

El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones*

Law of Exception. Shortcomings and contradictions

Tomás-Ramón Fernández Rodríguez
 Universidad Complutense de Madrid
tomasfernandez@ucm.com

Cita recomendada:

Fernández Rodríguez, T.-R. (2023). El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 131-145
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7993>

Recibido / received: 17/04/2023
 Aceptado / accepted: 28/07/2023

Resumen

La única diferencia importante entre la legislación administrativa de las situaciones de necesidad y el estado de alarma es que, mientras en aquella su uso escapa a todo control porque la justicia administrativa es a posteriori, en el estado de alarma se asegura el control parlamentario. Todo lo demás es exactamente igual. El Real Decreto 463/2020 recluyó en su domicilio a la totalidad de la población española que, excepciones aparte, no pudo pisar legalmente la calle durante todo el tiempo que estuvo en vigor ese primer estado de alarma. A juicio del autor, la declaración del estado de alarma no permite decretar, como se hizo, la suspensión generalizada del derecho de circulación y residencia de los españoles. También a juicio de autor, la diferencia entre los estados de alarma y excepción no está en el supuesto de hecho que justifica su declaración sino en la intensidad de las respuestas que uno y otro permiten.

Palabras clave

Pandemia, declaración del estado de alarma, estado de alarma y estado de excepción, Estado de Derecho.

Abstract

The only important difference between the administrative legislation of situations of necessity and the state of alarm is that, while in the former its use escapes any control because administrative justice is a posteriori, in the state of alarm parliamentary control is ensured.

* Texto del seminario impartido por el profesor Tomás Ramón Fernández en la Universidad de Alicante, el 28 de octubre de 2021, en el marco del proyecto de investigación PID2020-113472RB-100, del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado *El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales. Una perspectiva interdisciplinar*.

Everything else is exactly the same. Royal Decree 463/2020 confined to their homes the entire Spanish population who, exceptions aside, could not legally set foot on the street during the entire time that this first state of alarm was in force. In the author's opinion, the declaration of a state of alarm does not permit the decree, as was done, of the generalized suspension of the right of movement and residence of Spaniards. Also, in the author's opinion, the difference between states of alarm and states of emergency does not lie in the event that justifies their declaration, but in the intensity of the responses that one and the other allow.

Keywords

Pandemic, declaration of a state of alarm, state of alarm and state of emergency, Rule of law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una breve referencia a la gestación del artículo 116 de la Constitución Española. 3. El Derecho de excepción y las situaciones de necesidad. 4. El estado de alarma y la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. 5. A modo de conclusiones.

I. Introducción

Ahora que la terrible pandemia oficialmente declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de Marzo de 2020 parece haber remitido¹, ha llegado el momento de evaluar los daños que ha producido, que son muchos y muy graves en todos los ámbitos y que van más lejos de los más visibles y más dolorosos también, como son las vidas perdidas y las que la enfermedad ha alterado seriamente.

A nosotros, como juristas, nos corresponde hacerlo, lógicamente, desde la perspectiva del Derecho y, muy especialmente, del Derecho Público porque el imponente edificio del Estado ha estado a punto de derrumbarse y se hubiera arruinado efectivamente si la Unión Europea no hubiera acudido en apoyo de sus miembros poniendo en marcha un poderoso programa de recuperación que evitó, por lo pronto, la quiebra. Un programa que podrá permitir en los próximos años volver a alcanzar el nivel en el que nos encontrábamos en 2019, a costa, eso sí, de un espectacular incremento de la deuda que, no se olvide, alguien tendrá que pagar algún día.

La crisis del COVID-19 ha puesto al descubierto –y conviene tomar buena nota de ello– que el Estado como institución, un Estado sólo, no es realmente nada porque su capacidad de resistencia frente a una crisis de estas proporciones es mínima. Teníamos razones, buenas razones, para haberlo aprendido ya porque en la crisis del euro, hace sólo diez años, pudimos comprobar que sin el respaldo decidido del Banco Central Europeo se hubieran ido a pique no solo los Estados que fueron «rescatados» pura y simplemente, sino también el nuestro, aunque sólo lo fue en parte, y muy probablemente también todos los demás de la zona euro, si la propia divisa hubiera claudicado.

No aprendimos, sin embargo, la lección, que fue muy dura, y hay razones para temer que tampoco vayamos a aprenderla ahora. Así permitían pensarlo las declaraciones que hiciera al diario El Mundo el 7 de Abril de 2020, ya en pleno estado de alarma por lo tanto, el Sr, Borrell, actualmente «Ministro de Exteriores» de la Unión

¹ En el pasado mes de mayo de 2023, la OMS declaró el fin de la emergencia de salud pública de importancia internacional por la COVID-19. Según su director, el doctor Tedros Adhanom Gebreyesus, «esto no significa que COVID-19 haya dejado de ser una amenaza para la salud mundial».

