

LA PUGNA SOBRE LA PREVALENCIA DEL ESTADO DE ALARMA O DE LOS PODERES DE NECESIDAD DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA COMO EXPRESIÓN DE LAS DIFERENCIAS SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO

UN DEBATE MÁS ALLÁ DE LA CONTROVERSIA ENTRE EL FORMALISMO CONSTITUCIONALISTA DEFENSOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRAGMATISMO ADMINISTRATIVISTA

JOAN RIDAO MARTÍN*

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la pandemia de la covid-19, algunos sectores doctrinales han entendido que el artículo 3 de la Ley Orgáni-

ca 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP) no cumple con la exigencia constitucional de predeterminación normativa, por lo que no puede servir como fundamento para que las Comunidades Autónomas (CCAA) puedan restringir derechos fundamentales. Esta interpretación encomienda en esta última posibilidad al estado

* Profesor agregado de Derecho Constitucional. Universitat de Barcelona.



Parque urbano del antiguo cauce del río Turia.

de alarma, por lo que sólo el Gobierno central puede adoptar o permitir la adopción de tales medidas, necesarias para proteger la vida de millones de personas frente a un gravísimo riesgo, o bien plantea una reforma del marco legal para precisar con detalle los supuestos habilitantes previstos en la legislación sanitaria (Javier Barnes, Ana Carmona, Miguel Presno Linera, Eva Sáenz)¹. Otros sectores doctrinales, como veremos, sostuvieron lo contrario (Alba Nogueira, Francisco Velasco, Iñaki Lasagabaster, Andrés Boix, o Gabriel Domenech).

Se trata de una confrontación en la esfera del derecho público en la que, por un lado, se han expresado posiciones de carácter eminentemente formalista, aparentemente más garantista para con los derechos fundamentales, pero que, al mismo tiempo “no [tiene] suficientemente en cuenta las obligaciones positivas de protección que para el Estado se derivan del derecho fundamental a la vida, y excesivamente apegada a ideas e interpretaciones preconcebidas, que no resisten el contraste con la realidad”; y en que, por el otro, se han manifestado posiciones más pragmáticas, “atenta[s] a la realidad del tiempo en que hay que aplicar la ley, que ha[n] tratado de encontrar

una interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los bienes constitucionales en juego. Una interpretación atenta no sólo a ciertas libertades afectadas (como la de circulación), sino también al derecho a la vida, que impone directamente obligaciones positivas de protección a todos los poderes públicos”².

Hay que decir, con todo, que esta última posición no se cierra a una mejora de la actual regulación legal del derecho de crisis sanitario, advirtiendo sin embargo que mientras ello no sea posible éste debe interpretarse y aplicarse de forma que permita conciliar razonablemente todos los bienes constitucionales en juego. Cabe añadir, por lo demás, que este debate, que ha confrontado dos visiones aparentemente antagónicas en el campo del derecho público –sustancialmente entre constitucionalistas y administrativistas, respectivamente– ya emergió con especial intensidad con motivo del ejercicio de la función de tutela jurisdiccional de las medidas previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), donde se pudo constatar la existencia de aproximaciones divergentes en torno a la viabilidad jurídica de los confinamientos perimetrales decretados sobre la base de la legislación sanitaria.

A este respecto, primero sintetizaremos estas posiciones y, posteriormente, expondremos nuestro parecer.

¹ Vid. J. BARNES, “Un falso dilema”, *El País*, 14 de agosto de 2020; A. CARMONA, “El fin...”, *op. cit.*, y “Pandemia y restricción de derechos fundamentales”, *El País*, 26 de octubre de 2020; E. SÁENZ, “Limitar derechos fundamentales durante la pandemia”, <<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/limitar-derechos-fundamentales-durante-la-pandemina>> [última consulta: 20 de diciembre de 2020] y “Los confinamientos perimetrales son ‘inconstitucionales’ y sin amparo legal”, *Radio Zaragoza*, 20 de octubre de 2020; y M. PRESNO LINERA, “Fortalezas y debilidades del Derecho de excepción frente al covid-19”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, n.º 99. 2020.

² Vid. “Entrevista a Gabriel Domènech. La covid-19 y el derecho administrativo”, *Periferias*, 21 de febrero de 2021. Puede consultarse en: <<https://espacioperiferias.com/2021/02/21/gabriel-domenech-la-crisis-del-covid19-y-el-derecho-administrativo/>> [última consulta: 11.03.2021].

2. LOS ARGUMENTOS DE LAS POSICIONES FAVORABLES A LA NECESIDAD DE DECLARAR EL ESTADO DE ALARMA COMO PRESUPUESTO PARA LA AFECTACIÓN GENERAL DE DERECHOS

Para los defensores de esta tesis, la aplicación de medidas como el confinamiento perimetral –que implica que la población residente en las áreas concernidas experimenten una sustancial restricción en la libertad de circulación–, supuso en su día una “vuelta de tuerca” respecto del elenco de restricciones de la libertad deambulatoria adoptadas al inicio de la pandemia, a lo que se sumaba el insólito planteamiento por parte de algunas CCAA de activar el “toque de queda” –que luego se pondría en práctica, con el segundo estado de alarma, pese a tratarse de una figura de reminiscencias bélicas y carente de regulación en nuestro ordenamiento³–. En ese sentido, estos sectores significaron el hecho de que la activación de tales mecanismos limitadores del derecho fundamental a la libertad de movimientos (art. 19 CE), concebidos en unos términos subjetivos eminentemente genéricos –sus destinatarios eran todos los individuos que residían en una población, al margen de si estaban infectados o no y de si estaban o habían estado en contacto con otros enfermos– suscitaba poderosas dudas en cuanto a su adecuación constitucional, por lo que debía determinarse si contaban con una base normativa idónea.

En este contexto, advirtieron de que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales pueden ser restringidos por medio de ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, que “los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley”, y se respete el principio de proporcionalidad (STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5)⁴. Con lo que, atendiendo al carácter reglamentario de la mayoría de disposiciones autonómicas sobre la covid-19, insistieron en que en nuestro ordenamiento constitucional la regulación de los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante ley porque esa categoría normativa es producto de la voluntad de los representantes de la ciudadanía reunidos en el Parlamento⁵. En otras palabras, que

³ “Cataluña pide el estado de alarma para decretar el toque de queda ante la ‘grave’ situación epidemiológica”, *El País*, 23 de octubre de 2020. Puede consultarse en: <<https://elpais.com/espana/catalunya/2020-10-23/cataluna-pide-tiempo-para-evaluar-sus-restricciones-antes-de-aplicar-el-toque-de-queda.html>> [última consulta: 11 de marzo de 2020].

⁴ Según la referida STC 76/2019, de 22 de mayo (FJ 5), la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites, “no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio”. Concretamente, las disposiciones legislativas que restringen derechos fundamentales han de cumplir las exigencias de previsibilidad y certeza, lo que se concreta en la necesidad de establecer “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” prevista (STC 292/2000, FJ 15).

