las restantes aprobadas a tenor de las sucesivas prórrogas del estado de alarma.

A todas luces, en el momento de declarar el estado de alarma, la crisis tenía una magnitud que previsiblemente excedería con mucho el plazo de quince días previsto en la normativa para este estado, por lo que el Gobierno solicitó varias prórrogas del mismo al Congreso de los Diputados. Estas fueron concedidas, sucesivamente, por mayorías cada vez más ajustadas –con asistencia limitada de los Diputados al Salón de Sesiones y con el recurso al sistema de votación por el procedimiento telemático que entró en vigor, para circunstancias excepcionales, en el año 2012–. Los reales decretos de prórroga incorporan las modificaciones resultantes de las propuestas de resolución aprobadas por la Cámara Baja, con medidas que fueron modificando también, progresivamente hacia una menor restricción de derechos y menor concentración del poder, las inicialmente previstas en el real decreto 463/2020, hasta finalizarse completamente la «desescalada».

Así, el real decreto 476/2020 de 27 de marzo, constituyó la primera prórroga concedida hasta las 0 h. del 12 de abril, que obligaba al Gobierno a remitir a la Cámara información semanal estructurada sobre las medidas adoptadas para mitigar la crisis y valoración de su eficacia.

A esta primera prórroga siguieron otras 5, instrumentadas mediante reales decretos:

- 487/2020, de 10 de abril (hasta el 26 de abril),

- 492/2020, de 24 de abril, (hasta el 10 de mayo),
- 514/2020, de 8 de mayo (hasta el 24 de mayo) que reflejó la importante modificación concerniente a la posibilidad, ya acordada por los órganos competentes, de celebrar elecciones a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas en Galicia y en el País Vasco; además incorporó en su artículo 3 el plan de desescalada acordado en Consejo de Ministros del día 28 de abril, en virtud del cual, el Ministro de Sanidad, a propuesta de las Comunidades Autónomas y a la vista de los correspondientes indicadores, podría acordar la progresión –también la regresión, si fuera necesaria– de las medidas adoptadas en virtud de la declaración del estado de alarma;
- 537/2020, de 22 de mayo (hasta el 7 de junio) que además acordó que la autoridad competente delegada continuara siendo el Ministro de Sanidad, y la delegación en las Comunidades Autónomas de las funciones de seguridad establecidas en el artículo 5 del real decreto 463/2020, la flexibilización de las medidas de contención y reanudación de clases presenciales en el ámbito no universitario, según el criterio de las administraciones educativas competentes, así como el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales y administrativos, y de la prescripción y caducidad de derechos y acciones,
- y finalmente, la última prórroga, dispuesta por el real decreto 555/2020, de 5 de junio, (hasta el 21 de junio) que volvía a reiterar lo dispuesto por el real decreto de prórroga anterior, aunque con la novedad de designar a los Presidentes de las Comunidades Autónomas como Autoridad competente delegada para la adopción, supresión y ejecución de las medidas correspondientes a la fase tres del plan de desescalada.

A pesar de tratarse de la aplicación del mismo precepto constitucional, fue muy diferente del estado de alarma declarado en 2010, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, pues se establecieron una serie de medidas que afectaron de modo particularmente intenso la vida ordinaria en el ámbito social, económico e incluso político:

1) Limitación de la libre circulación de las personas, pudiendo desplazarse, de forma individual, para actividades esenciales como adquirir alimentos o productos farmacéuticos, asistir a centros sanitarios, a los lugares de trabajo, asistir a personas mayores, menores o dependientes, desplazarse a entidades financieras y de seguros, así como por razones de fuerza mayor debidamente justificadas. Posteriormente se autorizaría el desplazamiento en compañía de menores de 14 años, personas con discapacidad, mayores u otras personas por causa justificada.

2) Inicialmente se recogió incluso la suspensión de las elecciones en el País Vasco y Galicia, previstas para el 5 de abril. Ante la laguna en la legislación electoral sobre la posibilidad de cancelar una convocatoria electoral en curso, se consensuó esta medida por parte de los Grupos parlamentarios y la Presidencia de las respectivas Comunidades Autónomas, medida que fue incorporada tras haber sido adoptada por los órganos antedichos, en el real decreto declarativo del estado de alarma. Posteriormente, el real decreto 514/2020 de 8 de mayo, que aprobó la cuarta prórroga del estado de alarma, y una vez tomada la decisión en los órganos competentes, indicó que la vigencia del estado de alarma no supondría ya obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas.

3) Posibilidad de práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento del decreto por parte de las Autoridades competentes, en particular, para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Especialmente, se facultaba al Ministro de Sanidad para impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y

el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública, así como para intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, y aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico.

4) Suspensión de la actividad lectiva presencial en todos los centros educativos y en todas etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria, manteniéndose las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y *on line* siempre que resultase posible.

5) Suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. También se cerraron al público las actividades deportivas y de ocio, instituciones y establecimientos culturales y artísticos, de hostelería y restauración, así como verbenas, desfiles y fiestas populares.

6) Restricción del transporte público de viajeros por carretera, ferroviario, aéreo y marítimo en, al menos, un 50%, salvo los servicios ferroviarios de cercanías que mantendrían su oferta habitual, a efectos de evitar las aglomeraciones en el acceso a las ciudades como consecuencia de los servicios limitados.

7) Medidas para garantizar el abastecimiento alimentario, tales como el acompañamiento de los vehículos que realicen el transporte de estos bienes o el establecimiento de corredores sanitarios para permitir la entrada y salida de personas, materias primas y productos elaborados con destino o procedentes de establecimientos en los que se produzcan alimentos, incluidas las granjas, lonjas, fábricas de piensos para alimentación animal y los mataderos; así como la garantía del tránsito aduanero prioritariamente para productos de primera necesidad.

8) Adopción de las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural, y los servicios de los operadores críticos de servicios esenciales previstos en la ley 8/2011 de 28 de abril, de protección de las infraestructuras críticas.

9) La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, aunque se condicionaban a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantizase a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro, en la práctica resultaron muy restringidas mediante instrucciones concretas dadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

10) Se suspendieron los plazos procesales y administrativos y los plazos de prescripción y caducidad.

11) Los miembros de las Fuerzas Armadas se constituyeron en agentes de la autoridad, de acuerdo con la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional.

En paralelo a la regulación propia del estado de alarma mediante los citados reales decretos, para hacer frente al impacto económico y social de la crisis, se aprobaron asimismo medidas mediante el recurso al real decreto-ley. Fueron en total 17 reales decretos-ley

- 6/2020, de 10 de marzo (por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública),
- 7/2020, de 12 de marzo (por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19),
- 8/2020, de 17 de marzo (de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19),
- 9/2020, de 27 de marzo (por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19),
- 10/2020, de 29 de marzo (por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19),
- 11/2020, de 31 de marzo (por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19),
- 12/2020, de 31 de marzo (de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género),
- 13/2020, de 7 de abril, (por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario),
- 14/2020, de 14 de abril, (por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias),
- 15/2020, de 21 de abril, (de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo),
- 16/2020, de 28 de abril, (de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia),
- 17/2020, de 5 de mayo, (por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019),
- 18/2020, de 12 de mayo, (de medidas sociales en defensa del empleo),
- 19/2020, de 26 de mayo, (por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19),
- 20/2020, de 29 de mayo, (por el que se establece el ingreso mínimo vital),
- 21/2020, de 9 de junio, (de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19),
- y, finalmente, el 22/2020, de 16 de junio, (por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento).

En las mismas condiciones de asistencia limitada de los Diputados y de recurso a la votación por el procedimiento telemático, todos ellos fueron convalidados por el Congreso en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación (art. 86.2 de la CE) y en algunos se acordó, además, su tramitación como proyecto de ley.