Europea, que es un político serio, de extensa experiencia y sólida formación. En esas declaraciones el Sr. Borrell seguía hablando del Estado como prestamista de última instancia, empleador de última instancia, propietario y asegurador de última instancia, etc., etc., en la línea de la más estricta ortodoxia socialdemócrata, discurso que, sin duda, sigue sonando bien a mucha gente pero que ya sólo tiene sentido cuando se cuenta con una instancia protectora supranacional, que, esa sí, es la última instancia.

En un continente pequeño como Europa, la integración, es decir, esa «unión cada vez más estrecha entre los pueblos» de la que habla el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea, es sencillamente vital, un problema de estricta supervivencia por exagerado que esto pueda parecer. El reciente giro de la política exterior de los Estados Unidos no ha hecho sino subrayar la necesidad a la que me refiero.

A esta primera línea de reflexión hay que añadir de inmediato otra y es la relativa a los desequilibrios del sistema institucional que ha venido a resultar de la gestión de la crisis. Desde el inicio de ésta, que podemos fijar convencionalmente en el 14 de Marzo de 2020, fecha en que se dictó por el Gobierno y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, el Gobierno ha gestionado la crisis a golpe de Decreto-Ley sin control parlamentario en muchos casos, o con un control absolutamente mínimo.

En ese tiempo, en efecto, se han aprobado más de cuarenta Decretos-Leyes, de los cuales sólo doce se han tramitado ulteriormente como proyectos de Ley y sólo uno se ha convertido en Ley, la Ley 3/2020, de 18 de Septiembre. Nadie se ha molestado en analizar críticamente los Decretos-Leyes en cuestión, muchos de ellos con decenas de artículos cuya «extraordinaria y urgente necesidad», es decir, la de cada una de las medidas adoptadas por esos artículos, no la del Decreto-Ley en su conjunto, sería muy discutible en la mayoría de los casos. El manto de la pandemia lo ha tapado todo y nos ha acostumbrado a aceptar sin protesta una forma de legislar rigurosamente excepcional con la Constitución en la mano. Un día, sin tardar demasiado, habrá que hacer lo que se hizo en la II República con la obra legislativa de la Dictadura, esto es, crear una Comisión que limpie y depure el ordenamiento jurídico y deje en pie, como Ley, sólo lo que sea efectivamente necesario y deba tener ese rango.

La mayor parte del tiempo transcurrido desde el 14 de Marzo de 2020 la hemos pasado en estado de alarma, porque el Real Decreto 463/2020 fue sucesivamente prorrogado, lo que prolongó la situación excepcional hasta el 21 de Junio siguiente. Apenas transcurrido el verano, un nuevo Real Decreto, el 900/2020, de 9 de Octubre, volvió a declarar el estado de alarma en Madrid capital y en varios municipios aledaños para hacer frente al rebrote de la enfermedad, declaración que se extendió a todo el territorio nacional por el Real Decreto 926/2020, de 25 de Octubre, que fue prorrogada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de Noviembre, pero esta vez no por quince días, como en las prórrogas precedentes, sino por seis meses, esto es, hasta el 9 de Mayo de 2021, lo que quiere decir que el Gobierno eludió durante medio año la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados.

La primera declaración de estado de alarma supuso el confinamiento domiciliario de toda la población española, lo que el Tribunal Constitucional en una polémica y dividida Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 terminó declarando inconstitucional y nulo. A lo que hay que unir la Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021 que ha anulado los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de Marzo y 21 de Abril de 2020, que hicieron cesar temporalmente las iniciativas parlamentarias de diputados del grupo parlamentario de Vox.

De un modo u otro, es evidente que el Ejecutivo ha crecido sin medida en este periodo de tiempo, mientras que el Parlamento se ha empequeñecido. El Poder Judicial, por su parte, se ha visto obligado inopinadamente a jugar el papel de administrador al verse atribuida la competencia para la «autorización o ratificación judicial» de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que éstas consideren «urgentes y necesarias para la salud pública» e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales (nuevos artículos 6, 8, 10, 11 y 122 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa de 13 de Julio de 1998, según la redacción dada a los mismos por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de Septiembre, más atrás aludida), lo que en absoluto es propio de los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

El Estado de Derecho en su conjunto ha sido puesto a prueba, por lo tanto, como ya puse de manifiesto en el propio título de mi intervención en la obra colectiva coordinada por David Blanquer, *Covid 19 y Derecho Público durante el estado de alarma y más allá*, (Fernández 2020), que fue la primera que se dedicó a analizar el impacto de la pandemia en nuestro ordenamiento jurídico.

