

SOBRE LA CREACIÓN, CATEGORIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NUEVA LEGALIDAD: ALARMA EN EL ESTADO DE DERECHO

MARCOS M. FERNANDO PABLO¹
Universidad de Salamanca

Cómo citar/Citation

Fernando Pablo, M. M. (2021).
Sobre la creación, categorización y aplicación de la nueva
legalidad: alarma en el Estado de derecho.
Revista de Administración Pública, 214, 253-280.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.10>

Resumen

El desarrollo de la reciente crisis de la COVID-19 ha tensionado los sistemas jurídicos y el Estado de derecho tal como era entendido y aplicado en Europa. Nuevos tipos de normas, nuevos tipos de decisiones públicas y nuevas intervenciones del Poder Judicial en garantía de derechos. En España, el manejo jurídico de la crisis ha padecido un conjunto de carencias y dificultades interpretativas que se exponen y critican, comenzando por la reacción en el sistema de fuentes, los efectos prácticos de la excepcionalidad constitucional, su aplicación sancionadora y las deficiencias en la acción posterior que, en lugar de reformas en la legislación ordinaria, ha optado por un derecho excepcional de nuevo cuño.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo.

Palabras clave

Derecho de excepción; emergencia; sanción; libertades públicas.

Abstract

The current public health crisis due to COVID-19 has put an extraordinary weight on legal and legislative systems, especially affecting the State of Law, as it is understood and applied in Europe. We have witnessed new types of rules or public decisions and innovative judicial interventions among European countries during this period. In Spain, the legal management of the crisis has suffered from a series of deficiencies and interpretive difficulties. The following text aims to expose and comment on some of the legal implications arising from the answers given from the public powers. The effect on the system of sources, the practical effects of the constitutional exceptionality, its sanctioning application and the deficiencies in the subsequent reaction once the official emergency declaration has ceased, are examined in these lines. The foregoing leads to the conclusion that a newly-minted «law of exception» has been chosen.

Keywords

Emergency law; exception; sanction; public liberties.

SUMARIO

I. UNA EXPLICACIÓN PREVIA. II. LA MANIPULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: 1. Deslegalizaciones *a posteriori*. 2. Reales decretos leyes con rango de ley orgánica, convalidados fuera de plazo, y derogados, pero vigentes. 3. Órdenes ministeriales habilitadas como reales decretos. 4. Potestades de excepción y potestades ordinarias. El sistema de fuentes en el derecho de emergencia: subsidiariedad, tipicidad, preferencia, competencia y temporalidad. III. DEL ESTADO DE ALARMA A LA LEGALIDAD ORDINARIA DE EMERGENCIA: 1. Un estado de alarma en todo el territorio: ¿qué sancionar? 2. Rescatar y aplicar las viejas categorías. 3. El derecho de los derechos: límites y restricciones de los derechos fundamentales. 4. Una intervención judicial no jurisdiccional. IV. *NECESSITAS NON HABET LEGEM*. LA NECESIDAD DE REINICIAR EL ESTADO DE DERECHO: 1. La reinterpretación del derecho de emergencia hacia la excepcionalidad. 2. Un estado de alarma dinámico, deslizante e imposible. 3. Reiniciar el Estado de derecho.

I. UNA EXPLICACIÓN PREVIA

El hipérbaton que sirve de título quiere llamar la atención sobre la necesidad de realizar una *evaluación de los daños* que la pandemia ha ocasionado en el derecho público español. Las circunstancias en las que en España se ha desarrollado la crisis sanitaria han impedido, *de facto*, un funcionamiento regular de las instituciones que hubiera podido amortiguar tales consecuencias. A diferencia de lo sucedido, por ejemplo, en Francia, donde, como simple dato, la aplicación de rastreo Stop COVID fue ampliamente debatida y votada en el Senado por tratarse de un instrumento muy sensible en materia de derecho a la privacidad, el papel del Parlamento español se ha ceñido al mínimo constitucionalmente exigible. La autorización, por parte del Congreso, de la prórroga del estado de alarma declarado por medio del 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, con posibilidad de extenderse hasta el 9 de mayo de 2021, puede que haya comprometido gravemente la claridad del ejercicio de sus facultades constitucionales.