Dichas disposiciones, que sería prolijo enumerar más detalladamente dada la extensión del presente trabajo, establecían, entre otras, medidas de apoyo a la familia y a las personas en situación de vulnerabilidad, tales como el ingreso mínimo vital, en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, para todas aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad en los términos establecidos, la garantía de suministro de agua y energía, el derecho básico de alimentación de niños y niñas afectados por el cierre

de centros educativos, el establecimiento de una moratoria en el pago de las cuotas de las hipotecas para los deudores, la prohibición de desahucios de inquilinos durante seis meses desde la declaración del estado de alarma, limitación de la publicidad de juegos de azar como medida de protección frente a la ludopatía, garantía de la protección de las víctimas de violencia de género facultando a las Administraciones Públicas para disponer el uso de los establecimientos turísticos si fueran necesarios para acoger a dichas víctimas, medidas de apoyo financiero transitorio, tales como la reestructuración de la deuda, el aplazamiento de deudas tributarias, medidas de protección del empleo, tales como: la gestión de los ajustes temporales de plantilla a través de los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo (ERTES); la consideración como situación asimilada a accidente de trabajo o enfermedad profesional de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19; la posibilidad de reducir o adaptar la jornada para los trabajadores asalariados, así como el establecimiento del teletrabajo como medida de flexibilidad, creación de un nuevo subsidio para empleadas del hogar afectadas por el cese o reducción de actividad y para trabajadores temporales cuyo contrato finalice y que no tuviesen derecho a prestación, el permiso retribuido recuperable y de carácter obligatorio para las personas trabajadoras de los servicios no esenciales, medidas de apoyo a las empresas, tales como el aplazamiento de las deudas por los créditos concedidos a la pequeña y mediana empresa, inaplicación de intereses moratorios, prestaciones extraordinarias por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma, garantía de liquidez para sostener la actividad económica de empresas y autónomos, creación de una línea de avales y garantías públicas, habilitación a la Seguridad Social para conceder moratorias en el pago de las cotizaciones sociales a empresas y autónomos y otras medidas de protección social para estos últimos, inclusión en la moratoria de hipotecas de los inmuebles afectos a la actividad económica de autónomos; en el ámbito de la Justicia, medidas relativas a la recuperación del normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y novedades procesales para hacer frente a los procedimientos que previsiblemente sobrevendrán, por ejemplo en materia de familia, en lo relativo al derecho concursal y societario y en la jurisdicción social y medidas dirigidas a la protección del sector cultural, agrario, científico en el contexto de la crisis y la post-crisis.

3. Aproximación crítica y retos de futuro

En este momento procede una evaluación de los estados de alarma declarados en España desde el punto de vista de su constitucionalidad y legalidad, teniendo en cuenta la configuración del supuesto de hecho, el análisis de necesidad y proporcionalidad que la Ley exige (art.1.2 de la LOEAES) para la declaración de los estados excepcionales y sobre todo las medidas limitativas de los derechos – señaladamente, si estos son fundamentales, que no deberían suspenderse en el estado de alarma–; también, en un estado intensamente descentralizado como el nuestro, desde el punto de vista de la justificación de la concentración de poder en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas, y, en fin, un análisis sobre el control judicial de las medidas adoptadas.

3.1. La crítica a la concentración del poder

Respecto del estado de alarma declarado en 2010, no encaja en el supuesto de hecho del artículo 4 c) y d) de la LOEAES, puesto que este se refiere a huelgas legales, y la movilización de los controladores aéreos no lo fue. Por tanto, el estado que procedía declarar hubiera sido, al menos, en virtud de este motivo, el estado de excepción, como dispone el artículo 13.1 de la LOEAES: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones

democráticas, el de los servicios esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

Ningún análisis cabe hacer en el estado de alarma de 2010 respecto de la problemática sobre la distribución del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas pues la materia de referencia es de exclusiva competencia estatal en virtud del artículo 149.1.20 de la CE (control del espacio aéreo).

Con relación al estado de alarma declarado en 2020, conviene detenerse algo más en relación con la cuestión de la crítica a la concentración del poder, en relación con la distribución competencial. Primeramente, una observación de derecho comparado, para analizar rápidamente la solución adoptada por dos estados unitarios –Francia y Polonia–, este último con una mención constitucional expresa de algo muy similar al estado de alarma y tres estados descentralizados, dos de ellos federales –Bélgica y Alemania– y uno regional –Italia–. En ninguno de ellos (Informe del *European Parliament Research Service*, PE 649.408, 2020), se recurrió al derecho de excepción como tal, sino únicamente el recurso a la legislación de urgencia que, en nuestro país, está ampliamente garantizada con los denominados Decretos-leyes (art. 86 de la CE).

Dígase de paso que la Unión Europea cuenta con mecanismos de respuesta conjunta, señaladamente la decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, que incluye, entre otros instrumentos, el establecimiento de un Sistema de Alerta Precoz y Respuesta (SAPR), para la notificación de alertas a nivel de la Unión relacionadas con amenazas transfronterizas graves para la salud y un Dispositivo de Respuesta Política Integrada a las Crisis (RPIC) por Decisión de ejecución (UE) 2018/1993 del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 como herramienta de coordinación política. Sin embargo, se ha dado en la práctica una descoordinación de los Estados en las primeras semanas de la gestión de la crisis, que ha marcado el paso de la evolución posterior y que demanda no pocos retos de futuro (para mayor detalle, Álvarez García, 2020b).

En Francia no se utilizó el estado de emergencia, contemplado en la Constitución y en la Ley 35-385 (1955), sino que el 23 de marzo el parlamento francés adoptó una ley de medidas urgentes (2020-290) y declaró la emergencia de salud pública por primera vez en la historia, por dos meses prorrogables, con medidas sanitarias, financieras y electorales, estableciendo limitaciones temporales de movimientos, personas, vehículos, introducción de cuarentena o aislamiento para aquellos individuos afectados, cierre de establecimientos o control de precios. Al amparo de dicha ley se reformó el Código de Salud Pública L3131-12.

Por su parte, pese a que la Constitución de Polonia menciona el estado de desastre natural en su artículo 232, no se ha declarado, sin embargo, el estado de emergencia, sino que la respuesta a la crisis del coronavirus se ha realizado desde la legislación ordinaria, concretamente, la ley de 5 de diciembre de 2008, de enfermedades contagiosas y una ley especial dictada el 2 de marzo de 2020 relativa a la lucha contra el COVID-19. Sobre esa base se ha declarado el estado de riesgo de epidemia el 13 de marzo y posteriormente el estado de epidemia el 20 de marzo, que no deben ser confundidos con los estados de emergencia que prevé la Constitución.

Para hacer frente al coronavirus COVID-19 en Bélgica (que no menciona constitucionalmente el derecho de excepción) existieron dos leyes de habilitación al Gobierno para dictar legislación de urgencia, de 20 de marzo de 2020, debiendo dicha legislación ser confirmada por el Parlamento.

En Alemania, pese a contener previsiones constitucionales respecto del estado interno de emergencia (arts. 35 y 91), no se ha declarado tal estado sino que ha aplicado la Ley de protección contra enfermedades infecciosas de 2001, para establecer las restricciones necesarias, que dota de flexibilidad suficiente con recurso a la técnica de las cláusulas generales, siendo los gobiernos de los *Länder* los actores principales en el establecimiento de las medidas de control de la pandemia, y del subsiguiente levantamiento de las mismas, sin perjuicio del sistema de competencia compartida, reforzado por medio de una modificación de la citada Ley de protección contra enfermedades infecciosas aprobada a mediados del mes de marzo, que permite al *Bundestag* aclarar una crisis epidémica de importancia nacional, y concentrar algunas competencias en el Ministro de Sanidad, relativas a la distribución de los equipos de protección médica o del personal sanitario en todo el territorio.

En Italia tampoco ha sido utilizado el artículo 120 de la Constitución (medidas en circunstancias extraordinarias) sino que se ha recurrido a la técnica del Decreto-ley (art. 77 de la Constitución, técnica, por cierto, importada de Italia por el texto constitucional español), y se han establecido previsiones administrativas bajo el Código de protección civil que prevé la declaración de un estado de emergencia por causas humanas o naturales durante un periodo limitado de tiempo (art. 24). Así pues, el 31 de enero de 2020 el Consejo de Ministros declaró el estado de emergencia por un periodo de seis meses, que podría ser extendido durante otros 12 y renovado una única vez. Varias medidas se adoptaron sobre la base de órdenes del ministerio de sanidad, con el consentimiento y la cooperación de las regiones implicadas. Asimismo, mediante el Decreto-ley número 6 de 23 de febrero de 2020 se habilitó a autoridades de la nación para adoptar medidas para la contención del coronavirus.

La existencia de la técnica del decreto ley en España en virtud del artículo 86 de la Constitución ha posibilitado una utilización muy generalizada de esta, llamémosle, forma rápida de legislar, mediante normas gubernamentales, que deben justificar su existencia en motivos de extraordinaria y urgente necesidad, justificación controlada en último término por el Tribunal Constitucional. En este sentido, ha podido decirse «el estado de alarma se revela como innecesario, puesto que las medidas características del mismo están ya contenidas en una extensa legislación ordinaria y, además, el Gobierno cuenta con el instrumento del Decreto-ley». (Mateu-Ros y Cerezo, 1988, p. 202).