Todo esto, todas las grietas abiertas en la institución estatal que acabo de resaltar y algunas más que no son tan visibles, tienen que ser estudiadas ahora con cuidado para poder realizar las reparaciones necesarias, porque, de no hacerlo así, correremos el riesgo de cerrar en falso esta terrible experiencia. Ese estudio tiene que empezar, como es natural, por el principio, que, tratándose de una crisis sanitaria, no puede ser otro que el inventario y valoración del Derecho de excepción con el que contábamos para hacer frente a ella. A esto, concretamente, ceñiré, por lo tanto, el siguiente apartado.

2. Una breve referencia a la gestación del artículo 116 de la Constitución Española

El Derecho de excepción, es decir, el conjunto de normas aplicables en situaciones de necesidad, es entre nosotros muy abundante, quizás demasiado, como habrá ocasión de ir comprobando. Son muchas, en efecto, las Leyes administrativas, generales y sectoriales, que dedican algún precepto al tratamiento de las situaciones de emergencia y a los poderes que las autoridades administrativas pueden desplegar en estos casos y a la forma de utilizarlos.

A estos preceptos legales hay que añadir, por supuesto, la regulación contenida en el artículo 116 de la Constitución, que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, ha desarrollado, precepto que, como es sabido, ha añadido a los «clásicos» estados de excepción y de guerra o de sitio –que regulaba la vieja Ley de Orden Público de 20 de Julio de 1959 y que, de un modo u otro, son también los que figuran en las Constituciones de los países vecinos y, muy concretamente, en Francia– uno nuevo, el estado de alarma, que no tiene precedente y que ha sido una «invención» de los constituyentes de 1978.

La primera pregunta que cabría formularse es cuándo puede o debe acudir a aquellas Leyes o a este precepto constitucional. Esa pregunta no tiene respuesta, sin embargo, o no tiene otra que la existencia en el segundo caso de una decisión del Gobierno que en un momento dado y a la vista de las circunstancias resuelve declarar formalmente uno de los tres estados contemplados por el artículo 116 de la Norma Fundamental. La única diferencia es, en principio, puramente formal, ya que, si se deja a un lado el estado de sitio cuya causa legitimadora es la existencia, en grado de amenaza al menos, de «una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o

independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32.1 de la Ley Orgánica 4/1981), en los demás casos las situaciones que justifican la apelación a los preceptos de las Leyes ordinarias y a los estados de alarma y excepción son básicamente las mismas.

Basta para comprobarlo con la simple lectura del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 y los preceptos de las Leyes administrativas, generales y sectoriales, correspondientes. El artículo 4 de la Ley Orgánica dice, en efecto, que el Gobierno puede declarar el estado de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las alteraciones graves de la normalidad que a continuación enuncia: catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. A esas mismas alteraciones de la normalidad hacen referencia, por ejemplo:

El artículo 21.1.m) de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de Abril de 1985, según el cual corresponde al Alcalde «adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta al Pleno».

El precepto que acabo de transcribir no tiene nada de novedoso. Estaba ya en la vieja Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de Junio de 1955, cuyo artículo 117.d) atribuía al Alcalde también poderes semejantes «en caso de gravedad producida por epidemias, trastornos de orden público, guerra, inundación o cualquier accidente análogo».

El artículo 17 de la Ley de Orden Público de 1959 contenía también una cláusula general del mismo corte referida a «los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública» en los que las Autoridades gubernativas, así en plural, «deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables».

La misma Ley en su artículo 32 autorizaba a las Autoridades gubernativas a «dictar las normas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, la libertad de comercio, el funcionamiento de los servicios públicos y de los centros de producción y trabajo, pudiendo exigir la prestación personal obligatoria de sus trabajadores y empleados».

La vigente Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 20 de Marzo de 2015 se refiere genéricamente a «situaciones de emergencia» al referirse en su artículo 21 a las medidas de seguridad extraordinarias, entre las que incluye el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente aislados o el depósito de explosivos o de sustancias susceptibles de ser utilizadas como tales, precisando que a estos efectos «se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos», definición ésta muy amplia que comprende sin dificultad las más específicas que utilizan las Leyes más atrás citadas.

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954, que sigue en vigor, se refiere en su artículo 120 a «graves razones de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones u otras calamidades», circunstancias en las que las autoridades civiles podrán adoptar medidas que impliquen la destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de los particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige la propia Ley.

Las Leyes especiales no se quedan atrás. Es expresiva en este sentido la Ley de Incendios Forestales de 5 de Diciembre de 1968, ya derogada, cuyo artículo 12 permitía a los Gobernadores Civiles y a los Alcaldes

cuando los medios permanentes de que se disponga no sean bastantes para dominar un incendio (...) proceder a la movilización de las personas útiles, varones de edad comprendida entre los dieciocho y los sesenta años, así como del material, cualquiera que fuese su propietario, en cuanto lo estimen preciso para la extinción del incendio.