La reacción jurídica en otros Estados europeos tampoco dejó de plantear dudas constitucionales, ante el nuevo derecho de emergencia: el *Conseil Constitutionnel*² censuró parte de la ley prorrogando el estado de urgencia sanitaria, estado inédito en Francia; el *VfGH* austriaco, en diferentes pronunciamientos de 14 de julio, consideró inconstitucionales ciertas medidas de aplicación de la ley de medidas COVID-19 relativas al toque de queda; el *VfGH* alemán en decisión de 16 de julio examina la inacción del poder legislativo respecto al establecimiento de reglas de *triaje* frente a enfermos sensibles.

Entre tanto, la presencia de la jurisdicción administrativa ha sido constante: hasta el momento actual, reactivado el estado de emergencia sanitaria, el *Conseil d'État* (actuando como *juge des référés* en garantía de una libertad pública) se ha pronunciado sobre medidas y limitaciones, tales como el cierre de discotecas, el uso de cámaras térmicas, el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, la falta de medios de protección del personal sanitario, las limitaciones a la libertad de culto, vigilancia mediante drones del cumplimiento de las medidas en la ciudad de París o la obligación de portar mascarilla en las vías públicas³. El mismo supuesto es enjuiciado, en Italia, desde las peculiaridades del sistema de producción normativa de urgencia, por los Tribunales Administrativos Regionales (TRA), que se enfrentaron a una peculiar pandemia normativa territorial para la cual se han esforzado en construir alguna regla sistemática⁴.

En España, además de la ausencia del Parlamento, hemos contemplado un ejercicio reiteradísimo de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, y un papel

² Cfr. Décision n° 2020-800DC de 11 mayo de 2020. La Décision 2020-803DC de 9 de julio enjuicia la ley regulando las condiciones de salida de tal estado de emergencia sanitaria. Disponible en: <https://bit.ly/2MXNvqW>.

³ Véase *Conseil d'État, Lettre de la Justice Administrative*, n. 60 julio 2020, édition spéciale: «La justice administrative pendant la crise sanitaire».

⁴ Por ejemplo, TAR Lazio, Sentencia de 19 de octubre de 2020. Ordenanza del presidente de la región de Lazio que declaraba: «[...] a partir de la fecha de publicación de esta ordenanza y hasta nuevo aviso existe la obligación, en toda la región, de llevar la máscara en lugares al aire libre, durante todo el día, sin perjuicio de otras medidas sectoriales vigentes». Otras normas estatales habían reformulado esta obligación. El TAR argumenta (traducción propia): «De ahí la configuración, como se anticipó, de un sistema regulador *en forma de abanico* (que abre y cierra según el nivel de emergencia que se produzca en cada momento), por otro lado, basado en un mecanismo de *doble cumplimiento invertido*, es decir, de abajo arriba, cuando las regiones regulan ciertas áreas pendientes de cualquier intervención gubernamental...; y ordinario o puro, es decir, de arriba abajo, cuando sea el gobierno quien disponga que determinadas medidas establecidas por el mismo pueden ser objeto de nuevas derogaciones *in peius* o *in melius*, sobre la base de datos epidemiológicos también disponibles sobre una base territorial, y, en determinadas condiciones, [...] por parte también de las autoridades locales [...]».

Lo que entre nosotros se enfatizó como «cogobernanza» produce complicaciones que requieren reglas en el sistema de determinación del derecho de urgencia aplicable.

colateral del Poder Judicial, cuando se ha tratado de convivir dentro de la normalidad constitucional.