⁵ Para E. SÁENZ (“Limitar derechos fundamentales...”, *op. loc. cit.*), el artículo 3 LOMESP no satisface las exigencias del principio constitucional de legalidad en su vertiente material, pues, “ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por [las] autoridades sanitarias ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación”. La consecuencia de la excesiva indeterminación del precepto, según la autora, sería que este “en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción

resultaba como mínimo dudoso que una habilitación (genérica) a la autoridad sanitaria para adoptar “las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, tuviera el suficiente grado de certeza y previsibilidad en los propios límites que cabe imponer a los derechos y en su modo de aplicación⁶.

De no ser así, se argumentaba, aun cuando las medidas restrictivas legalmente previstas persiguiesen un fin constitucional lícito, la falta de precisión en la previsión de los presupuestos materiales que permite la limitación de derechos fundamentales generaría un efecto de indeterminación que no tiene cabida en la Constitución. Y en este caso, a decir del Tribunal Constitucional, “[l]a ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla” (STC 76/2019, FJ 5). O lo que es igual, que los términos del tantas veces repetido artículo 3 LOMESP no podrían satisfacer las exigencias del principio constitucional de legalidad en su vertiente material, pues este precepto ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por las autoridades sanitarias ni las condiciones y garantías de esa limitación⁷.

De ahí que las leyes sanitarias estatales –entre ellas la referida LOMESP–, y por supuesto las autonómicas, tal y como están concebidas, sólo pueden tener por objeto “medidas individuales” en la lucha contra la pandemia: cierres de instalaciones, inmovilizaciones, suspensión de actividades, aislamiento, etc. Y ello, según esta misma perspectiva, significa que tienen por exclusivos destinatarios a individuos o grupos individualizables de personas (una familia, una comunidad, una sección de un barrio). Según esta concepción, quedarían fuera de su ámbito las que se dirigen a una pluralidad indeterminada de personas (un municipio, una comarca, una provincia o una Comunidad

de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial”. Y concluye que “hoy por hoy, la única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías” es la LOEAE.

⁶ Ciertamente, el sometimiento a ratificación judicial de aquellas 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 ex artículo 8.6 LJCA contribuye a la seguridad jurídica, aunque puede sostenerse que, en el caso de los confinamientos generales, no tiene sentido prever la ratificación judicial, al tratarse de regulaciones generales con destinatarios indeterminados. Cabe sin embargo dudar de que en algunos casos se trate de una regulación general y de que los destinatarios sean indeterminados, confinamientos limitados (por ejemplo, el confinamiento de un hotel en Tenerife).

⁷ Por ejemplo, E. SÁENZ (“Limitar derechos fundamentales...”, *op. loc. cit.*). Frente a tal concepción, G. DOMÉNECH (“Competencia autonómica para adoptar medidas de contención”, *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020. Puede consultarse en: <<https://almacenderecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>> [última consulta: 14 de marzo de 2021] sostiene que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 confiere unos poderes amplísimos a las Administraciones competentes en materia de sanidad (las comunidades autónomas). Éstas pueden adoptar “las medidas que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Para Doménech el legislador no ha querido especificar o limitar en modo alguno el tipo de medidas que cabe tomar para combatir estos riesgos. De acuerdo con una interpretación estrictamente literal de este precepto, las autoridades sanitarias pueden imponer cualquier medida que consideren indispensable a estos efectos. Reconoce Doménech que semejante habilitación genérica, realmente insólita en el marco de nuestra legislación, se justifica en que permite conferir a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad.

Autónoma)⁸, que sólo podrían adoptarse al amparo del estado de alarma. Además de que, en tanto en cuanto se trataría de disposiciones limitadoras de derechos fundamentales, éstas debían interpretarse de forma restrictiva o, cuando menos, escoger la interpretación más favorable para esos derechos.

Para algunos autores en particular, además, la problemática constitucional señalada no se agotaba en la exigencia de previsiones legislativas respetuosas con los requisitos aludidos (previsibilidad y certeza), y de índole restrictiva, pues si así fuera resultaría suficiente con modificar la LOMESP e incorporar una cláusula habilitante ajustada a lo que exige el Tribunal Constitucional –en la línea de lo planteado en su día por el Consejo de Estado en su dictamen con motivo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la ley sanitaria gallega–. Según estas mismas posiciones doctrinales, dicha posibilidad no cabría porque la cuestión nuclear subyacente a las operaciones restrictivas señaladas remitiría a un contexto de emergencia sanitaria a gran escala, como la pandemia de la covid-19, en la que la respuesta constitucionalmente idónea para su gestión se situaba necesariamente en el ámbito del derecho de excepción, y concretamente el estado de alarma. Este argumento se fundaría en el hecho de que las limitaciones proyectadas por las medidas restrictivas sobre la libertad de movimientos eran de tal intensidad en términos cuantitativos –al afectar a millones de ciudadanos–, y también desde la perspectiva cualitativa –al operar de modo indistinto sobre cualquier persona independientemente de si están o no contagiada–, que difícilmente eran susceptibles de encuadrarse en una regulación llamada a aplicarse en condiciones de normalidad. En fin, que la extraordinaria gravedad de la situación –con cifras crecientes de contagios y riesgo de colapso del sistema sanitario– requeriría otro tipo de respuesta jurídica, y eso, en términos constitucionales, supondría declarar el estado de alarma.

3. LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA Y A LA VIRTUALIDAD DE LOS PODERES DE NECESIDAD QUE OTORGA EL DERECHO DE CRISIS ORDINARIO

Para estos autores, el artículo 3 LOMESP confiere unos poderes amplísimos a todas las Administraciones competentes en materia de Sanidad⁹ –el precepto habla de “autoridades sanitarias” en plural–, a diferencia de lo que acontece en la

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), que atribuye poderes excepcionales exclusivamente a la autoridad sanitaria estatal (art. 52 y 54). Además de que las previsiones de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) no excluyen la posibilidad de adoptar otras normas y decisiones en situaciones de crisis, pues no existe en el artículo 116 CE o en ninguna otra norma constitucional una “reserva” material a favor del estado de alarma que lo impida, dejando de lado incluso la especial rigidez que implica el recurso a los estados excepcionales.

Por otra parte –aducían–, si bien es cierto que el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) prevé la competencia del Estado para actuar con motivo de crisis o alertas sanitarias, mediante el sistema de cláusulas generales de la normativa sanitaria, no es menos cierto que dichas actuaciones centralizadas se moverían más bien en el ámbito de la protección civil o de la seguridad ciudadana y no en el de la sanidad, como ha destacado el propio Tribunal Constitucional¹⁰. Como se recordará, la normativa de protección civil estatal contempla la situación de “emergencia de interés nacional”, la cual, una vez activada, dotaría al Estado de ese mando único indicado [art. 28 Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC)]¹¹.