El artículo 47.1 de la vigente Ley de Montes de 21 de Noviembre de 2003 reconoce al director o responsable técnico de las tareas de extinción poderes de movilización semejantes siempre que sea necesario y sin contar con la autorización de los propietarios correspondientes.

La Ley de Aguas, Texto refundido de 20 de Julio de 2001, apodera igualmente al Gobierno para adoptar las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión, «en circunstancias de sequías extraordinarias... o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales».

Si las situaciones de necesidad son las mismas como acabamos de ver, tampoco difieren, en principio, las medidas que en esas situaciones pueden adoptarse por las autoridades para hacer frente a ellas. También en esto se parecen las Leyes administrativas a las que acabo de hacer referencia y los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, relativos al estado de alarma.

El artículo 11 de la Ley en cuestión permite «limitar la circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» (apartado a), previsión sustancialmente idéntica a la contenida en el artículo 19 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de Febrero de 1992, que reproduce el artículo 17 de la vigente Ley Orgánica de 30 de Marzo de 2015 hoy en vigor:

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento.

La segunda de las medidas citadas en el apartado b) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 es la de «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias», lo que tampoco es una novedad, ya que las requisas de bienes por «graves razones de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones u otras calamidades» están previstas en la ya antigua, pero todavía vigente, Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954. En cuanto a la imposición de prestaciones personales obligatorias hay que recordar que la vieja Ley de Orden Público de 1959 ya hacía expresa referencia a ellas, lo que también está previsto en la legislación de incendios forestales (artículo 12 de la Ley de

Incendios Forestales de 5 de Diciembre de 1968 y artículo 47 de la vigente Ley de Montes de 21 de Noviembre de 2003), aunque aquí se emplee un eufemismo y se hable de movilizaciones de medios personales y materiales («de las personas útiles, varones en edad comprendida entre los dieciocho y los sesenta años», decía literalmente el primero de dichos preceptos). La Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 30 de Marzo de 2015 establece también en su artículo 7 un deber general de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que «podrán recabar», dice, de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, «especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos».

La tercera medida de posible adopción en el estado de alarma (apartado c) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981) consiste en «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones y locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados», posibilidad esta que contempla también la legislación sanitaria a la que luego aludiré.

El apartado d) del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 incluye en la lista de medidas la de «limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad» y el apartado e) del mismo artículo añade finalmente «impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción» en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, lo que recuerda el texto de los apartados e) y f) de la Ley de Orden Público de 1959, especialmente el primero de ellos que utiliza idénticos conceptos («dictar las normas necesarias») e, incluso, las mismas palabras («abastecimiento de los mercados», «funcionamiento de los servicios públicos», «centros de producción»).

En la legislación sanitaria, que tiene una muy larga tradición (Muñoz Machado, 2022) y requiere aquí por razones obvias mayor atención, son también perfectamente visibles medidas semejantes a las mencionadas por el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, incluso en la vieja Ley de Sanidad Nacional de 25 de Noviembre de 1944, cuya Base IV se dedicó a la lucha contra las enfermedades infecciosas. El texto de la Ley General de Sanidad de 25 de Abril de 1986 es muy expresivo en este sentido. Su artículo 26 concretamente dispone que

en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión de ejercicio de actividades, cierre de empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

De la Ley General de Sanidad de 1986 se desglosaron, como ha explicado Muñoz Machado (2022) algunos preceptos que por su contenido parecían reclamar una Ley Orgánica y que efectivamente se incorporaron a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de salud pública. El artículo 3 de ésta estableció en concreto que 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, cláusula abierta destinada a dar cobertura a todo tipo de intervenciones en la libertad

de los ciudadanos que pudiesen resultar precisas. Eso, al menos, invita a pensar que el precepto transcrito se adoptara finalmente con el rango de Ley Orgánica.

El artículo 4 de la propia Ley autoriza, en fin, a la Administración sanitaria a establecer temporalmente el suministro centralizado medicamentos o productos sanitarios cuando éstos se vieran afectados «por excepcionales dificultades de abastecimiento», así como a condicionar la prescripción de los mismos.

Por si esto fuera poco una tercera Ley, la General de Salud Pública de 4 de Octubre de 2011, permitió, incluso, ir más allá de la Ley Orgánica 3/1986 al autorizar a la autoridad competente la adopción, mediante resolución motivada, de una larga serie de medidas que dejan pequeño el cuadro de las que el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 señala como de posible adopción en el estado de alarma. No puedo dejar de reseñarlas aquí porque prueban más allá de toda duda lo que pretendo poner de manifiesto. Es la siguiente:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias;
- b) la intervención de medios personales y materiales;
- c) el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias;
- d) la suspensión del ejercicio de actividades;
- e) la determinación de las condiciones precisas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones y establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta Ley con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas;
- f) cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud.