La constatación de que los problemas que España ha afrontado no han sido diferentes a los de otros Estados —ni siquiera en lo relativo a la carencia de suministros de material de protección sanitaria—, sino que las peculiaridades apuntan más bien a la defectuosa respuesta jurídico-pública ofrecida, resultado de la falta de acierto en la formulación y aplicación de un nuevo derecho de emergencia, explican este comentario. Su carácter de urgencia me excusará de una presentación debidamente anotada de todas las contribuciones que se están realizando⁵ y, me permite solicitar que se den por supuestos infinidad de incisos del tipo «probablemente» y «quizás», tal como recomendaba L. Habachi a los egipólogos.

Con esta premisa se quiere identificar cuánto daño ha sufrido el contenido técnico de la cláusula de Estado de derecho (art. 1 CE). Aunque no cronológica-

⁵ No obstante, he aquí unas referencias a la reciente bibliografía del derecho público en la emergencia sanitaria, aunque omitiendo contribuciones en *blogs* y *newsletters*: J. Vivas Roso (coord.) (2020), *Derecho Público en tiempos de pandemia: Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19*, Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP); D. Blanquer Criado (dir.) (2020), *COVID 19 y derecho público (durante el Estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo Blanc; V. Álvarez García, F. Arias Aparicio y E. Hernández Díez (2020), *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Madrid: Iustel; M. A. Recuerda Girela (dir.) (2020), *Antes de la próxima pandemia*, Pamplona: Aranzadi.

Estas referencias deben completarse, al menos, con el número 86-87 «Especial Corona virus marzo-abril 2020», de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, y con las contribuciones recopiladas en el Observatorio Coronavirus y Derecho público, disponible en: <https://bit.ly/2MyeLN3>

El control por los tribunales españoles ha sido puntualmente seguido por D. Fernández de Gatta Sánchez (2020), «El Estado de alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales», *Diario La Ley*, 9651, págs. 1-21; este mismo aspecto en A. J. Pérez-Cruz Martín (2020), «El control jurisdiccional de la Declaración del Estado de alarma y sus prorrogas», *Revista General de Derecho Procesal*, 52, págs. 1 y ss.

Las referencias comparadas son igualmente numerosas, con igual predominio de aportaciones en *newsletter* y *blogs*. Puede verse, para el caso italiano, A. Celotto (2020), *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena: Muchi Editorie; F. Cuocolo (ed.) (2020), «I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata (aggiornato al 5/5/2020)», *Federalismi.it (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo)*, Observatorio Covid-19, 1; S. Covolo (2020), «Il difficile bilanciamento tra la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e gli altri diritti inviolabili, ai tempi dell'emergenza coronavirus. Soltanto il parlamento può essere garante contro l'arbitrio del potere esecutivo», en *Diritto.it*. Para el derecho alemán, Ph. Cossalter (2020), «Le droit public allemand et le Coronavirus», *Revue générale du droit*, 51830. Desde ese mismo derecho, «Covid 19 and states on emergency» en *Verfassungsblog*. Una visión de conjunto en «Backgrounder: Covid-19 and States of Emergency in Europe» en *Democracy-reporting international*. También en ese *site*: «Emergency measures and the rule of law in the age of covid-19».

mente expuesto, se examina la creación y aplicación del derecho de emergencia en las tres etapas vividas a lo largo del último año (estricta excepcionalidad constitucional, ejercicio de potestades ordinarias y nuevo derecho de excepción formulado *ad hoc*), utilizando como contraste las construcciones más tradicionales entre nosotros.

II. LA MANIPULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

1. DESLEGALIZACIONES A POSTERIORI

El asunto comenzó, antes de la declaración del estado de alarma, con la manipulación del sistema de fuentes. Recuérdense el Real Decreto 399/2020, de 25 de febrero, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, que estableció la composición de la Comisión Delegada para asuntos de inteligencia, notoriamente contra lo que establecía la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. La ausencia de previa deslegalización de esta materia (esa concreta Comisión Delegada y la Comisión de Política Científica y Tecnológica se encontraban reguladas por norma con rango de Ley) hizo aquella modificación evidentemente ilegal. Para salvar el asunto, el posterior Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, derogó lo previsto en la Ley del CNI y lo previsto en la Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación que regulaba aquella otra Comisión Delegada. El Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2020⁶ inadmite el recurso contencioso contra el real decreto citado, por evidente falta de legitimación del recurrente (un partido político).