No fue exclusivamente la técnica del Decreto-ley la empleada en nuestro país, sino que, a diferencia de lo sucedido en los mencionados países de nuestro entorno, en España se optó por declarar un estado excepcional, bien que el más leve de los tres, y que, al menos teóricamente, como se ha visto, no presenta conexiones con la noción ruptura del orden público –no supone título suficiente para suspender derechos mediante potestades «extraordinarias» de la autoridad gubernativa–. Esto ha supuesto una primera crítica vertida en relación con la concentración del poder, en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas en circunstancias ordinarias; crítica que, ya avanzando lo que más adelante se expondrá, no puede compartirse por la suspensión general de derechos que, a juicio de quien suscribe estas líneas, requería (y comportó) el estado de alarma de 2020, que está completamente fuera del alcance competencial de las Comunidades Autónomas.

Como punto de partida, hay que hacer notar que, en nuestro país, ya tiempo antes de la declaración del estado de alarma, las Comunidades Autónomas habían

empezado, para hacer frente a esta crisis, a hacer uso de los instrumentos normativos de los que disponían. Estas medidas se remontan al 24 de febrero de 2020, cuando, desde la Consejería de Sanidad canaria se decide confinar a setecientas personas durante medio mes en un hotel de Tenerife. Sin embargo, las primeras actuaciones adoptadas con carácter general se toman en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, cuyo acuerdo de 9 de marzo de 2020 incluyó medidas relativas al distanciamiento en el ámbito educativo y laboral, así como a la suspensión de las actividades escolares en las zonas más afectadas (Madrid, Labastida y Vitoria). Durante los días siguientes, las distintas Comunidades Autónomas siguieron tomando medidas, tanto sobre la base de su normativa propia (sanitaria y de protección civil), como de la estatal, ampliando las previstas por el Consejo Interterritorial, hasta su punto culminante, a partir del jueves 12 de marzo, día en que se activan los distintos «planes de emergencia» autonómicos, siendo el primero el de Cataluña de ese mismo día, habilitando a las autoridades a realizar incluso confinamientos de población, al que seguirá al día siguiente el País Vasco, Galicia y Murcia. Otras Comunidades Autónomas, como Extremadura, decidieron establecer el aislamiento de municipios (concretamente, el de Arroyo de la Luz) el mismo 13 de marzo. Cuando el 14 de marzo se procedió a la activación del estado de alarma para todo el territorio nacional, esto no impidió el desarrollo de nuevas medidas autonómicas en la materia; medidas que a veces incluso contravenían lo dispuesto en el propio real decreto declaratorio del estado excepcional. Podría hablarse de un solapamiento o redundancia competencial, al tiempo que se ha suscitado un nutrido debate doctrinal sobre la constitucionalidad de las medidas, especialmente los citados confinamientos poblacionales. Con la salvedad de Cataluña, que se limita a citar su normativa autonómica, el resto de Comunidades Autónomas al dictar medidas, aluden a la legislación sanitaria estatal, de carácter básico, y que sirve de sustrato jurídico.

Sobre el fundamento jurídico de las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas, existen tres leyes estatales (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –LGS–, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública –LOMESP–, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública –LGSP–, que habilitan a las autoridades sanitarias –en este caso, las Consejerías de Sanidad– a dictar una serie de medidas tipificadas para el caso de pandemia, así como otras de carácter innominado y subsidiario en las cláusulas generales contenidas en los artículos 26, 1 y 54 respectivamente. La técnica de la cláusula general supone que el legislador entiende que es imposible prever todas las situaciones extraordinarias existentes y decide, por ello, establecer un poder abierto e indeterminado respecto del contenido, del que las autoridades competentes sólo pueden hacer uso con carácter subsidiario, proporcionado y como válvula de seguridad (Villar Crespo, 2020). Son estas últimas previsiones las que, especialmente, han sido utilizadas por las diferentes autonomías. La amplitud de estas cláusulas generales queda matizada con la introducción, a través de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) realizada por la DF 1ª de la ley 26/2015, de 28 de julio, de una autorización o ratificación judicial a las medidas extraordinarias dictadas por las autoridades, modificándose al efecto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Tal intervención judicial se contiene hoy en el artículo 8.6.2º de la LJCA, que precisa que «Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental», en línea con las previsiones constitucionales del artículo 55.2, por tratarse de medidas, en su caso, de suspensión individual de los derechos fundamentales, que necesitan de una autorización judicial, que en la práctica se ha convertido, como ocurre en Alemania e

Italia, países que utilizan la técnica de las cláusulas generales, en una ratificación o convalidación *a posteriori* por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas.

En definitiva, con la introducción de estas disposiciones en materia sanitaria se trata de dotar a las Comunidades Autónomas, de mecanismos eficientes para hacer frente a situaciones excepcionales de salud pública, tales como epidemias o pandemias, en sentido similar a lo que acaece en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto Alemania como Italia, poseen una normativa similar. También existe la técnica de la cláusula general en relación con las entidades locales. (art. 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), que atribuye al Alcalde y, para los denominados «municipios de gran población», en el art. 124.4.h) de la LRBRL). Por último, existen también normas de régimen local especial para los municipios de Madrid y Barcelona, que también prevén cláusulas generales.

Existe, en fin, además, normativa configuradora de los poderes del Derecho ordinario de situaciones excepcionales, que permite una dirección unitaria del Gobierno de la Nación sin necesidad de declarar estado excepcional alguno, como la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC) así como la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (LSN), previa declaración de la «situación de interés para la Seguridad Nacional» por motivos de «crisis sanitarias» (art. 10 LSN). En cuanto a las Fuerzas Armadas, se prevé la posibilidad de su utilización en el marco de la protección civil (art. 37 LSNPC) o de la Seguridad Nacional (DF I). En esta línea la dirección unitaria del Gobierno de la Nación puede conseguirse también sobre la base de lo indicado en la LSN, en cuanto prevé la posibilidad de declarar la «situación de interés para la Seguridad Nacional» a través de real decreto de su Presidente (arts. 15.c) y 24 LSN). La activación de este «nuevo estado excepcional» de carácter legal habilita a los poderes estatales a combatir circunstancias extraordinarias de carácter suprarregional, como una pandemia (STC 184/2016, de 3 de noviembre, FFJJ 4 y 7). Por tal situación, indica el artículo 23.2 de la LSN, se entiende aquella que «por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, en los términos previstos en esta ley». La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), es clara al efecto.

En resumen, se ha aseverado que los poderes legales previstos para «crisis internas no extremas» (Álvarez García, 2019, p.10) con fundamento en la noción de seguridad pública, podrían ser bastantes para desarrollar el elenco de medidas desplegado con motivo de la declaración del estado de alarma. Otros países – singularmente, Italia y Alemania– han hecho uso, exclusivamente, de previsiones de esta índole para combatir la epidemia. Así pues, a la vista de lo anterior, ha podido decirse que los motivos (jurídicos) por los que se declara el estado de alarma no residen en cuestiones de corte competencial o de centralización de poderes sino de escenificar un nuevo estadio, más intenso, de lucha contra la pandemia (Nogueira López, 2020, p. 29), es decir, más bien, en razones de estrategia jurídica (Villar Crespo, 2020, nota 56) utilizando la reserva que la Constitución Española estableció en el artículo 116 al configurar los estados excepcionales como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, generar una poderosa simbología política, de una gran fuerza atractiva, una declaración de un estado excepcional solemne, pública, formal, presidencialista, necesaria para generar en la ciudadanía una adhesión incondicional al cumplimiento de un confinamiento prácticamente absoluto.

En nuestra opinión, no es acertada la anterior consideración, y para justificarlo hemos de entrar en la crítica en relación con el pilar fundamental del edificio constitucional, la garantía de los derechos, que se acometerá en el siguiente epígrafe. Es en virtud de esta crítica, para la mayoría de la doctrina, la envergadura de la crisis del COVID-19 requería la declaración de un estado excepcional, y no precisamente el estado de alarma, el más leve de los establecidos constitucionalmente, sino el estado de excepción. Adelantemos, de momento, que a diferencia de otros sistemas, como, señaladamente, lo es el alemán, que aquí sirve por lo anteriormente expuesto de extraordinario término de comparación, nuestro texto constitucional contiene un sistema más restrictivo y rígido de limitación de derechos fundamentales en situaciones de normalidad, «que en pocos casos se permite para la protección de bienes o valores infraconstitucionales, y en la mayoría de los casos se somete a una regulación por mayoría cualificada (ley orgánica de desarrollo del contenido de los derechos). Todo ello hace altamente ineficiente el régimen limitativo de las situaciones ordinarias para las situaciones extraordinarias, por su poca ductibilidad y su difícil adaptación a estas. De ahí que la CE de 1978 haya tenido que optar por una medida mucho más drástica, cual es la suspensión con todas las consecuencias dogmáticas que de ello se derivan». (Aláez Corral, 2004, p. 244).