Volviendo al artículo 3 LOMESP, señalaban que parecía evidente que las autoridades sanitarias autonómicas pueden adoptar “las medidas que estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, y que el legislador, como se desprende claramente de ese precepto, no especificó o delimitó en modo alguno el tipo de medidas a tomar para combatir estos riesgos. Además de que, como se recordará, el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS): “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 del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. Y el apartado 2 de ese mismo artículo, que dispone: “entre tales medidas se encontrarían además de las explícitamente enumeradas de suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales cuales-

⁸ Para J. BARNES, “Un falso...”, *op. loc. cit.*, las medidas que se pueden adoptar por las autoridades competentes en aplicación de las normas sanitarias podrán ser de dos tipos: i) medidas individualizadas (entendidas como aquellas que se dirigen a un grupo individualizable de personas) cuando se trate de medidas que incidan gravemente sobre la libertad u otro derecho fundamental –y en todo caso siempre con la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º–; ii) medidas más generales si inciden superficialmente sobre la libertad como las normas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia o acondicionamiento.

⁹ El Estado no ha tenido reparo alguno en acudir en otros momentos, v. gr. la Orden SCO/1496/2003, de 4 de junio, por la que se completa las disposiciones en la Red nacional de vigilancia epidemiológica, en relación con la declaración obligatoria y urgente del Síndrome Respiratorio Agudo Severo. Recuérdese que también las autoridades municipales están facultadas (art. 21.1.m LBRL). No obstante, las medidas adoptadas por los alcaldes se dictaron, en este caso, fundamentalmente, para lograr la continuidad de la

vida vecinal y municipal, no incidiendo especialmente sobre los derechos de la ciudadanía.

¹⁰ STC 33/1982, de 8 de junio, dictada en el Conflicto positivo de competencia 16/1982 de 8 de junio de 1982, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, contra el Gobierno, en relación con la comunicación dirigida por el Gobernador Civil de Barcelona al Consejero de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña el 21 de septiembre de 1981, haciéndole saber que teniendo instrucciones de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, se había adoptado las medidas pertinentes en relación con determinadas partidas de mejillones en estado nocivo.

¹¹ Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA y A. SÁNCHEZ LAMELAS, “Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica”, <www.aepda.es>, de 16 de marzo de 2020: “dicho, en otros términos, no cabe por razones de emergencia la centralización de las medidas o actuaciones dispuestas ex artículos 2, 3 y 4 LOMESP”.

quiera otras que se consideran sanitariamente justificadas”¹². Lo que constituye “[...] una enumeración, más precisa de medidas potencialmente restrictivas de determinados derechos fundamentales, entre los cuales destaca el de libertad de empresa, y por otro, de una cláusula más general que habilitaría a cualesquiera otras medidas que se consideren necesarias”¹³, que permite considerar que se cumple la exigencia relativa a la calidad de la Ley. Y el artículo 26.1 LGS habla de la posibilidad de adoptar “las medidas que estimen pertinentes”. De modo que parece indudable que la legislación sanitaria incluye una pléyade de actuaciones que “no tienen nada que envidiar en cuanto a su amplitud a las medidas contempladas por la LOEAES”, puesto que, además de enumerar una serie de medidas estándar, “todas las leyes estatales sanitarias contemplan una cláusula general de habilitación que la regulación del estado de alarma no contempla directamente”¹⁴.

Por otra parte, contra el argumento, esgrimido por algunos autores, al objeto de negar que el artículo 3 LOMESP habilite a las autoridades autonómicas para adoptar medidas más o menos generalizadas de contención de la covid-19, de que, al tratarse de una disposición que limita derechos fundamentales, debe ser interpretada restrictivamente, se razonaba que el gran problema de este argumento es que el artículo 3 LOMESP y las medidas que en él se prevén tienen un doble efecto: resuelven un conflicto entre dos bloques de derechos fundamentales, aquellos que se restringen, de los que derivan para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los

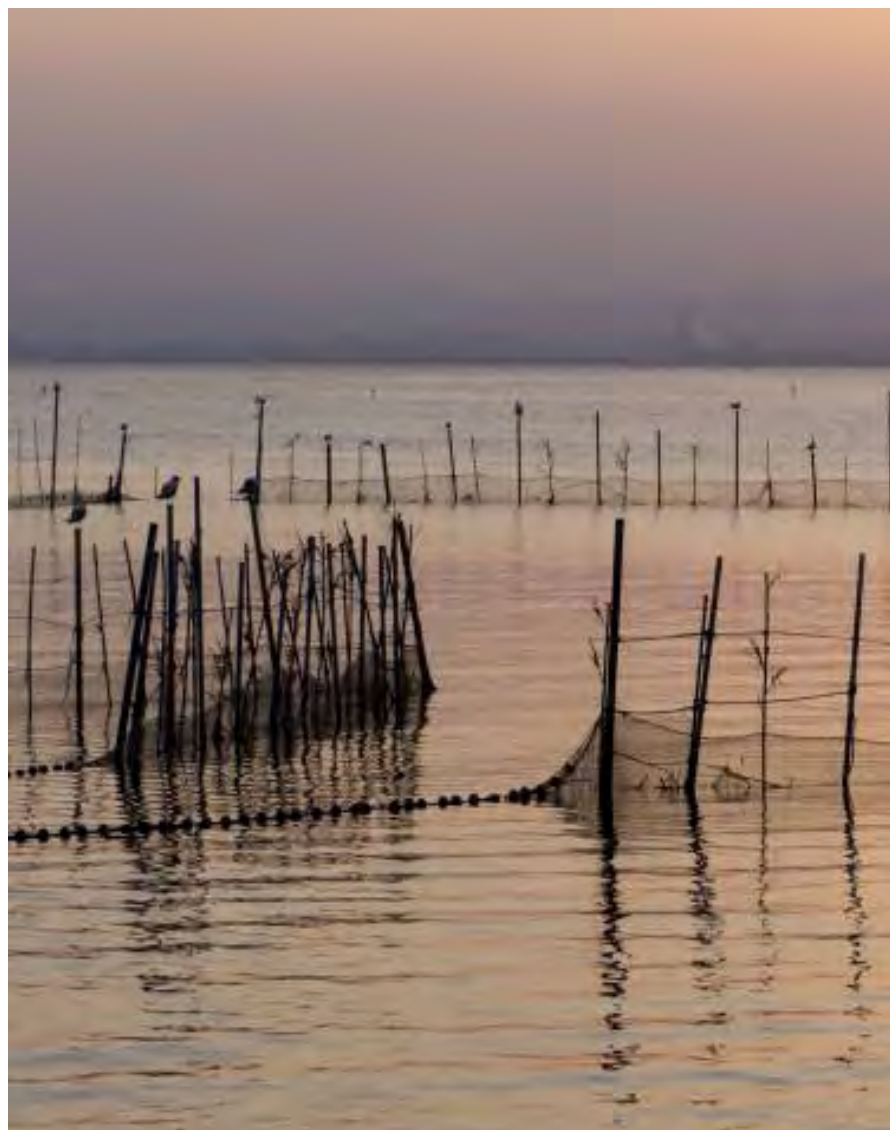
derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Con lo que no se comprende bien por qué motivo se hacía necesaria una interpretación restrictiva de una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando ésta es manifiestamente contraria a su tenor literal y tampoco viene respaldada por otras normas o principios del ordenamiento jurídico. En estos casos, lo pertinente sería optar por una interpretación que lograra un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos en juego, es decir, una solución que no limitase o desprotegiese inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos, como ha dejado sentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una abundante jurisprudencia.