Pues bien, si las situaciones de necesidad que contemplaba ayer y contempla hoy la legislación administrativa en general y, por supuesto, la legislación sanitaria coinciden absolutamente con las que legitiman la declaración por el Gobierno del estado de alarma, y si también coinciden las medidas que para hacer frente a dichas situaciones autorizaban aquella legislación y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, resulta obligado preguntarse ¿por qué optaron los constituyentes de 1978 por «inventar» un estado de necesidad nuevo, el llamado de alarma, si ya entonces la Administración disponía de poderes suficientes para hacer frente a las alteraciones de la normalidad que éste pretende atajar? ¿Hemos ganado algo con ello?

A estas primeras preguntas hay que añadir otra, más importante todavía: ¿por qué el Gobierno decidió el 14 de Marzo de 2020 declarar formalmente el estado de alarma contando como contaba con la panoplia de poderes que la legislación administrativa y, en particular, la legislación sanitaria ponía ya en sus manos?

Procuraré ir respondiendo a continuación a estas preguntas por el orden en que las he formulado, lo que me obliga a remontarme al proceso constituyente que dio vida al artículo 116 de la CE con el fin de dar respuesta, si es que es posible, a la primera de ellas.

3. El Derecho de excepción y las situaciones de necesidad

El artículo 116 de la Constitución no tiene mucha historia. En el Borrador del Texto constitucional que publicó la prensa diaria el 25 de Noviembre de 1977 había un artículo 125 con una formulación muy parecida, que pasó al Anteproyecto elaborado por la Ponencia que fue publicado por el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de Enero de 1978 sin otro cambio apreciable que el de su ubicación y su número, el 94, el último del Título IV dedicado a las Cortes Generales.

El informe de la Ponencia no aceptó la propuesta de la enmienda número 692, formulada por Simón Sánchez Montero, en nombre del Partido Comunista de España, que fue, en rigor, lo más relevante de todo el proceso. La enmienda proponía, en efecto, la supresión del estado de alarma y daba para ello una justificación que a mí me parece ahora extraordinariamente razonable. El Gobierno –entendía el enmendante– tenía poderes suficientes, por lo que podía ocurrir que sirviera para limitar derechos sin decirlo. Y si se trataba de circunstancias excepcionales que exigieran limitación de derechos, ya existía para ello el estado de excepción y el estado de sitio. Sánchez Montero, con la experiencia que le proporcionó su intensa y azarosa vida política, adivinó realmente lo que iba a ocurrir cuarenta y tres años después y el debate que iba a tener lugar en el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo.

La enmienda, a la que se opuso en términos más bien convencionales en la Comisión Constitucional del Congreso el Sr. Gabriel Cisneros Laborda, al que se sumó el Sr. Manuel Fraga Iribarne, fue rechazada por 26 votos en contra, 2 a favor y 1 abstención, rechazo que se repitió en el Pleno por 246 votos en contra, 33 a favor y 3 abstenciones.

En el Senado el tema se tramitó rápidamente, puesto que la enmienda número 51, presentada por el Sr. Lorenzo Martín-Retornillo, en nombre del grupo Progresistas y Socialistas Independientes, con el mismo contenido que la del Sr. Sánchez Montero, fue también rechazada por 19 votos en contra, 4 a favor y 2 abstenciones, retirándose a continuación.

No sé quién fue el autor de la idea de añadir a los estados de excepción y de sitio el estado de alarma porque los comentaristas del texto constitucional que por su condición de diputados (Oscar Alzaga) o de Letrados de las Cortes, como José Manuel Serrano Alberca, se encontraban más cerca y por esa razón podían haberlo sabido no han dicho nada al respecto. No fue, me parece, una idea afortunada, porque, como ponen de manifiesto los comentarios de uno y otro, ni siquiera estuvo claro en ese primer momento si los tres estados se relacionaban entre sí por su creciente gravedad o intensidad, o si, por el contrario, había que considerarlos como situaciones cualitativamente diferentes, que es otro de los problemas que ha sido objeto de debate en el proceso constitucional resuelto para la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021.

Lo cierto es que, tal y como ha sido dibujado por el artículo 116 de la Constitución y por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, que lo ha desarrollado, las fronteras, los límites, del estado de alarma distan mucho de ser nítidas. Por la derecha, por así decirlo, sus perfiles son más bien borrosos, ya que, como he dicho más atrás, no hay diferencias apreciables que lo separen de las situaciones de necesidad que contemplan las Leyes administrativas, problema que tampoco ha contribuido a aclarar el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981, según el cual en las catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud y en las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves, «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores», es decir, las específicas del estado de alarma, «las establecidas en las normas contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales», lo que no deja en buen lugar al estado de alarma porque da la impresión de que la panoplia de

medidas habilitadas por la legislación administrativa es más amplia que las que permite dicho estado.