En particular, se ha dicho acertadamente, con fundamento en la STC 83/2016, de 28 de abril, que a la incapacidad del estado de alarma para suspender derechos fundamentales (ex art. 55.1 de la CE), no se opone el que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, asevere: «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». Ello por un motivo evidente: la Ley Orgánica no puede derogar un precepto constitucional, lo que obliga a que esa inconcreta cláusula de que la autoridad sanitaria podrá adoptar «las [medidas] que se consideren necesarias», hay que entenderla no como equivalente a una habilitación a las autoridades sanitarias para proceder a una suspensión de derechos con carácter general, sino a una autorización para proceder a meras restricciones o limitaciones de los mismos con carácter particular (Álvarez García, 2020, pp. 6-7).

3.2. La crítica por la suspensión de derechos

En primer lugar, ha de partirse de la diferencia entre suspensión colectiva –o general– de derechos y suspensión individual de los mismos (art. 55, apartados 1 y 2 de la CE, respectivamente. Fernández-Fontecha, 2020). La suspensión colectiva de derechos posee la garantía constitucional de que únicamente cabe realizarla mediante la declaración de los estados de excepción y sitio –nótese que la Constitución excluye a estos efectos el estado de alarma–, pudiendo afectar a los derechos a los que se refiere el artículo 55.1 de la Constitución: derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17, salvo su apartado 3 que únicamente cabe suspender bajo el estado de sitio), derecho al honor, intimidad personal, familiar y propia imagen (art. 18, apartados 2 y 3), libertad de circulación y desplazamiento (art. 19), libertad de expresión e información (art. 20.1. a) y d)), de reunión (art. 21), derecho de huelga (art. 28.2) y conflicto colectivo (art. 37, apartado 2). En el caso de la suspensión individual el artículo 55.2 prevé también garantías especiales, como son la previsión por ley orgánica, el carácter individual, la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario y el requisito de la existencia de una investigación correspondiente a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Bien es cierto que la LOEAES en sus artículos 11 y 12, al configurar el estado de alarma ha permitido lo que Cruz

Villalón ha denominado un tercer estado de los derechos fundamentales, «que no sería ni el de su plena vigencia ni el de la suspensión de los mismos», es decir, «en un régimen particularmente restrictivo del ejercicio de tales derechos sin que pudiera llegar a afectar a su contenido esencial, supuesto este último que se identificara con el de suspensión» (Cruz Villalón, 1984, pp. 75-76). Esto mismo aparece confirmado por la STC 83/2016 que señala en su FJ 8 que «la declaración del estado de alarma no permite suspensión de ningún derecho fundamental (...) aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

Una vez sentado lo anterior, cabe decir, respecto del estado de alarma declarado en 2010, en relación con las medidas adoptadas, que además de infracción legal en la movilización, lo que hubo respecto de la militarización fue, primariamente, una infracción constitucional. La norma que declaró el estado de alarma supuso una militarización no simplemente operativa, sino la consideración de los controladores como personal militar, sometidos a las órdenes directas de los mandos militares en el control del tráfico aéreo, y, caso de incumplimiento, su sanción con arreglo a las leyes disciplinarias y penales militares.

Esto supuso, *de iure*: a) Una suspensión del derecho de huelga –caso de que se hubiese querido instrumentar el conflicto por esta vía–, de conformidad con su normativa reguladora (suspensión sólo permitida bajo el estado de excepción) puesto que su ejercicio hubiera resultado delictivo bajo la vigencia del estado de alarma, al poseer esta consideración en el Código Penal militar. Prohibición –y no simplemente limitación–, por tanto, de ejercicio del derecho fundamental del artículo 28 de la CE. b) Una extensión de la jurisdicción militar fuera del ámbito estrictamente castrense y de los supuestos de estado de sitio, que es el único ámbito constitucionalmente posible de este orden jurisdiccional (art. 117.5 de la CE) junto con la sumisión de los controladores aéreos a las leyes penales y disciplinarias militares, en atención a su consideración como personal militar. Por tanto, una suspensión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, así como del derecho a la legalidad en materia sancionadora penal, establecidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución. Desde el punto de vista jurídico hay que decir que difícilmente puede superarse el test de la necesidad y proporcionalidad de las medidas tomadas, que en teoría deberían ser las menos lesivas para los derechos implicados, ponderando todas las circunstancias concurrentes, si no se ha superado previamente el test de la legalidad. De todo lo anterior parece desprenderse la conclusión de que el Gobierno declaró un estado de alarma, para hacer frente, como se ha expuesto con ocasión de la crítica a la concentración del poder del estado de alarma declarado en 2010, a un supuesto de hecho para el que la Ley requería la declaración de un estado de excepción, y adoptando el Gobierno, unilateralmente, y sin la previa intervención del Congreso de los Diputados, medidas propias de un estado de sitio (Sieira Mucientes, 2018, p. 382).

Si la crítica por la suspensión de derechos es bastante evidente en el caso del estado de alarma declarado en 2010, no puede serlo menos respecto del declarado en 2020, máxime si se tiene en cuenta la extensión, tanto espacial como temporal, de las medidas adoptadas, que incidieron decisivamente en las libertades de la ciudadanía con un carácter amplísimo y sin precedentes en el vigente constitucionalismo.

El real decreto 463/2020, declarativo del estado de alarma, ha supuesto jurídicamente una suspensión individualizada de los derechos. No es por tanto una aplicación del artículo 55.1 de la CE, pues no se ha declarado formalmente el estado de excepción o de sitio, únicos que permiten una suspensión general o colectiva. «El estado de alarma, en su regulación en la Ley Orgánica 4/1981, se refiere siempre en

cuanto a residencia y circulación, a restricciones temporales localizadas, en el espacio y en el tiempo» (Fernández-Fontecha, 2020).

Ya en una primera aproximación doctrinal sobre la cuestión, fechada el 13 de marzo de 2020, se afirmaba que «la muy limitada duración temporal de la declaración del estado de alarma [quince días, bien que prorrogables con autorización del Congreso de los Diputados ex artículo 6.2 LOEAES] como, en especial, la inviabilidad de que a su amparo pueda suspenderse el ejercicio de derechos fundamentales [en particular, de los reconocidos, como se viene diciendo, en los artículos 17 y 19 del texto constitucional], torna en insuficiente el marco normativo del estado de alarma y, con él, de las medidas cuya adopción puede habilitarse, para hacer frente a una situación del tal gravedad como la generada por Emergencia vírica» (Alegre Ávila/Sánchez Lamelas, 2020, punto 5º).

Respecto de la libertad de circulación, se ha afirmado que el artículo 7 del real decreto 463/2020, titulado «limitación de la libertad de circulación de las personas» prohíbe la circulación por las vías públicas, con una serie de excepciones que se exponen en un elenco cerrado; es decir: la norma es la prohibición de circulación, la excepción el permiso para muy concretas actividades –imprescindibles para la propia supervivencia adquisición de alimentos y fármacos, así como para acudir a centros sanitarios y entidades financieras–, ayudas a otros que lo precisen, acudir a centros de trabajo y causas de fuerza mayor o necesidad. Existe una discordancia entre lo previsto por la ley orgánica «que parte de que el estado de alarma justifica la aprobación de restricciones y condicionamientos a una libertad general de circulación» y lo incluido en el real decreto 463/2020 que lo declaró, «que contempla una serie de excepciones a una limitación general de dicha libertad de circulación» (Presno Linera, 2020, p. 57). En el mismo sentido, se habla de una auténtica «suspensión general» (Díaz Revoiro, 2020). En suma, estas medidas «desdibujan el contenido esencial del derecho» por lo que podrían ser inconstitucionales (Cotino Hueso, 2020a).

Desde la óptica de la definición del contenido esencial del derecho, las medidas propias del estado de alarma han incidido de modo singular en el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17 de la CE, así como en la libertad de circulación y desplazamiento (art. 19), sometiéndolos a limitaciones que los hacen irrecognoscibles por impracticables o los dificultan más allá de lo razonable, por lo que pueden estar incidiendo directamente en la configuración de su contenido esencial tal y como lo definió la célebre STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8. Por ello, un importante sector doctrinal asevera que hubiera sido preferible declarar el estado de excepción en tanto permite la suspensión efectiva de los derechos mencionados y los concordantes como el de reunión (Alegre Ávila/Sánchez Lamelas, 2020, Álvarez García, 2020, Amoedo Souto, 2020, p. 67 nota 1, Aragón Reyes, 2020, Cotino 2020, Díaz Revoiro, 2020, Presno 2020).