Además, en coherencia con la singular naturaleza del “Derecho de crisis”, y en concreto de las crisis graves de orden sanitario, resulta justificado que las “cláusulas generales” puedan interpretarse como una habilitación legal en términos amplios o genéricos, pues es en estas situaciones para las que están concebidos los mencionados preceptos. Precisamente porque, como ya se ha expuesto al principio de estas páginas, es muy probable que el legislador no pueda anticiparse y disponer de una regulación de detalle, y ello pese a que haya que dar una respuesta pública inmediata y,

¹² El apartado 2 del artículo 26 igualmente dispone por un lado que “la duración de las medidas [...] que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” y por otro, que “en cualquier caso se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados”. Por su parte, el artículo 54 LGSP dispone que “[...] sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, y sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas: a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias. b) La intervención de medios materiales o personales. c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias. d) La suspensión del ejercicio de actividades. e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, 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 incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”. El referido precepto, además, contiene determinadas garantías que permiten sostener la calidad de la Ley cuando dispone: “las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

¹³ Vid. T. DE LA QUADRA JANINI, “Estado Autonómico y lucha contra la pandemia”, BIGLINO, P. y DURÁN ALBA E, *Los efectos horizontales de la covid sobre el sistema constitucional*. Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza: 2020, pp. 17-18.

¹⁴ Vid. V. ÁLVAREZ GARCÍA, “El coronavirus (covid-19)...”, *op. cit.*, p. 13. En todo caso, debe advertirse que la LOMESP es posterior en el tiempo a la LOEAES, por lo que, si en algún punto existe una contradicción entre ambas, debería prevalecer aquella con arreglo al artículo 2.2 del Código civil (*lex posterior derogat priori*).



Parque Natural de la Albufera.

con frecuencia, drástica, a fin de mitigar el riesgo que sobreviene.

Finalmente, y no por ello menos relevante, estos autores vinieron a significar que no parece que del conjunto del marco normativo expuesto se deduzca que las competencias del Estado o de las CCAA para adoptar estas medidas sean “exclusivas”. Antes, al contrario, en atención a la mejor protección de los bienes jurídicos que se trata de salvaguardar, habría que entender que se da un solapamiento o una concurrencia competencial¹⁵. La posibilidad de que este solapamiento –o complementariedad– genere decisiones contradictorias puede salvarse mediante sistemas de colaboración en sentido amplio (internormativa e interorgánica), y más estrictamente con la coordinación de las autoridades implicadas, aspecto éste al que nos referiremos más adelante cuando hablemos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹⁶.

¹⁵ También *vid.* A. NOGUEIRA, “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, p. 29, quien destaca que “atendiendo al solapamiento de medidas que el ordenamiento jurídico permite adoptar a través de distintas vías (leyes sanitarias, planes de emergencia, estado de alarma), parecería que el efecto distintivo de la declaración del estado de alarma es el competencial”.

¹⁶ Y no acudiendo a la posibilidad de que prevalezcan las medidas eventualmente adoptadas por el Gobierno al amparo de la declaración del estado

4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PUEDEN ADOPTAR MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES NECESARIAS Y PROPORCIONADAS PARA PROTEGER LA VIDA, Y SUJETAS A CONTROL JUDICIAL

Como acabamos de ver, ante una crisis inopinada y tan grave como la pandemia de la covid-19 se suscitó el debate sobre el posible alcance de las medidas restrictivas de derechos, los instrumentos idóneos para adoptarlas, y las facultades de las CCAA, las cuales, por otra parte, disponen no sólo de competencias en materia de sanidad y protección civil, sino también en ámbitos como la educación o el comercio interior. No en vano, hay que recordar que, en un primer momento, tras las

de alarma, en virtud del principio de prevalencia ex artículo 149.3 CE (F. VELASCO CABALLERO, “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 83). Pues, como bien ha señalado I. LASAGABASTER (“La respuesta a la pandemia del covid-19 y el estado de las autonomías”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad editada por el Programa en Cultura de la Legalidad*, 2020, p. 139), “[...] la prevalencia puede producir que la norma autonómica pierda su vigencia, lo que puede suceder si una ley básica estatal afecta a una ley autonómica de desarrollo anterior”. Por otra parte, la prevalencia debe entenderse como una norma a la que recurrir cuando el conflicto entre normas afecta a otros principios constitucionales, en especial, a la naturaleza jurídica de ley y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.





Playa de la Malvarrosa.

primeras medidas acordadas a nivel autonómico –e incluso local–, el presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, se aprestó a transmitir a la opinión pública la idea de que “la lucha contra el coronavirus no entiende de territorios ni colores políticos”¹⁷. Con esta sentencia, el jefe de gobierno quiso poner de relieve el tipo de respuesta centralizada que se quería dar a la crisis sanitaria, al menos en una primera fase, bajo el pretexto de la gravedad y extensión de la crisis. A nivel jurídico, incluso, se llegó a sostener sin pudor desde algunos sectores que la propia esencia del estado de alarma, sumado al natural protagonismo que en él adquiere el Ejecutivo central, autorizaba a afectar el orden constitucional de distribución de competencias¹⁸.

¹⁷ “La lucha contra el coronavirus no entiende de territorios ni colores políticos”, *El Correo*, 15 de marzo de 2020, <<https://www.elcorreo.com/sociedad/salud/lucha-coronavirus-entiende-20200315010711-nt.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>> [última consulta: 9 de diciembre de 2010].

¹⁸ Hay que tener presente que tanto los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa como el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma, ratificaron sustancialmente las medidas adoptadas por las CCAA (véase L. SALAMERO, “Covid-19 y jurisdicción contencioso-administrativa. La autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la tutela de la salud pública”, *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, L. SALAMERO (COORD.), 2020, pp. 309-336 y, de la misma autora, “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la covid-19”, *Diario La Ley*, n.º 9638, 2020). Si bien, más adelante, la polémica rebrotó después de que finalizase dicho estado y las CCAA recuperasen sus competencias ordinarias en materia de sanidad. La preocupante multiplicación de nuevos contagios en algunas zonas determinó que varias autoridades autonómicas (por ejemplo, Cataluña, Galicia o el País Vasco) acordasen medidas similares. Vid., también, VELASCO CABALLERO, “Libertades públicas durante el estado de alarma por la covid-19”, D. BLAN-

Las dudas surgieron, sobre todo, a la vista de lo que establece la LOEAE, que atribuye al Gobierno la competencia para decretar el estado de alarma en casos de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” (art. 4.b) y que, en su virtud, le permite acordar medidas tales como: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios de centros de producción afectados (art. 11).