Hay sí una diferencia importante entre la legislación administrativa de las situaciones de necesidad y el estado de alarma y es que el uso de aquéllas escapa a todo control porque la justicia administrativa es *a posteriori* y, por lo tanto, tardía, y el de este, en cambio, asegura el control parlamentario, ya que el Gobierno, aunque no necesita la autorización del Congreso para declararlo, sí la requiere para prorrogarlo, lo cual garantiza un seguimiento y una valoración de las medidas que se vayan tomando cada quince días en sede parlamentaria.

Con esta diferencia, repito, todo lo demás es exactamente igual, incluida la intensidad de las medidas que puedan adoptarse en uno y otro caso, ya que en el Derecho de excepción mandan siempre las circunstancias y no hay otro límite que el que resulta del principio de proporcionalidad. Las reglas de competencia y de procedimiento se borran y la propia jerarquía normativa se esfuma para dejar paso a los reglamentos llamados de necesidad, que pueden desplazar, incluso, a las Leyes formales por el tiempo que dure la excepcionalidad de las circunstancias.

Tampoco es muy clara la frontera que separa el estado de alarma del estado de excepción, al menos si uno se atiene a la letra de los textos, aunque esto ha sido también motivo de debate en el proceso constitucional resuelto por la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 y ha provocado la división de los Magistrados constitucionales a propósito de la interpretación del concepto de orden público. Los Magistrados de la minoría tienen, al parecer, una visión muy estricta de dicho concepto, influida muy probablemente por la experiencia de los estados de excepción vividos en el franquismo, muy vinculados a la política o para ser más exactos a la policía política.

Hay que decir, sin embargo, que el concepto del orden público, forjado en el siglo XIX, no se ha ceñido nunca a la seguridad ciudadana, que era sólo uno de los elementos del tríptico clásico, «tranquilidad, seguridad y salubridad». Las cuestiones concernientes a la salud pública siempre se han considerado, por lo tanto, parte sustancial del orden público, del orden ciudadano. No hay, por lo tanto, razón para excluirlas ahora del ámbito propio del estado de excepción tal y como lo define el artículo 13.1 de la Ley 4/1981, que termina refiriéndose a «cualquier otro aspecto del orden público».

Sobre todo ello habré de volver, como es lógico. Lo que quiero subrayar ahora como conclusión de lo hasta aquí dicho es que, contemplado en su conjunto, el artículo 116 de la CE, que en una primera mirada parecía limpio y claro, ha resultado problemático en extremo cuando se ha visto puesto a prueba y, lo que es peor, dudosamente eficaz. La simple lectura de la Sentencia constitucional 148/2021, de 14 de Julio, que ha declarado inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos «modificar, ampliar o restringir» del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, que declaró el primer estado de alarma, y de sus votos particulares, así lo demuestra, como vamos a ver a continuación.

4. El Estado de alarma y la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021

El Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, que declaró el estado de alarma, incluyó una impresionante batería de medidas que, pese a su aparatosidad, eran fácilmente identificables, en principio en los preceptos de las Leyes administrativas antes recordadas y, muy especialmente, en el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública

de 4 de Octubre de 2011. Hasta aquí tiene, sin duda, razón Muñoz Machado (2022) cuando dice que con las medidas previstas en la legislación sanitaria de excepción hubiera sido suficiente.

Si esto es cierto en general, no puede decirse lo mismo, en concreto, de la primera de las medidas de la larga lista contenida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, es decir, de la relativa a la «limitación de la libertad de circulación de las personas» (sic) a la que se refiere el artículo 7 del mismo. El apartado 1 de éste dice, convienen repetirlo aquí, que «durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada», precisando a continuación a qué concretas actividades se refiere.

El texto del precepto está redactado en positivo («las personas (...) podrán»), pero su sentido es inequívocamente prohibitivo: expresa, en efecto, con toda claridad una prohibición general que admite, desde luego, algunas excepciones, como el adverbio «únicamente» señala. Hubiera dado lo mismo escribirlo en negativo, es decir, empezando por «las personas... no podrán» seguido de un «salvo para la realización de las siguientes actividades». *In claris non fit interpretatio* se dice desde hace veinte siglos. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras», dice el artículo 3.1 del Código Civil, y aquí el sentido propio de las palabras es inequívoco.