No obstante, en la práctica, la diferencia entre limitación y suspensión no es sencilla, como lo pone de manifiesto la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, al distinguir –dentro de los límites que pueden imponerse a derechos fundamentales– entre «restricciones directas del derecho fundamental mismo» y «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental». Mientras en el primer caso estaríamos ante «una forma de desarrollo del derecho fundamental» –prohibida si no es mediante Ley Orgánica, ex artículo 81 de la Constitución– en el segundo «los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE». Este es el fundamento jurídico al que alude la doctrina que, por otra parte, defiende la adecuación del estado de alarma

para la presente crisis, que viene a sostener, en definitiva, que las medidas tomadas, en particular la obligación de confinamiento de la práctica totalidad de la ciudadanía, se trataría de restricciones de modo, tiempo y lugar, que además vendrían justificadas en su conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad, dadas las circunstancias, entendiéndose, por tanto, su adecuación a derecho (Álvarez García, 2020b, Bacigalupo, 2020, De la Quadra Salcedo, 2020, Lozano Cutanda, 2020, Tajadura Tejada, 2020, Velasco Caballero 2020).

En fin, hay un sector que ha apuntado que es discutible que se cumplan los presupuestos de hecho para poder declarar el estado de excepción, (Álvarez García, 2020, p. 10, Cruz Villalón, 2020, Presno Linera, 2020b); presupuestos de hecho que vinculan con la grave alteración del orden público y que configuran la distinción de los estados excepcionales de modo cualitativo y no gradual. Desde esta óptica, como el estado de excepción no comporta un segundo grado de respuesta a una crisis que se agrava por el transcurso del tiempo, sino un estado cualitativamente distinto del estado de alarma, configurado objetivamente por la concurrencia del supuesto de hecho de grave alteración del orden público, sin que basten para restablecerlo el ejercicio de las potestades ordinarias de las autoridades competentes, no se cumpliría el supuesto de hecho para declarar el estado de excepción.

En opinión de quien suscribe estas líneas, para la garantía los derechos fundamentales por las importantes restricciones impuestas colectivamente a los ciudadanos, hubiera sido necesario declarar el estado de excepción, y a ello no obsta la consideración de que los tres estados del artículo 116, conforme han sido desarrollados en la LOEAES, no posean una estructura gradual, porque en el momento de declararse el estado de alarma, 14 de marzo de 2020, se cumplía el supuesto de hecho del estado de excepción, sin forzar en modo alguno la dicción literal del artículo 13.1 de la LOEAES: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

Efectivamente, en aquel momento, a tenor de lo que estaba aconteciendo en Italia, estado que iba un paso por delante de España, en el tiempo, en la gestión de esta crisis, resultaba claro que habrían de imponerse, como mínimo, medidas de confinamiento de la población –restricción del derecho a la libertad personal y de la libertad de circulación y desplazamiento (arts. 17 y 19 de la CE)–. También resultaba claro que desde el 10 de marzo se habían suspendido juicios, y el Consejo General del Poder Judicial aprobó el 13 de marzo de forma coordinada con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, los servicios esenciales en el ámbito de la Justicia. Las Comunidades Autónomas, recuérdese, habían empezado a tomar medidas de confinamiento desde el 24 de febrero. El Consejo Interterritorial de Salud había aprobado el día 9 de marzo medidas de distancia interpersonal en los centros de trabajo recomendándose el teletrabajo, y cierre de colegios y centros educativos, a lo que hay que añadir la suspensión de actos públicos, tiempo antes de declararse el estado de alarma y la prohibición de vuelos (los primeros, el 10 de marzo, procedentes de Italia) u otros transportes. El Congreso había tomado ya las primeras medidas desde el 10 de marzo, a la vista de la situación epidemiológica de la Comunidad de Madrid y la confirmación de los primeros casos de coronavirus entre los diputados, en que decidió suspenderse la actividad parlamentaria prevista para esa semana, por lo que estaba funcionando ya en régimen de asistencia restringida de personal y para temas urgentes, siendo así que la Mesa de la Cámara acordó la

suspensión los plazos parlamentarios a partir del mismo día 14 de marzo. Hay que recordar que el día 17 de marzo se celebró el primer Consejo de Ministros por vía telemática de la historia.

A todas luces, la crisis desbordaba el marco de una simple crisis sanitaria y tenía connotaciones de quiebra grave del orden público en los términos señalados por la Ley Orgánica –pues tocaba de lleno a la participación ciudadana–. En tal sentido, cabe señalar que el concepto de orden público que es aquí pertinente no es el de «tranquilidad» o «quietud» de los ciudadanos, sino de participación activa de estos en la totalidad del ordenamiento, participación activa plena de todos los ciudadanos en la vida jurídica, con expresión de todos sus derechos, lo que implica una construcción positiva del concepto (Álvarez García, 2013, pp. 29 y ss.).

Cuestión distinta es la valoración, legítima por parte de cualquier Gobierno, (desde el importante punto de vista de la simbología política) de la conveniencia de declarar un estado de excepción, cuyo mismo *nomen iuris* podría causar bastante más «alarma» (valga la expresión) entre la población, que el «estado de alarma», habida cuenta la conflictiva consideración que las medidas del derecho de excepción tienen en Europa, como aquí se ha expuesto. No es este el lugar de cuestionar las medidas tomadas, desde el punto de vista material, que en todo caso parecieron necesarias y proporcionadas a la autoridad competente según el criterio del Centro de Coordinación y de Alertas y Emergencias Sanitarias. Pero sí debe hacerse una crítica desde el punto de vista de la juridicidad de las mismas, en cuanto a la eventual suspensión general de derechos fundamentales que comportaron dichas medidas, que hubiera estado justificada por medio de un estado de excepción, estado que, por lo demás, exige una autorización en el Congreso por mayoría simple (art. 13 de la LOEAES), mayoría que estaba en aquellas fechas asegurada (el Pleno de la semana que aprobó la primera prórroga del estado de alarma, primera ocasión en que se votaba algo en la Cámara Baja tras la comunicación del Gobierno sobre su declaración, fueron convalidados por una amplia mayoría varios Decretos-Leyes, como sucedió con la misma prórroga de dicho estado (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, 25 de marzo de 2020). Nada hubiera obstado que la semana en que se declaró el estado de alarma, en lugar de una comunicación del real decreto aprobado el día 14, en el Congreso hubiera habido una solicitud de autorización por parte del Gobierno del estado de excepción y su votación, que hubiera resultado, previsiblemente, favorable.

Por otra parte, a esta misma conclusión nos aboca la consideración del concepto de suspensión general de los derechos. La suspensión general que opera el artículo 55.1 de la Constitución no es una mera «desfundamentación» que libera a los poderes públicos de la obligación de respetar el contenido esencial del derecho fundamental mientras dure la situación de crisis, pero la norma constitucional de cobertura del mismo permanece vigente durante tal situación; sino que opera una auténtica «desconstitucionalización», es decir, la suspensión general, en nuestra Constitución, mediante la declaración del estado de excepción o de sitio, actúa generando una pérdida temporal de vigencia de la norma constitucional relativa al derecho fundamental, y esta consecuencia tan grave solo puede anudarse a la declaración de estos dos estados de excepción y sitio, por disposición expresa de la propia Constitución, y esto es algo claramente vedado al estado de alarma (Aláez Corral, 2004, pp. 243-244). La medida del confinamiento es la más intensa restricción de la libertad personal que, en general, la gran mayoría de los ciudadanos no privados de libertad en virtud de actuaciones judiciales, han sufrido en sus vidas, y esta medida ha sido prolongada en el tiempo, con acusada incertidumbre en cuanto a la finalización de la misma –pues las prórrogas del estado de alarma no están constitucionalmente limitadas a un número determinado–. Se ha obligado a permanecer en el domicilio, bajo la amenaza de sanciones penales y administrativas,

esto equivale a un vaciamiento del contenido del derecho a la libertad deambulatoria y a la libre circulación. El artículo 7 del real decreto declarativo del estado de alarma, que se titula «limitación de la libertad de circulación de las personas» (más que de limitación habría que hablar de suspensión), denominando limitación a lo que en realidad es una suspensión general. Como con ironía se ha señalado, «es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le ha limitado o restringido su ejercicio...cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?» (Álvarez García, 2020, pp. 12-13).

Esta suspensión general de derechos ha sido particularmente visible, respecto del derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17, uno de los fundamentos más básicos del sistema de libertades, en relación con los centros residenciales para las personas de la tercera edad, en que dicha medida ha tenido, durante meses, una similitud importante, ya no con un arresto domiciliario, sino con el régimen de internamiento de primer grado en los centros penitenciarios –aislamiento en celda–.