Desde esta misma perspectiva territorial, el debate discurrió –bajo la vigencia del primer estado de alarma– entorno a si las “autoridades competentes delegadas” debían ser autonómicas y no estatales, y sobre si la actuación conjunta Estado-CCAA debería haberse desarrollado desde un buen principio bajo instrumentos de colaboración y de coordinación como el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹⁹, sin asumir

QUER (COORD.), *Covid-19 y Derecho Público*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2020, p. 80-81.

¹⁹ Como se analizará más adelante, el CISNS, según la definición que recoge el artículo 69 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, es “el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Adminis-

el Estado directamente todas las competencias, al estilo de lo que más adelante se propondría para el momento de levantarse el segundo estado de alarma (9 de mayo de 2021). No en vano, para cuando en la fase de desescalada y más intensamente durante la segunda ola de la pandemia –a partir de octubre de 2020– se impuso la llamada “cogobernanza” entre el Estado y las CCAA, en otros Estados descentralizados como Alemania, las regiones llevaban desde interviniendo de forma decisiva desde un buen principio de la crisis, estando habilitadas para solicitar ayuda a la Federación y al resto de *Länder*²⁰.

Y es que las facultades previstas en la legislación sanitaria –tanto estatal como autonómica–, que se refieren a aspectos como el internamiento hospitalario, la vacunación forzosa, el cierre de instalaciones, inmovilizaciones, suspensión de actividades, etc. responden al esquema general de “cláusulas estándar” en materia de salud pública y de prevención de la transmisión de enfermedades contagiosas, y que alcanzan a la adopción de medidas individuales –que tienen como destinatarios a individuos o grupos individualizables de personas como una familia, una comunidad, una sección de un barrio, etc.–, o bien responden a la modalidad de “cláusulas generales”, en el sentido que afectan tan solo superficialmente a aquellos sujetos –normas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia o acondicionamiento–, y por ello mismo se hallan sujetas a autorización previa o a ratificación judicial en la medida en que inciden sobre derechos fundamentales. Y es esa generalidad de algunas cláusulas previstas en la legislación sanitaria la que propició dudas en algunos sectores acerca de si un tipo de confinamiento domiciliario tan exigente –que obliga a la permanencia en su domicilio a la mayoría de los ciudadanos y a permitir la salida exclusivamente para acudir a trabajos considerados esenciales, a atender urgencias y a la compra de productos básicos– consiente que sea adoptado por una Comunidad Autónoma o bien requiere inexorablemente de la declaración del estado de alarma o, cuando menos, del apoyo de dicho estado excepcional una vez declarado²¹.

tración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”.

²⁰ La “Ley para la prevención y lucha de las enfermedades infecciosas humanas” (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*), de 20 de julio del 2000, más conocida como “Ley de protección frente a infecciones” (*Infektionsschutzgesetz*) prevé diversos mecanismos o medidas estándar (*Standardmaßnahmen*), para hacer frente a las enfermedades infecciosas, que van desde la observación de los enfermos (art. 29) hasta la posibilidad de establecer cuarentenas en hospitales o en casa (art. 30), pasando por la prohibición de ciertas actividades (art. 31). Estas medidas nominadas se completan con el art. 28.1 que habilita a las “autoridades competentes” (*zuständige Behörde*) a dictar “las medidas de protección necesarias” (*die notwendigen Schutzmaßnahmen*), como mecanismo de cierre en caso de no ser suficientes las anteriores, al tiempo que reconoce la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de libertad de la persona (art. 2.2 GG), de reunión (art. 8 GG), de circulación (art. 11.1 GG) y, en fin, la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 GG). Fueron los propios presidentes de los *Länder* quienes hicieron uso de esta norma, puesto que la competencia es suya por el juego de los artículos 74.19 y 84 GG. El Estado Federal (Bund) se limitó a establecer directrices con objeto de lograr una actuación coordinada y homogénea y para ello se logró un acuerdo en una reunión conjunta el 16 de marzo de 2020 (*Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Bundesländer angesichts der Corona-Epidemie in Deutschland*). A este acuerdo siguieron otros varios. Vid. I. LASAGABASTER, “La respuesta...”, *op. cit.*, p. 133.

²¹ Debe recordarse que las “fases” de la desescalada se pusieron en marcha vigente el estado de alarma y que en los meses de mayo y junio de 2020 se pretextó que las medidas restrictivas de cada una de ellas sólo se podían

A este respecto, queremos traer a colación una voz autorizada como la de Pedro Cruz Villalón, que se felicitó de que la “denostada Constitución de 1978 una vez más había funcionado”²², al tiempo que reconocía que “la presente emergencia [en alusión a la pandemia de la covid-19] es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla adecuadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio”. Ahora bien, no puede perderse de vista que esta opción no dejaba de ser una *rara avis* en el panorama del derecho comparado, como ya hemos analizado en otro momento. En Alemania también encontraron una respuesta constitucional, porque la Ley Fundamental no la contenía de manera inequívoca. Y esa respuesta fue acudir a la legislación de infecciones, modificándola, sin declarar ninguno de los estados excepcionales de la Constitución²³. Igual que sucedió en Austria. O como en Bélgica, Italia o Dinamarca, aprobando leyes *ad hoc*²⁴.

A nuestro parecer, y ello se nos antoja como lo más relevante, la adopción de medidas como las contempladas en la legislación sanitaria estatal y autonómica es legítima siempre y cuando se observen algunos límites como el principio de legalidad (lo que requiere el amparo de una norma de rango adecuado); y otros establecidos por las mismas leyes y la jurisprudencia constitucional: necesidad (lo que exige una suficiente, no necesariamente extensa, pero sí racional justificación); proporcionalidad (de manera que la restricción sea ponderada y adecuada al fin, pero sin llegar a la desnaturalización del derecho); temporalidad o transitoriedad y no extensión ilimitada (de forma que se limite su vigencia a las circunstancias existentes); y siempre que se sometieran al debido control judicial ex LJCA²⁵.

De ahí que, a lo sumo, procedía escrutar si está justificado que las medidas adoptadas por las CCAA puedan alcanzar a derechos fundamentales relacionados con la movilidad y circulación

imponer por medio de un estado de alarma, razón por la que éste subsistió durante toda la primavera.

²² P. CRUZ VILLALÓN, “La Constitución bajo el estado de alarma”, *El País*, 17 de abril de 2020.