2. REALES DECRETOS LEYES CON RANGO DE LEY ORGÁNICA, CONVALIDADOS FUERA DE PLAZO, O DEROGADOS, PERO VIGENTES

El mismo fenómeno de desprecio al sistema de fuentes se vio cuando, sin ningún titubeo o duda, se *modificó* (:?) un precepto que tiene carácter de ley orgánica (el art. 4 de la vieja Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública) mediante un real decreto ley: todavía hoy la versión consolidada que ofrece el *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, advierte de esa *modificación* mediante el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo. Llamativo resultó también el hecho de que se sometiera a convalidación algún real decreto ley después de sobrepasado el plazo constitucional de treinta días *siguientes a la promulgación* (art. 86-2 CE), y no menos notable que se consiguiera, sin problemas especiales, dicha convalidación.

⁶ Véase Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio 2020 [ECLI: ES:TS:2020:6327A].

En efecto, el Real Decreto Ley 4/2020, de 18 de febrero, publicado el 19 de febrero, es sometido a convalidación en la sesión de 25 de marzo⁷ comenzando la intervención de la señora ministra de Trabajo y Protección Social con estas palabras: «Hace poco más de un mes se publicaba en el BOE...».

Un plazo constitucional de treinta días *siguientes* a la publicación se transformó en un plazo de no importa cuántos días más (2020 fue un año bisiesto) con el argumento implícito de que el plazo constitucional debe interpretarse como días hábiles siguientes, porque así lo ordena el Reglamento del Congreso (art. 90: «[...] los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán en días hábiles...»). Las dos normas, la constitucional y la del Reglamento del Congreso, se refieren a diferente supuesto, dado que este último es aplicable únicamente a los plazos establecidos «en este Reglamento», mientras el plazo de convalidación de los decretos leyes está establecido en la propia Constitución.

El *estrés* al que venía siendo sometido nuestro Estado de derecho era ya importante antes del 14 de marzo de 2020. Y, pese a la declaración del estado de alarma, o quizá a consecuencia de ello, la dinámica de *dequotazione* de reglas constitutivas del sistema de fuentes, se agudizó en un punto ya ampliamente conocido: la acelerada dinámica de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo. Casi las dos terceras partes de las iniciativas legislativas que se tramitaban en el Congreso en noviembre de 2020 responden a la fórmula «Procedente del Real Decreto Ley...». Esto significa, como muy tempranamente anticipó Santamaría Pastor⁸ refiriéndose a la técnica de la remisión normativa de la Ley al Reglamento, la transformación de los instrumentos técnicos de control en «títulos de legitimación» y la consolidación de un nuevo «procedimiento legislativo», que hace de la convalidación un trámite más. Sirva de ejemplo de ello lo acontecido con el Real Decreto Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales⁹. Acordada su derogación por el Congreso en la sesión de 10 de septiembre de 2020, el posterior Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre (trabajo a distancia), reintroduce alguna de las disposiciones finales del texto anterior, y, entre ellas, la nueva redacción de la

⁷ Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 16, XIV Legislatura, 2020, Sesión Plenaria de 25 de marzo, pág. 6.

⁸ Véase J. A. Santamaría Pastor (1999), «El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-1999)», *Revista de Administración Pública*, 150, pág. 571.

Para el derecho italiano, similar precisión fue formulada por C. Fresa (1981), *Provisorietà conforza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova: Cedam. De acuerdo con este autor, «los *Decreti-Legge* constituyen hasta tal punto la forma normal de legislación que pueden definirse como proyectos de ley reforzados con urgencia garantizada».

⁹ Tal es el rótulo con el que aparece publicado. Pero a esto se añaden los siguientes asuntos, entre otros: régimen fiscal aplicable a la UEFA *Women's Champions League 2020*; gasoductos de transporte con origen o destino no UE; fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas; ingresos por subastas de derechos de emisión, etc.

disposición final séptima de la Ley 39/2015, cuya *derogación* se había acordado con ocasión del debate de convalidación anterior...