3.3. La crítica por el control judicial

A la insuficiencia de cobertura jurídica de las medidas tomadas se une, como no puede ser de otro modo, la correlativa insuficiencia por el lado de las garantías jurisdiccionales.

En el estado de alarma de 2010 cabe decir, respecto del control judicial, que la comentada extralimitación material de los decretos de declaración y prórroga no pudo ser fiscalizada, ni por la jurisdicción ordinaria ni por el Tribunal Constitucional, pues, como señaló la STC 83/2016 de 28 de abril, estos decretos son normas con fuerza de ley y sólo cabe controlarlas en vía de recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad, con la limitada legitimación que estos procesos poseen. Como fue el caso, cuando hay acuerdo mayoritario entre los Grupos parlamentarios, sobre la conveniencia u oportunidad política de lo actuado por el Gobierno, resulta difícil controlar la constitucionalidad de estas normas, pues lógicamente ninguno de los legitimados creará oportuno interponer dicho recurso. Según esta sentencia, las normas con fuerza de ley, no son tales en función del origen parlamentario de los actos, sino de su contenido y efectos sobre el ordenamiento jurídico, pues es capaz de excepcionar, suspender o modificar la aplicabilidad de ciertas normas legales. Por tanto, para el Tribunal Constitucional quedan excluidas, en razón de su naturaleza, del ámbito de fiscalización de la jurisdicción ordinaria. En su momento esto ya abrió un frente de crítica doctrinal por la limitación de la legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional, que se ha acentuado con ocasión de la declaración del estado de alarma en 2020, por las razones que siguen.

Cabría, en primer lugar, plantearse si los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma de 2020 pueden considerarse «leyes autoaplicativas». Así se desprende del dictamen en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del recurso 1/99/2020, favorable, precisamente por el carácter autoaplicativo que tendrían dichos decretos, al control de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma por parte del Tribunal Supremo, si resultan *ultra vires* de lo permitido por la LOEAES, de manera similar a lo que acontecería con el control de los decretos legislativos dictados *ultra vires* de la delegación parlamentaria, dictamen inédito a la publicación de estas páginas y firmado por cinco catedráticos de Derecho

constitucional (Díaz Revoiro, Flores Juberías, Ruiz Miguel, Ruiz Robledo, y Vera Santos).

Al respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de tal tipo de leyes, definidas como aquellas que «contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto» (STC 203/2013, FJ 3) y también, «aquellas que no requieren el dictado de un acto administrativo de aplicación», por lo que los interesados «solo pueden solicitar del juez el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional» (STC 129/2013, FJ 6 a). El canon de constitucionalidad del artículo 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva) no se respetaría en el caso de las leyes autoaplicativas, pues no contienen recurso posible al alcance de los interesados, (fuera del que, por voluntad del juez, pueda interponerse ante el Tribunal Constitucional vía cuestión de inconstitucionalidad) resultando que «el canon del artículo 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto afecte a derechos o intereses legítimos de los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura» (STC 129/2013, FJ 4). En tal sentido, la STC 231/2015, recogió la «prohibición del condicionamiento del ejercicio de derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales» (FJ 3). Todo ello se sistematizó en la STC 170/2016 que recoge resumidamente las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de las leyes autoaplicativas.

Pues bien, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la problemática que emerge del mencionado dictamen y que se planteaba ya desde 2010. El Auto 278/2020 de 4 de mayo (número de recurso 99/2020) no considera que la norma declarativa del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas posean carácter autoaplicativo, y, reiterando su propia doctrina sentada con ocasión de la impugnación del decreto declarativo del estado de alarma en 2010, estima que al haber sido informado por el Congreso de los Diputados, se trata de una norma con rango de ley cuyo enjuiciamiento excede en todo caso los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perjuicio de ello, señala a continuación: «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» (FJ 4). Y, en lo relativo a la materia que nos ocupa, señala: «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» (FJ 5). E incluso avanza en la siguiente dirección: «Si como consecuencia o con ocasión de dichas impugnaciones resultase la existencia de contradicción de las disposiciones normativas contenidas en la declaración de estado de alarma o en sus prórrogas con la Constitución, esta Sala, o el órgano jurisdiccional competente en cada caso, promovería cuestión de inconstitucionalidad, como indica en forma expresa la doctrina constitucional (ATC 7/2012, FJ 3 y STC 83/2016, de 28 de abril FJ 11) sin perjuicio de lo que se pudiera acordar en forma cautelar al efectuar dicho control».

Confirmada así la posición del Tribunal Supremo sobre la tutela judicial en materia de aplicación de las normas del estado de alarma, al Tribunal Constitucional le corresponderá el enjuiciamiento de la cuestión sobre la extralimitación de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma respecto de su incidencia en los derechos fundamentales.

Hasta este momento, el Tribunal Constitucional únicamente se ha pronunciado, preliminarmente, para inadmitir un recurso de amparo interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT), contra la Sentencia núm. 136/2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, dictada en el procedimiento derecho de reunión núm. 152-2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la comunicación de la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo. Como había hecho la resolución judicial impugnada, no consideró necesario entrar en el debate de si la norma declarativa del estado de alarma presentaba cobertura jurídica suficiente para suspender el derecho de reunión, sino que, resumiendo, se centró en la justificación ofrecida por la Delegación del Gobierno que tuvo a bien no autorizarla básicamente por el riesgo derivado del contagio del COVID-19 para la salud de las personas en la fecha en que estaba convocada, el 1 de mayo, y en la ciudad de Vigo, una de las más afectadas según los informes correspondientes.

A tenor de lo expuesto hasta aquí, es bastante previsible la judicialización de no pocos asuntos en relación con el estado de alarma declarado en 2020 (Aparicio, 2020, p. 33). Basten, como botón de muestra, las iniciales Sentencias de la Sección 1 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 30 de abril de 2020, que estimó no haber lugar a la suspensión de una manifestación el 1 de mayo, por insuficiencia de cobertura normativa en el real decreto 463/2020, que no habilitaba a la suspensión del derecho de reunión –artículo 21 de la Constitución– por lo que procedió a su autorización; así como la Sentencia del Juzgado de lo Social Único de Teruel, de 3 de junio de 2020, condenando a la Administración sanitaria de Aragón, así como a su Diputación provincial, administraciones empleadoras, por lesión del derecho a la integridad física y a la salud –artículo 15 de la Constitución– de su personal por insuficiente provisión de los equipos de protección individual frente al coronavirus para poder ejercer sus funciones en condiciones de seguridad.

Avanzando en relación con la garantía judicial, se ha comentado ya la introducción en 2015, vía reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del artículo 8.6. 2º LJCA, la autorización o ratificación judicial de las medidas impuestas en virtud del derecho ordinario de necesidad por las autoridades estatales, autonómicas o locales, es decir, de las medidas dictadas en virtud de las cláusulas generales en caso de emergencia sanitaria. De todas ellas, además, solo la LOMESP prevé una autorización previa, la cual ha supuesto una crítica doctrinal, porque al no existir un procedimiento para el caso de confinamiento, debe acudir a las normas que se establecen para el caso de internamiento de incapaces por razones de trastorno psíquico (art. 763 de la LEC), única regulación disponible pero aplicable a un supuesto de hecho enteramente diferente, lo que no deja de producir inquietud, tratándose del derecho a la libertad personal; adicionalmente, el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo no dispone de juzgados de guardia, terminando la autorización de las medidas por convertirse en una mera convalidación *a posteriori* (Cierco Seira, 2005, p. 221). Así pues, todos los poderes ejercidos en virtud del derecho ordinario de necesidad deben ser supervisados judicialmente, lo cual está en consonancia con lo establecido por la Constitución cuando se trata de una suspensión individual de derechos (arts. 53 y 55.1). Nada de esto, sin embargo, afecta a los estados excepcionales, que se configurarían como menos garantistas en este punto que el derecho ordinario de emergencia. No obstante, se ha producido un llamativo pronunciamiento judicial en aplicación del mencionado artículo 8.6.2 de la LJCA, la sentencia de la juez de guardia de Lleida de 12 de julio de 2020 que suspendió cautelarmente las medidas especiales en materia de salud pública que establecían un confinamiento poblacional general para la comarca del Segriá, acordadas por la Generalitat de Catalunya, considerando que dichas medidas excedían de lo que en

aplicación de la LOMESP correspondía al Govern de Catalunya. En respuesta a esta sentencia se dictó un decreto-ley cuyo eventual control corresponderá asimismo al Tribunal Constitucional.