Esa fue, como no podría ser de otro modo, la interpretación que *nemine discrepante* dio al artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 el pueblo español en general o, si se prefiere una expresión menos enfática, la sociedad española, que bautizó de inmediato a la norma dándole el nombre de «confinamiento», palabra que el Diccionario de la Lengua Española define como acción y efecto de confinar, esto es, de «recluir dentro de límites».

El Real Decreto 463/2020, artículo 7.1, recluyó en su domicilio a la totalidad de la población española, que, excepciones aparte, no pisó o, por lo menos, no pudo pisar legalmente la calle por decirlo de un modo gráfico durante todo el tiempo que estuvo en vigor ese primer estado de alarma. Nadie puede negar esto porque es una evidencia de la que todos, sin duda, tenemos alguna prueba en nuestras propias familias. Pues bien, establecido esto, hay que añadir a continuación que no hay en la legislación administrativa de excepción, incluida la más específica e, incluso, más expresiva también, legislación sanitaria, ningún precepto que se parezca a este artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 y que tenga una extensión y una intensidad semejantes.

El más parecido de todos, el artículo 17 de la ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 30 de Marzo de 2015, es mucho más comedido porque se limita a afirmar que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos (...) en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana (...) por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento», lo que apunta claramente a limitaciones o restricciones puntuales, de corta duración.

Su precedente, el artículo 19 de la ley orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de Febrero de 1992, era prácticamente idéntico. Ni siquiera la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959 llegó tan lejos, dentro incluso del estado de excepción, en el que el artículo 28 autorizaba a las autoridades administrativas a

prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que en el bando se determinen; la formación de grupos o el estacionamiento en la vía pública y los desplazamientos de localidad o bien exigir a quienes los hagan que acrediten su identidad y el itinerario a seguir.

La legislación sanitaria de excepción tampoco contempla una medida de alcance semejante a la del artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020. La cláusula general del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas especiales en materia de salud pública, se queda también más corta porque no se refiere a toda la población española en general, sino sólo a «los enfermos, a las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y al medio ambiente inmediato», sin que el inciso final del precepto («así como las medidas que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») pueda cubrir la distancia que media desde este punto a la generalidad de la población.

Teniendo en cuenta estos hechos, que nos constan a todos por notoriedad, y estos datos legales, que son también muy expresivos, resulta muy difícil –a mí al menos– aceptar la tesis mantenida por los Magistrados constitucionales de la minoría que formularon votos particulares disidentes de la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, incluso en la muy cuidadosa formulación que hace el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular, de que suspensión y limitación del derecho (en este caso a la libre circulación) son conceptos radicalmente distintos, «aunque las dos puedan llegar a un resultado material similar –la privación del derecho o el vaciamiento de su contenido–».

Soy, pues, de la opinión, en la línea que expuso ya en un primer momento un antiguo Magistrado constitucional, y notabilísimo profesor de Derecho Constitucional, el Sr. Manuel Aragón Reyes (2020) y, más recientemente en el estudio incluido en el volumen Memoria del Pleno sobre tres crisis encuadradas: sanitaria, económica y social, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Gómez-Ferrer Morant, 2021), de que la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que sólo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución (...): «Ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho, sino suspenderlo", cosa "bien distinta de la normativamente estipulada para el estado de alarma».

En mi opinión, la mayoría del Tribunal Constitucional acierta cuando subraya que el artículo 7.1 del repetidamente citado Real Decreto 463/2020 establece una regla general prohibitiva, que configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede de lo que la LOAES permite «limitar» para el estado de alarma («la circulación o permanencia... en horas y lugares determinados», artículo 11, letra a).

Tal restricción añade la Sentencia de 14 de Junio de 2021 –aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas las personas y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir y sólo puede justificarse cuando concurren las circunstancias previstas en el Real Decreto.

A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término «suspensión» parece difícil negar –yo así lo creo también– que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los caos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritas, como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa –concluye– implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de «suspensión», utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma Fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter «meramente» restrictivo y no suspensivo.

Por mi parte, sólo podría añadir que si se reconociera al estado de alarma la posibilidad de llegar a la privación del derecho a circular libremente o al vaciamiento de su contenido, como admiten los Magistrados disidentes, no sería necesario ya el estado de excepción, conclusión ésta absurda en el plano sistemático, a la que, como indica el brocado clásico, *nemo tenetur*. La Sentencia constitucional 148/2021, de 14 de Julio, ha puesto, pues, a mi juicio al menos, las cosas en su sitio.

5. A modo de conclusiones

Formularé sólo para terminar algunas consideraciones generales para que hagan el papel de conclusiones provisionales en el sentido procesal de la expresión.