²³ J. PÉREZ ROYO, “El espejo alemán: similitudes y diferencias”, *Blog de ElDiario.es*, 28 de abril de 2020, <https://www.eldiario.es/contracorriente/espejo-aleman-similitudes-diferencias_132_5946700.html> (última consulta: 3 de marzo de 2021).

²⁴ Si bien es cierto que en ninguno de estos dos países existe una previsión similar a la del art. 81 de la Constitución, es decir, una reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales, ello, no obstante, en ambos países la mera “limitación” de derechos ha sido admitida por la doctrina, siendo discutido, como se ha visto supra, para el caso de los confinamientos (*vid.* G. VILLAR, “Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 54, Iustel, 2020, p. 3. Y que en Bélgica, la Constitución no autoriza la suspensión de derechos fundamentales (art. 55).

²⁵ Vid. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*; E. ARNALDO ALCUBILLA, “El estado de alarma en la encrucijada”, *Revista de Derecho Global*, vol. 6, n.º 16, México, 2020; y F. J. GARCÍA ROCA, “El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus”, *Covid-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario – UCM, Madrid, 2020, p. 32-33; A. GARCÍA DE ENTE-RRÍA e I. NAVARRO MEJÍA, “La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del covid-19”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 108, 2020, p. 245-288; P. GARCÍA ESCUDERO, “Actividad y funcionamiento de los Parlamentos españoles en la crisis sanitaria por covid-19”, *Covid-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena, Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º Extra 8, 2020, pp. 131-146.

o con la concentración de personas, puesto que es difícil que se vean afectados otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información pública, la libertad de prensa y la tutela judicial²⁶. Y, en todo caso, más allá de la razonabilidad de las dudas expresadas, lo que parece incuestionable es que ambos regímenes –alarma y sanitario– son complementarios y se auxilian recíprocamente, pues los contornos de uno y otro –si los situamos en la individualidad o en la generalidad de la injerencia sobre los derechos fundamentales– no es geoméricamente perfecta, aunque la función que corresponde a cada uno, como hemos visto, resulta lo suficientemente clara.

Además de que el recurso inexorable al estado de alarma –aun con sujeción a los principios y requisitos expuestos– no deja de plantear problemas jurídicos de primer orden, referidos no tanto a la afección de derechos como a la arquitectura descentralizada del Estado, lo que justificaría su empleo no sólo como *ultima ratio*, sino tan sólo cuando estuviese plenamente justificada una respuesta centralizada y unitaria²⁷. Como se ha señalado, hay buenos argumentos para pensar que la declaración del estado de alarma satisfizo el afán del Gobierno de dar respuesta a la crisis con el mayor alcance político posible, asumiendo un liderazgo omnimodo, especialmente en el primer *momentum* de la pandemia, proyectando la imagen de un Ejecutivo enérgico, comprometido, que recurría, por juzgarlo necesario, a los poderes de excepción reconocidos en la Carta Magna, y todo ello con un marcado tono presidencialista de resonancias decimonónicas. Pese a que dicho protagonismo –que generó no poca incomodidad en algunos responsables autonómicos– acabó cediendo a partir de la segunda fase de la pandemia, coincidiendo con el período de mayor colaboración interadministrativa²⁸.

En efecto, después del intento indisimulado de embridar centralmente la gestión de la crisis, que por momentos pareció reducir el rol autonómico a la tarea de auxilio de la Administración General del Estado por la vía de recopilar información y análisis, se retomó una efectiva gestión territorializada, según las necesidades del momento y del lugar, en correspondencia con el reparto de papeles entre ambos niveles administrativos

²⁶ Sobre esto último, *vid.* E. ARNALDO ALCUBILLA, “El estado de alarma en la encrucijada”, *Revista de Derecho Global*, México: 2020; y G. ENRÍQUEZ MALAVÉ, “Institucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma”, *Diario La Ley*, n.º 9520, de 24 de abril. *Vid.*, también, M. PRESNO LINERA (<<https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus134806>>), A. BASURTO e Í. BILBAO (<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/03/delgadalinia-alarma-excepcion/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=delgadalinia-alarma-excepcion>) o F. VELASCO (<<https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/04/05/ante-una-suspension-de-derechos-fundamentales-masbien-no/>>>).

²⁷ En muchos casos se defendió la intervención del Gobierno en atención a que, por ejemplo, la adopción de 17 medidas singulares de confinamiento podía no ser igual de eficaz que una decisión única en todo el territorio del Estado. *Vid.* T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “Estado Autonómico...”, *op. cit.*; F. VELASCO, “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020; G. MARTÍN ALONSO, “L'estat d'alarma per la crisi de la covid-19 i l'afectació de l'autogovern territorial”, *Revista catalana de dret públic*, número especial, p. 72-88.

²⁸ Son de esta opinión, entre otros, I. LASAGABASTER, “La respuesta a la pandemia...”, *op. cit.*, p. 139 y G. VILLAR CRESPO, “Repensando el derecho...”, *op. cit.*, p. 3.

y en el marco del citado Consejo Interterritorial. En este contexto, la regulación autonómica –ahora ya con la cobertura del estado de alarma– permitía dar respuesta a la emergencia sanitaria, con expresión de las concretas modalidades de intervención previstas en el art. 3 LOEAES, o simplemente acudiendo a los estándares previamente adoptados por el Gobierno central durante el estado de alarma, pero adaptados a la realidad autonómica –retornando a algunas zonas de su territorio a “Fase 2” o “Fase 1”–.

Insistimos. Puede admitirse que cupieran algunas dudas acerca de la suficiencia como habilitación a favor de las Comunidades Autónomas de los artículos 3 LOEAES (y 8.6 de la LJCA), por tratarse de medidas que en muchos casos limitan derechos fundamentales²⁹. Se trata de un debate también presente en el Derecho comparado³⁰. Ahora bien, de ser así, de entrada, ese mismo argumento era válido para el Gobierno central, pues “[a] diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE a *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ. 8)³¹.

En esencia, la cuestión estriba en si se considera que el confinamiento constituye una mera “limitación” o si, por el contrario, se considera que se trata de una auténtica “suspensión” de la libertad deambulatoria. Y a nuestro modo de ver, la libertad deambulatoria fue permitida para algunas finalidades (trabajadores esenciales, atención a personas desvalidas, provisión de alimentos), con lo que difícilmente podría hablarse de suspensión. La “limitación” comporta mantener la funcionalidad del derecho en algunos aspectos, de forma que lo hacen identificable y la “suspensión”, en cambio, implica que tal derecho no puede ejercerse como tal. Además, parece evidente que el ejercicio de poderes de necesidad lleva aparejado, en la práctica totalidad de las situaciones que se puedan presentar, una

²⁹ Algunos autores se han mostrado muy críticos, como L. COTINO (“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*, n.º 86-87, 2020, p. 94, por considerar que tales medidas han llevado a “situaciones paradójicas como que se permiten restricciones [de los derechos fundamentales] que no se podrían dar bajo el estado de alarma”, poniendo como ejemplo “los confinamientos declarados en aplicación de este Derecho ordinario” que “pueden incluso suponer una suspensión de la libertad de circulación no permitida por la Constitución bajo el estado de alarma”; medida última que otros autores han configurado, directamente, como inconstitucional.