Curioso también, reales decretos leyes que se «deslegalizan» a sí mismos y, tras elevar el rango de una anterior regulación reglamentaria, admiten la modificación posterior mediante norma igualmente reglamentaria. Esto es lo que hace la disposición final primera del Real Decreto Ley 31/2020 (medidas urgentes en educación): «Las modificaciones que con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto ley, puedan realizarse respecto a las normas reglamentarias que son objeto de modificación por el mismo, podrán efectuarse por normas del mismo rango que las que se modifican en el presente real decreto ley».

Si atendemos a la normativa de las comunidades autónomas, no puede evitarse mencionar el juego combinado de los decretos leyes de la Comunidad de Aragón 7/2020 y 8/2020, que terminan *declarando legislativamente el confinamiento* de ámbitos territoriales en la comunidad¹⁰.

3. ÓRDENES MINISTERIALES HABILITADAS COMO REALES DECRETOS

La vorágine de medidas, aclaraciones, interpretaciones que implicó y la difícil regulación de la salida de un estado excepcional deja la impresión de que la seguridad jurídica se esfumó en el ordenamiento del Estado. La labor de la Agencia del BOE no oculta que la incertidumbre impidió crear un derecho de emergencia que equilibrara precaución y proporcionalidad, certeza y garantía¹¹.

Un ejemplo sobre (in)certeza y garantía: las diferentes órdenes ministeriales dictadas a partir del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por las así llamadas «autoridades competentes delegadas» distintas del ministro de Sanidad, no contenían indicación alguna de recursos, e invocaban implícitamente la condición de autoridad competente delegada. Las primeras órdenes ministeriales de Sanidad (así, Orden SND/232/2020, de 15 de marzo) admitían recurso contencioso-administrativo «[...] ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 29/1998 [...]».

¹⁰ Este «confinamiento perimetral por ministerio de la ley», como lo llama la propia normativa (art. 34 del Decreto-ley 7/2020), opera de forma muy dudosa: se redacta el presupuesto de hecho de la norma con fuerza de ley (niveles de alerta sanitaria, definidos en el Decreto Ley 7/2020) y se le hace coincidir con la medida específicamente dictada, es decir, confinamiento perimetral declarado por el artículo único del Decreto Ley 8/2020 en los municipios de Huesca, Teruel y Zaragoza.

¹¹ La claridad y simplicidad de las medidas adoptadas ha sido destacada como una necesidad del derecho de emergencia, tanto en su caracterización jurídica formal como desde el punto de vista de su eficacia material. Véase, sobre la «simplicidad», la «legibilidad» de las medidas (claridad y constancia de lo prohibido) y su coherencia, como criterios jurídicamente vinculantes y enjuiciable; B. Lasserre (2020), «Concilier l'impératif de protection de la santé de la population et la défense des droits et libertés», *La Lettre de la justice administrative*, 61, en el sitio web del *Conseil d'État*.

Esta mención desaparece en la Orden SND/257/2020 (alojamientos turísticos), reaparece en la Orden SND/265/2020, continúa en otras varias del mismo departamento y, de pronto, en la muy singular Orden SND/290/2020, de 26 de marzo¹², se transforma en la admisión de recurso contencioso «[...] ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 29/1998, de 13 de julio», y así permanece en las posteriores, cuando el ministro de Sanidad invoca el art. 4.2.d) del Real Decreto 463/2020, y su condición de autoridad competente delegada.

El cambio de criterio¹³ es consecuencia de una nueva interpretación de la posición que corresponde al ministro de Sanidad, en virtud de los reales decretos que declaran el estado de alarma. Según este nuevo criterio, el ministro actuaría *in loco* del Gobierno mismo, y sus actos como autoridad delegada deberían imputarse al Gobierno delegante. Admitir tal posibilidad produciría una *alteración* del sistema de fuentes y una no muy aceptable consideración de los poderes normativos excepcionales como derecho singular.