Las normas de excepción incluidas en las Leyes administrativas, generales y sectoriales, son semejantes en todo, es decir, tanto en la definición del supuesto de hecho, como en las medidas que permiten adoptar y en la intensidad de éstas, a las que regulan el estado de alarma. Puestos a buscar alguna diferencia que permita compatibilizar ambos tipos de normas yo diría que los preceptos de las Leyes administrativas están pensados para dar respuestas inmediatas en los momentos iniciales de la situación de emergencia correspondiente. Por eso la legislación local habilita al Alcalde para adoptar esas medidas primeras de respuesta porque en todos los pueblos hay uno y él es la autoridad, la única autoridad en esos primeros momentos. Luego llegarán autoridades gubernativas superiores, que tomarán las riendas y recabarán los auxilios de los que un Alcalde no dispone.

Si la situación de necesidad o de emergencia amenaza con prolongarse días o semanas será el momento de pensar en pasar de la provisionalidad de esas primeras respuestas a la declaración formal del estado de alarma, que sustituirá la provisionalidad inicial y la intervención de las autoridades más inmediatas, más cercanas, por una organización *ad hoc* dirigida por el Gobierno o, por delegación suya, por el Presidente de la Comunidad Autónoma, a cuyas órdenes directas quedarán todas las Autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y los demás trabajadores al servicio de las mismas (artículo 7 y 9 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio).

No hay ninguna razón que justifique la correlación orden público –estado de excepción–, ni que excluya aquél del ámbito propio del estado de alarma. Entenderlo así sólo es posible a través de un concepto restrictivo del orden público, que no es con toda evidencia el de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio.

El artículo 4 de esta refiere el estado de alarma a «alteraciones graves de la normalidad», entre las que incluye «la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad» y «situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad» lo que viene a coincidir con «el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público» que el artículo 13 de la misma Ley utiliza para definir el supuesto habilitante de la declaración del estado de excepción.

La vieja Ley de Orden Público del 30 de Julio de 1959 se situaba también en esa línea al precisar en su artículo 2 que «son actos contrarios al orden público: (...) b) los que altera o intentan alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos».

La diferencia entre los estados de alarma y de excepción no está, pues, en el supuesto de hecho que justifica su declaración, sino en la intensidad de las respuestas que uno y otro permiten. Si la situación de emergencia obliga a suspender uno de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 55 de la Constitución o a vaciarlo de contenido será obligado echar mano del estado de excepción, ya que el de alarma no permite llegar tan lejos, como ha puesto de manifiesto la Sentencia constitucional de 14 de Julio.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (10 de abril, 2020). Hay que tomarse en serio la Constitución. *El País*. https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html
- Banco de España. (17 de mayo, 2023). *La deuda de las Administraciones Públicas ascendió a 1.535 mm de euros, el 113% del PIB, en marzo de 2023*. <https://www.bde.es/wbe/es/noticias-eventos/actualidad-banco-espana/notas-banco-espana/deuda-aapp-marzo-2023.html>
- Fernández Rodríguez, T. R. (2020). El estado de derecho, a prueba. En D. Blanquer (coord). *COVID-19 y Derecho Público* (pp. 19-24). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2022). *El poder y la peste*. Iustel.
- Organización Mundial de la Salud. (6 de mayo de 2023). Se acaba la emergencia por la pandemia, pero la COVID-19 continúa. <https://www.paho.org/es/noticias/6-5-2023-se-acaba-emergencia-por-pandemia-pero-covid-19-continua>
- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (ed.) y Gómez-Ferrer Morant, R. (coord.). (2022). *Memoria del pleno sobre tres crisis encadenadas: sanitaria económica y social*. Aranzadi.
- Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 191, 29 de julio de 1992, pp. 1-112.

Legislación

- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. *Boletín Oficial del Estado* núm. 134, de 5 de junio de 1981.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado* núm. 77, de 31 de marzo de 1985.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado* núm. 80, de 3 de abril de 1985.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado* núm. 102, de 29 de abril de 1986.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. *Boletín Oficial del Estado* núm. 46, de 22 de febrero de 1992.
- Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. *Boletín Oficial del Estado* núm. 280, de

- 22 de noviembre de 2003.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. *Boletín Oficial del Estado* núm. 240, de 5 de octubre de 2011.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado* núm. 167, de 14 de julio de 2020.
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado* núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. *Boletín Oficial del Estado* núm. 176, de 24 de julio de 2001.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Boletín Oficial del Estado* núm. 67, de 14 de marzo de 2020.
- Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 268, de 9 de octubre de 2020.
- Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 282, de 25 de octubre de 2020.
- Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291, de 4 de noviembre de 2020.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional. Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. *Boletín Oficial del Estado* núm. 182, de 31 de julio de 2020.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021. Recurso de amparo 2109-2020. *Boletín Oficial del Estado* núm. 268, de 9 de noviembre de 2020.