³⁰ Por ejemplo, en Italia, donde los alcaldes han hecho uso de los poderes que les atribuye el art. 50.5 del Decreto Legislativo núm. 267, de 18 de agosto del 2000, por el que se aprueba el Texto Único de las Leyes sobre la ordenación de los entes locales, que les habilita para adoptar ordenanzas coyunturales y urgentes (*ordinanze contingibili e urgenti*), “en caso de emergencia sanitaria o de higiene pública [*emergenze sanitarie o di igiene pubblica*]”. El solapamiento de actuaciones a nivel local, regional y estatal ha provocado la activación del artículo 35 del Decreto Ley, núm. 9, de 2 de marzo de 2020, de medidas urgentes en materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica de la covid-19, prevea en el marco de la coordinación de las citadas Administraciones, que impedía la adopción de nuevas medidas y declaraba ineficaces las ya adoptadas.

³¹ Este precepto –al que cabría adicionar el artículo 117.5 relativo a la jurisdicción militar– ha de ser interpretado como una genuina “reserva constitucional”, frente al juego de las cláusulas generales o de los reglamentos de necesidad. De modo que, si no es posible suspender esos derechos bajo el estado de alarma o bajo la cláusula general constitucional del artículo 155, tampoco podrán ser suspendidos al amparo del “Derecho legal de necesidad”.

mínima restricción de las libertades y derechos, si es que se pretende que tengan efectividad real. Como veremos más adelante, sólo cuando tales actuaciones penetren en el “contenido esencial” de los derechos podrá decirse que se ha ido más allá de una mera limitación permitida por la ley ordinaria. Ese es el núcleo de la cuestión y lo que puede justificar que se hayan llegado a plantear algunos interrogantes acerca de los confinamientos acordados por las autoridades autonómicas, especialmente por si preveían —o no— una aplicación dilatada en el tiempo.

A este respecto, puede decirse que en España el “Derecho legal de necesidad” es más flexible, pero también más garantista que el Derecho Constitucional de excepción, especialmente el estado de alarma “gubernamental” del artículo 116 CE, puesto que “desde el momento en que se plantea la prórroga del estado de alarma más allá del período inicial de quince días, su naturaleza varía, para convertirse en un estado excepcional parlamentario”³². En cambio, “la legislación específica sobre sanidad [...] a que se refiere el artículo 12.1 de la Ley orgánica suele contemplar ya las medidas contenidas en el artículo 11 de la misma, con la ventaja de que no es preciso acudir a las formalidades propias de la declaración de un estado excepcional”³³.

Por otra parte, cuanto a la posibilidad de someter a limitación el ejercicio de derechos fundamentales, debemos recordar que, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos y las libertades que la Constitución reconoce no tienen carácter absoluto o ilimitado, sino que pueden verse sometidos a ciertas modulaciones o límites, justificados en la protección de otros derechos, bienes o valores constitucionales, siempre con la debida proporcionalidad. En este sentido, la salud pública es un bien constitucionalmente protegido, cuya tutela, impuesta por el artículo 43 CE, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato constitucional de protección de la salud pública con el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE, como tuvo oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional en su Auto 40/2020, de 30 de abril.

Junto a ello, hay que tener igualmente presente que el Tribunal Constitucional ha admitido el establecimiento de medidas limitativas de derechos y libertades —incluidos derechos fundamentales y libertades públicas—, sin tener que acudir necesariamente al llamado derecho de excepción, si bien con el necesario respeto a la reserva de ley (art. 53.1 y 81.1 CE), de modo que debe ser la ley la que habilite la injerencia en el ámbito de los derechos y libertades y exprese los presupuestos y las condiciones de la intervención. Con todo, el propio TC, desde bien temprano (STC 5/1981, de 13 de febrero, entre muchas otras) ha incidido en la necesidad de aplicar un criterio restrictivo sobre el alcance de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas, en el sentido de exigir la ley orgánica únicamente para la regulación de un derecho fundamental o de una liber-

tad pública que desarrolle la Constitución de manera “directa” y en “elementos esenciales”, ya sea a través de una regulación directa, general y global del mismo, ya sea en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho, a fin de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas³⁴. Así, la remisión a los derechos fundamentales y las libertades públicas que se efectúa en el artículo 81.1 CE debe ceñirse a aquellos regulados en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución³⁵. A estos efectos, como es sabido, el TC ha definido los caminos para definir el contenido esencial (STC 11/1981, de 8 de abril):

“El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. [...] [Y] [e]l segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. *Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*” [la cursiva es nuestra].

Así las cosas, es claro que las actuaciones de necesidad prevista en la legislación ordinaria de necesidad no se proponen “desarrollar” el derecho fundamental o afectarlo de modo “directo”, sino únicamente indicar restricciones al “modo”, al “lugar” o al “tiempo” de su ejercicio (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), en un supuesto habilitante y durante el espacio de tiempo estrictamente necesario para confrontar la situación extraordinaria. En todo caso, debería hablarse de limitaciones al derecho, tal como expresa la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia (entre otras, STC 74/2019, STC 171/2013, STC 14/2013 y STC 292/2000)³⁶. Si bien, tales limitaciones deben destinarse a la protección de un

³⁴ La STC 173/1998, de 23 de julio, ha subrayado la idea de que en nuestro ordenamiento constitucional la reserva de ley orgánica responde a la finalidad de encomendar a un procedimiento legislativo que exige el respaldo de una mayoría cualificada el desarrollo normativo inmediato de la Constitución en aquellos aspectos básicos o fundamentales del orden constitucional que por ser complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente se sustraen al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples. El instrumento de la ley orgánica, “convierte a las Cortes en ‘constituyente permanente’”. Por ello el Tribunal ha calificado la ley orgánica como legislación extraordinaria o “excepcional”, en la medida en que tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación, entre otras, a las normas que establecen restricciones de esos derechos.

³⁵ Vid. T. DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, “Estado autonómico...”, *op. cit.*, p. 7.

³⁶ Sobre la idea de limitación, delimitación, contenido del derecho, *vid.* M. A. APARICIO PÉREZ y M. BARCELÓ I SERRAMALERA (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, Atelier: Barcelona: 2012, p. 623-648; L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMP y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. I. Tirant lo Blanch, València: 2020, p. 130 y ss.; J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid: 2020, p. 198.

³² Vid. P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid: 1984, p. 74.

³³ P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 80.