En este ámbito del control judicial, adicionalmente, no puede dejar de manifestarse la paradoja que supone que algunas de las medidas del estado de alarma se dictaran por remisión a la LOMESP, a través del artículo 12 de la LOEAES, y éstas, en tanto pueden limitar derechos fundamentales, no remitieran a intervención judicial alguna, que sí se habría producido en caso de haberse aplicado directamente la norma sanitaria indicada. Además, para mayor oscuridad de la cuestión, la disposición final, apartado 1 del real decreto 463/2020 prescribe: «quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas siempre que resulten compatibles con este real decreto», lo que podría significar que el orden contencioso-administrativo ya no pueda pronunciarse sobre la legalidad de unas actuaciones que han obtenido una convalidación por imperio de una norma con rango o valor de ley, lo cual, además, se extiende incluso a aquellas que se hayan impuesto por las autoridades autonómicas y locales con incidencia en derechos fundamentales. Se ha privado, en este punto, de garantías judiciales, mediante un instrumento, el estado de alarma, que va más allá de lo constitucionalmente adecuado.

También en este ámbito del control judicial, se ha criticado la extensión material y temporal de las medidas impuestas por los decretos-leyes que han acompañado y completado la regulación de las medidas propias del estado de alarma, porque que la justificación de la «extraordinaria y urgente necesidad» de los decretos-leyes dictados bajo la vigencia del estado de alarma es hacer frente a la crisis sanitaria, pero de hecho la normativa de dichos decretos-leyes es más amplia. Desde el punto de vista material se ha podido decir que todas aquellas cuestiones, muy numerosas, que previsiblemente afectarán, de modo duradero, al modelo económico-social de los años venideros, y que afectarán a la Constitución económica, más que residenciarse en normas gubernamentales debieran ser objeto de consenso entre las fuerzas políticas, cosa que por cierto se ha reconocido desde el ámbito político con una convocatoria –más allá del mayor o menor acierto de su nomenclatura– a unos nuevos «Pactos de la Moncloa», similares a los que se dieron en los albores de nuestra democracia. Desde el punto de vista temporal, el control judicial de la proporcionalidad de las medidas de los decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma es una garantía, pero esta desaparece cuando las medidas se hacen permanentes por medio del recurso al decreto-ley, que podría continuar vigente, si es convalidado o convertido en ley mucho tiempo después de la finalización del estado de alarma. Esta confusión, ciertamente, no ayuda en el ámbito de las garantías de los derechos. (Un elenco de problemas derivados de la regulación de aspectos conexos con la crisis del coronavirus de modo permanente por decreto-ley e incluso por normas con rango de orden ministerial, puede verse en Fernández de Gatta, 2020, p. 14 ss.).

Finalmente, de modo conexo a lo dicho hasta aquí sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad y a las libertades de circulación y desplazamiento (arts. 17 y 19 de la CE) en relación con su control judicial, se ha criticado también la posible infracción del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 de la CE). Se ha dicho, con acierto, que estamos ante la primera vez que el cumplimiento de las restricciones establecidas en estado de alarma se garantiza con medidas sancionadoras de eficacia general (Amoedo Souto, 2020, p. 68). El real decreto 463/2020 establece en su artículo 20 el siguiente régimen sancionador: «El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades

competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». Con ello, se ha renunciado a establecer un derecho sancionador propio de este estado excepcional, remitiéndose a la legislación ordinaria, y resultando, por ello, íntegramente aplicables el Código Penal, así como los preceptos relativos a los principios de la potestad sancionadora que se prevén en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, los relativos a los procedimientos sancionadores que se contienen en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y otras: los artículos 35 y 36 de la Ley 14/1985, General de Sanidad; el título VI de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, el título VI de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (con exclusión de la Ley 6/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que carece de apartado sancionador), además de la legislación autonómica aplicable.

Un segundo frente de crítica al derecho sancionador en este ámbito se ha situado, en particular, en la aplicabilidad de la Ley 4/2015 de protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 36.6 ha sido utilizado, en tanto tipo de «desobediencia a la autoridad», como cobertura jurídica de las sanciones impuestas por incumplimiento del confinamiento, en virtud del artículo 7 del real decreto 463/2020. La polémica se ha centrado en la posibilidad de imponer directamente estas sanciones cuando el precepto legal apunta la necesidad de un requerimiento previo por parte de los agentes de la autoridad para poder imponer las sanciones correspondientes (Informe de la Abogacía General del Estado de 2 de abril de 2020. En el mismo sentido, Rodríguez Fernández, 2020 y Pleite Guadamillas, 2020). En esta misma dirección se ha criticado la infracción del principio de tipicidad de las sanciones, que no se cumple con las normas abiertas, siendo así que en la Ley de Seguridad Ciudadana no hay un tipo sancionador, imprescindible según el artículo 25 de la Constitución, para sancionar, por ejemplo, pasear por la calle (Fernández-Fontecha, 2020). La inseguridad jurídica generada en este ámbito parece patente, tanto más cuanto que el artículo 1 apartado 3 de la LOEAES, es que al finalizar el estado de alarma «decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes», lo que podría dejar en vía muerta miles de sanciones al finalizar, el 21 de junio, el estado de alarma.

4. Conclusiones y perspectiva de futuro

Como ya sucedió en 2010, el estado de alarma declarado en 2020 se ha extralimitado en las medidas impuestas, comportando severas restricciones de los derechos fundamentales que poco distan de la consideración de una suspensión general de los mismos, y esto ha contribuido a desdibujar, más aún, los perfiles de una figura infrecuente en el constitucionalismo comparado y cuya introducción en la Constitución española resultó discutida desde el primer momento.

No estaría de más plantearse una modificación de la Constitución y de su Ley Orgánica de desarrollo, pues es imprescindible, por imperativo democrático, que el derecho de excepción tenga una configuración correcta que estimule su cumplimiento, para que no se resienta, en situaciones de crisis, el edificio constitucional, basado en dos pilares esenciales, separación de poderes y garantía de los derechos.

Continúa abierta la pregunta: ¿Para qué ha servido el estado de alarma, en realidad, en las ocasiones en que se ha puesto en práctica? Pues a la vista de lo expuesto, parece que sigue siendo un expediente de cobertura de una actuación

necesariamente urgente e inaplazable al que el Gobierno ha podido acudir por la simplicidad de su procedimiento inicial (que no tienen los estados de excepción ni de sitio) con vistas a atajar una crisis constitucional que, en su cualificada opinión, no hubiera podido ser reconducida de otro modo. Como quien suscribe estas líneas ya tuvo ocasión de exponer (Sieira Mucientes, 2018, pp. 390-391), nuestra Constitución no prevé en el derecho de excepción una vía de urgencia, que sí ha existido tradicionalmente en nuestro constitucionalismo histórico (Constituciones de 1869 y 1931) y que permitía al Gobierno la suspensión de garantías, bajo su exclusiva responsabilidad, en los casos de urgencia graves e inaplazables, debiendo el Parlamento, posteriormente, resolver sobre dicha suspensión. A este respecto, la Constitución de 1931 añadía una garantía adicional, la obligación de convocar al Parlamento en un plazo de ocho días, o, en su defecto, su convocatoria automática al noveno.

Sería indicado, además, si se optase por la recuperación en el texto constitucional de esta conveniente figura, un replanteamiento de su *nomen iuris*, reconduciendo los actuales estados de alarma y excepción (al fin y al cabo, la praxis se ha decantado por ofrecer algo aproximado a una mezcla entre ambas figuras) al que podría denominarse «estado de emergencia», expresión generalizada en el constitucionalismo comparado (véase la Compilación sobre los estados de emergencia de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 16 de abril de 2020 –Castella, 2020), y que puede resultar, valga la expresión, menos «alarmante» para la opinión pública, que las denominaciones «estado de alarma» y «estado de excepción». Un estado de emergencia para los supuestos de hecho que actualmente constituyen el sustrato de la declaración de los estados de alarma y excepción, y que pudiera comportar, con su mención en el artículo 55.1 en relación con el artículo 116 de la Constitución, una suspensión general de los derechos fundamentales indicados, con la necesaria convalidación parlamentaria posterior de las medidas en un plazo breve de tiempo, en todo caso, sensiblemente menor que el establecido para la convalidación de los decretos-leyes –los cuales no pueden, por su propia naturaleza, incidir en el contenido esencial de los derechos fundamentales–. Hay que advertir que la reforma constitucional, en este caso, sería la prevista en el artículo 168, reforma agravada, puesto que tendría incidencia en la sección primera del Capítulo segundo del Título I (derechos fundamentales) al regular la suspensión general de los mismos.

La opción del constituyente español de 1978, que se distanció prudentemente, en este punto, del de 1931, huyendo en su regulación de cualquier concentración de poder en el Ejecutivo que comportase una suspensión general de los derechos fundamentales sin contar con la intervención previa del Parlamento, puede calificarse de muy garantista, y loable, por la necesidad de marcar diferencias con el periodo autocrático inmediatamente anterior. Pero con ello, vistas las cosas desde la perspectiva de una vigencia de más de cuarenta años del texto constitucional y de las dos ocasiones en que el estado de alarma se ha activado en nuestro país, podría decirse que la Constitución ha imposibilitado su propia aplicación, instaurándose, por circunstancias de apremiante urgencia, una vía de hecho extrajurídica, que es tanto más perjudicial para el Estado de Derecho que su alternativa, la racionalización constitucional de dicha emergencia. Las tristes experiencias de los regímenes totalitarios del Siglo XX nos han enseñado que entre el «derecho de la crisis» y «la crisis del derecho», la distancia puede ser muy corta. Y ello, a pesar de que, desde la visión de Benjamin, con su crítica a «la teología política» y a «la Dictadura» de Schmitt, pudo demostrar que el estado de excepción es la regla, lo cual se aprecia de modo singularmente claro desde la óptica de los excluidos y más vulnerables. En este sentido, se ha llegado a afirmar que actualmente el dueño del estado de excepción es el mercado (Flores Díaz, 2014, p. 81), lo que, en el fondo, viene a asestar un segundo golpe a la idea de soberanía de Schmitt también desde ese ámbito, en nuestros días.

No hay, pues, debajo de la «costra constitucional» una sustancia, la soberanía, en permanente ebullición, que en ocasiones pueda romper la costra y dejarse ver en su expresión más descarnada, en cuanto violenta, sino que el orden constitucional lo abarca todo y sus principios y derechos son vinculantes incluso allí donde el orden constitucional resulte amenazado o parezca derrumbarse. Son los derechos humanos la sustancia de la Constitución. No hay otra. Basten, como reflexión final, las palabras de Massimo de la Torre: «El concepto de Derecho de los Modernos no puede ser aquel cargado de violencia e irracionalidad de un Martín Lutero o de un Carl Schmitt. Tampoco sirven el mandato amenazador de Bentham o Austin, o la regla sobre la sanción de Kelsen, o la maquinaria de la fuerza de la que habla Olivecrona, o el decisionismo judicial de Alf Ross. En el modelo neo-constitucionalista el Derecho no se apoya para su producción sobre el hecho de la violencia, la “usurpación” por ejemplo de la que habla Georg Jellinek, o sobre una decisión sin argumentos y razones. La violencia y la decisión sin razones por el contrario son vistas en principio como las situaciones que más repugnan al Derecho. La violación de la Constitución no formará parte del discurso del Derecho, aunque desde varios frentes se repita que es esta violación lo que se oculta bajo el barniz normativo de los conceptos jurídicos» (De la Torre, 2011, p. 65).

Bibliografía

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y realidad constitucional*, 28, pp. 305-334.
- Aláez Corral, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En L. López Guerra y E. Espín Templado, (coords.), *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. (pp. 233-245). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Alegre Ávila, J.M., y Sánchez Lamelas, A. (2020). Nota en relación con la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica. En la página de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Recuperado de <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>
- Álvarez García, F.J. (2014). La nueva reforma penal de 2013. *Eunomía*, 6, pp. 1-56.
- Álvarez García, F.J. (2020). Estado de alarma o de excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, XL, pp. 308-328.
- Álvarez García, V. (2019). Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, pp. 1-39.
- Álvarez García, V., et al. (2020a). *Coronavirus y derecho: XVII. Unas consideraciones generales sobre a restricción de la libertad de circulación de las personas como medida de necesidad estelar del real decreto de declaración del estado de alarma*. Foro de Investigación en Ciencias sociales y Jurídicas. Recuperado de <https://forocsyj.com/2020/04/20/coronavirus-y-derecho-xviiunas-consideraciones-generales-sobre-la-restriccion-a-la-libertad-de-circulacion-de-las-personas-como-medida-de-necesidad-estelar-del-real-decreto-de-declaracion-de-estado/>
- Álvarez García, V., et al. (2020b). *Coronavirus y derecho XLII: las respuestas jurídicas iniciales de la Unión Europea frente a la epidemia de coronavirus*. Foro de Investigación en Ciencias sociales y Jurídicas. Recuperado de <https://forocsyj.com/2020/05/27/coronavirus-y-derecho-xlii-las-respuestas-juridicas-iniciales-de-la-union-europea-frente-a-la-epidemia-de-coronavirus-covid-19/>

- Amoedo Souto, C. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 66-77.
- Aparicio De Lázaro, J.R. (2020). Los estados de alarma y excepción como mecanismos legales ante una pandemia. *La Ley. Actualidad Administrativa*, 5, pp. 1-40.
- Aragón Reyes, M. (10 abril, 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*.
- Bacigalupo Saguisse, M. (26 marzo, 2020). Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito. Recuperado de <http://www.fidefundacion.es/>.
- Carro Martínez, A. (1998) Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional. En O. Alzaga Villalamil (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, Madrid: Cortes Generales y EDERSA.
- Castella Andreu, J.M. (2020). Compilación de la Comisión de Venecia de estudios e informes sobre el estado de alarma. *Iustel. Revista General de Derecho Constitucional*, 32, pp. 1-7.
- Cierco Seira, C. (2015). Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *Derecho y salud*, 13(2), pp. 211-256.
- Cotino Hueso, L. (2020). Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus. *Diario La Ley*, 9608, Sección Doctrina.
- Cotino Hueso, L. (2020). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 88-101.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. *Revista Española de Derecho constitucional*, 1(2), pp. 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1981). La protección extraordinaria del Estado. En E. García De Enterría (coord.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Madrid, España: Civitas.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid, España: Tecnos.
- Cruz Villalón, P. (17 abril, 2020). La Constitución bajo el estado de alarma. *El País*.
- De La Quadra Salcedo, T. (8 abril, 2020). Límite y restricción, no suspensión. *El País*.
- Díaz Revoiro, J. (19 marzo, 2020). Cosas de juristas. [Post en blog]. Recuperado de <http://www.javierdiazrevoiro.com/>.
- European Parliament Research Service. (2020). *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States*, PE 649.408.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2020). Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus. Las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, 9641.
- Fernández-Fontecha Torres, M. (31 marzo, 2020). Supremacía de la Constitución. La excepción y el Derecho. [Artículo en Web]. Recuperado de <https://elderecho.com/la-excepcion-derecho>.
- Flores Díaz, C.A. (2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*, 50, pp. 43-86.
- Khakee, A. (2009). Securing democracy? A comparative analysis of Emergency Powers in Europe. *Geneva Centre for the Democratic Control of the Armed Forces, Policy Paper*, 30, pp. 1-40.
- Lozano Cutanda, B. (2020). Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma. *Diario La Ley*, 9601, Sección Tribuna.
- Mateu Ros Y Cerezo. (1988). Estados de alarma, excepción y sitio. En VVAA, *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales.

- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31.
- Pleite Guadamillas, F. (2020). Las sanciones derivadas del estado de alarma. *La Ley, Actualidad administrativa*, 5, sección actualidad, pp. 1-7.
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 54-65.
- Presno Linera, M.A. (26 marzo, 2020). ¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus?. [Artículo en Web]. Recuperado de <https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus-134806>.
- Rodríguez Fernández, R. (2020). Problemática sobre el derecho sancionador en el estado de alarma. *Diario La Ley*, 9632.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Sedano Lorenzo, A. (2015). *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de los controladores aéreos*. Madrid, España: Liber Factory.
- Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de las Cortes Generales*, 104, pp. 361-393.
- Servicio de Investigación del Parlamento Europeo. (2020). *Estado de emergencia en respuesta a la crisis del coronavirus: situación en varios Estados Miembros*. PE 649.408.
- Tajadura Tejada, J. (20 marzo, 2020). Derecho de crisis y Constitución. *El País*.
- De La Torre, M. (2011). Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y estado de excepción. *Derechos y libertades*, 24, Época II, pp. 45-66.
- Troper, M. El estado de excepción no tiene nada de excepcional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27. Recuperado de http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm
- Velasco Caballero, F. (2020). Libertad, Covid-19 y proporcionalidad (I): fundamentos para un control de constitucionalidad [Post en Blog]. Recuperado de <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/05/30/libertad-covid-19-y-proporcionalidad-i-fundamentos-para-un-control-de-constitucionalidad/>
- Villar Crespo, G. (2020). Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español. *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, 54, pp. 1-52.