Parque Natural de la Albufera.

bien “constitucionalmente protegido” y ser “proporcionales” al fin pretendido (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6)³⁷:

“[...] la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales [...] mantener el criterio contrario es tanto como impedir que los órganos estatales cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional [...] en este marco constitucional, el legislador [ordinario] puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial”.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 6) subrayó que el artículo 81 CE, al aludir al “desarrollo” de los derechos fundamentales, hace referencia a que la exigencia de ley orgánica “no puede extremarse [...] al punto al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”. Esta misma doctrina ha venido siendo reiterada en postreras resoluciones, como la STC 127/1994, de 5 de mayo (FJ 3), que señala que la Carta Magna:

“[...] cualquier disciplina legal que ‘afecte’ a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobada por Ley Orgánica, sino que una ‘regulación’ de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del art. 81.1 de la Constitución –en vez de en la reserva de Ley ordinaria del art. 53.1– cuando ‘desarrolle’ la Constitución

de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental”.

Es por ello que, a nuestro parecer, en el caso que nos ocupa no entrarían dentro de la reserva de ley orgánica las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de determinados derechos fundamentales como la libertad deambulatoria (STC 53/2002, de 27 de febrero, y 186/2013, de 4 de noviembre). Además de que no es incompatible la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual se establece la reserva y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para conseguir, si se desea, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (entre otras, STC 137/1986, de 6 de noviembre). No en vano, mediante el ya citado ATC 40/2020, de 30 de abril, el Tribunal Constitucional avaló durante la pandemia de la covid-19 la limitación del derecho fundamental de manifestación en un caso concreto, basado en razones estrictamente sanitarias, exponiendo, entre otras consideraciones, que:

“En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días [...]. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. (...) nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”.

³⁷ A esta sentencia se pueden añadir otras ya centradas en derechos concretos, como la libertad de circulación: STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3; o STC 93/1994, de 22 de marzo, FJ 4. En esta última se significa que “las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable”.

A mayor abundamiento, hay que tener también presente que en nuestro ordenamiento no todas las “cláusulas generales” están previstas en leyes orgánicas: las contenidas en el artículo 16 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal³⁸, para el caso de “emergencia fitosanitaria”; o en el art. 58 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas³⁹. Por no hablar de las restricciones o limitaciones de derechos que, de forma nominada y típica, se prevén en numerosas leyes sectoriales, como es el caso de la normativa de protección civil –tanto estatal como autonómica–, o la prevista en el art. 7 bis.5 referida a “las medidas restrictivas de derechos que sean adoptadas”; o, incluso, en un plano más ordinario, el art. 18 del Real Decreto Legislativo, 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴⁰.

Así pues, la reserva constitucional del desarrollo de los derechos fundamentales a la ley orgánica no implica que sólo sea la Administración estatal la que pueda adoptar las medidas restrictivas de derechos a las que habilita la correspondiente ley orgánica en caso de crisis sanitaria, además de que la reserva de la competencia de regulación que cabría derivar de la reserva recogida en el artículo 81.1 CE no conlleva necesariamente la reserva de la competencia de ejecución. Y tampoco puede perderse de vista la garantía que supone el control judicial: sólo la LOMESP prevé una intervención de esta índole en todo nuestro ordenamiento. Huelga decir que las medidas de la LOMESP son mucho más garantistas que las que se dictan sobre la base del estado de alarma, pues ya sabemos que la LOEAES sólo contempla la intervención parlamentaria para la prórroga del estado de alarma, y que las medidas de carácter autoaplicativo tomadas por ministerio de ese estado excepcional no son impugnables ante los órganos de lo contencioso-administrativo.

Precisamente, algunas de las medidas del estado de alarma se dictaron por remisión a la LOMESP, a través del artículo 12.1 LOEAES (“[e]n los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales”), y éstas, en tanto en cuanto podían limitar derechos fundamentales, no tuvieron intervención judicial alguna; intervención que, de haberse aplicado directamente la norma sanitaria indicada, sí habría existido. Y la disposición final I, apartado primero del Real Decreto 463/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma, determinaba que “[q]uedan 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”.

5. CODA

En suma, puede convenirse que a la vista de la experiencia acumulada durante la gestión de la pandemia de la covid-19 sea deseable una modificación y mejora de la regulación legal de las crisis sanitarias, porque tanto los preceptos que regulan el estado de alarma como los que regulan la adopción de medidas por las autoridades sanitarias son, por su propia naturaleza, imprecisos, y no contemplan –a excepción de algunas medidas estándar– todos los supuestos concretos, ni las medidas necesarias en cada eventualidad de riesgo, y ello puede suscitar y problemas aplicativos. Ahora bien, el artículo 3 LOMESP –como el resto de la legislación sanitaria estatal y autonómica, donde la hay– proporciona sin duda a las autoridades sanitarias un amplio poder para adoptar todas las medidas que resulten necesarias a fin de combatir una pandemia. No en vano, las Comunidades Autónomas, antes de que el Estado decretara el estado de alarma, ya había acordado confinamientos que nadie cuestionó y que la autoridad judicial validó⁴¹.

En otras palabras, el estado de alarma no ha otorgado, a los efectos de enfrentar una pandemia como la de la covid-19, el poder de adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales que no se pudieran adoptar en virtud del artículo 3 LOMESP. Otra cosa es que se considere que la LOEAES –por su excepcionalidad y por su rango de ley– cubre cualquier decisión que el Gobierno desee tomar, y singularmente la exigencia de reserva de ley y el mandato de determinación. Con lo cual asistimos a la paradoja de que, por un lado se afirma que el legislador orgánico (LOMESP) no puede otorgar a las Comunidades Autónomas una habilitación genérica para tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales, mientras que por el otro se afirma que el mismo legislador orgánico (LOEAES) puede autorizar al Gobierno central a restringir derechos fundamentales durante la vigencia del estado de alarma por entender –sin previsión constitucional para ello– que el decreto del estado de alarma cubre las exigencias de la reserva de ley. Sin duda, este planteamiento no sólo genera más inseguridad jurídica y condiciona el ejercicio que pueda hacerse de la tutela judicial en el futuro. Además de que el estado de alarma plantea problemas adicionales en términos de control (no se puede acudir a la jurisdicción ordinaria), y si dura menos de quince días, no requiere ni el control posterior del Congreso de los Diputados, y puede ser prorrogado por varios meses, como se ha visto. Y, por supuesto, supone una alteración de las competencias ordinarias para decidir en materia sanitaria, desplazando en el poder de decidir a las Comunidades Autónomas que son las que cuentan no sólo con los recursos para la gestión de la crisis de que se trate sino también de la experiencia necesaria a estos efectos. De donde es lícito presumir que tanto la opción inicial por el estado de alarma, como después algunas propuestas para perpetuarlo tienen mucho que ver con una opción política centralizadora de la distribución territorial del poder político. ❖

³⁸ BOE núm. 279, de 21.11.2002.

³⁹ BOE núm. 176, de 24.07.2001.

⁴⁰ BOE núm. 261, de 31.10.2015.

⁴¹ Vid. “Entrevista a Gabriel Domènech...”, *op. cit.*