De conformidad con la doctrina constitucional conocida (STC 83/2016, FJ 10, y ATC 7/2012):

[...] la declaración gubernamental (del estado de alarma) desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar [...]

[...] contenido necesario del decreto... gubernamental de la declaración, la determinación de «los efectos del estado de alarma», pueden implicar, ... excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas [...] determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria [...].

¿Significa esto que el Real Decreto 463/2020 excepcionó *pro tempore* lo previsto, por ejemplo, en los arts. 58 y 66 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), relativos a las competencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional?, o, por exponer el problema completo, ¿significa que el real decreto citado excepcionó lo previsto

¹² Orden Ministerial singular porque prorroga las restricciones establecidas respecto a la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena, establecidas por Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020 de la Generalitat de Cataluña.

Sería un buen ejemplo de la sistemática «de abanico» y del *doble cumplimiento invertido*, con que ha operado la jurisprudencia italiana para sistematizar las medidas. Véase nota 3.

¹³ Véase F. Velasco Caballero (2020), «Control judicial en un Estado de alarma autonómico», en su blog <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>; *online*, 8 de noviembre de 2020.

en el art. 9.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (indelegabilidad de ciertas potestades), más lo previsto en el art. 20.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno? En relación con el primer interrogante, resulta imposible una respuesta afirmativa, porque así lo declara el art. 3.1 de la propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (los actos y disposiciones de la Administración pública adoptados serán impugnables... *de conformidad con lo dispuesto en las leyes*) que remite al ordenamiento general y no a un derecho creado *ad hoc* por el propio estado excepcional¹⁴.

Con relación a la segunda cuestión, al redactar las órdenes ministeriales citadas, se da por supuesto que la habilitación (art. 4.3 del Real Decreto 463/2020) permite a las autoridades habilitadas adoptar cualquiera de las *medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*¹⁵. Pero tal artículo de la Ley Orgánica 4/1981 es el que permite *al Gobierno* acordar el conjunto de medidas que afectan a derechos de los ciudadanos. No en vano el precepto comienza señalando «[c]on independencia de lo dispuesto en el artículo anterior...», artículo que contiene lo esencial de las potestades excepcionales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción. Potestades, excepcionales sí, pero creemos exigible que queden reservadas al Gobierno mismo¹⁶, a menos que se extienda hasta el exceso el «sistema de fuentes del derecho de excepción» (STC 83/2016, FJ 10), expresión esta que debería utilizarse en sentido restrictivo, a la vista de la Ley Orgánica 4/1981.

¹⁴ Para el Tribunal Supremo (ATS de 29 de abril de 2020, ECLI: ES:TS:2020:2495A), por aplicación del art. 9.4 de la Ley 40/2015, es competente la Sala de lo Contencioso de dicho tribunal.

Tras la calificación de los presidentes autonómicos como autoridades delegadas (art. 2 del Real Decreto 926/2020), la cuestión es más difícil. Cuando aquellos «ejecutan» el estado de alarma, tal como hace, por ejemplo, el Decreto aragonés de 5 de noviembre (*BOA* de 5 noviembre 2020), se ha optado por una solución de continuidad con la posición del Tribunal Supremo, aunque el Decreto de la Presidencia de la Generalitat Valenciana 17/2020 (*DOGV* de 13 de noviembre de 2020,) prorrogando el «cierre» de la Comunidad, se remitía todavía al Tribunal Superior de Justicia.

¹⁵ Obsérvese el restringido ámbito inicial de la «habilitación» y su superación en el párrafo final del art. 4.3 del citado Real Decreto 463/2020: «Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*».

¹⁶ A diferencia de las autoridades competentes, las «autoridades competentes delegadas» proceden del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo (arts. 3 y 6), pero, en este caso, aparecían ceñidas al ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

4. POTESTADES DE EXCEPCIÓN Y POTESTADES ORDINARIAS. EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO DE EMERGENCIA: SUBSIDIARIEDAD, TIPICIDAD, PREFERENCIA, COMPETENCIA Y TEMPORALIDAD

La afirmación del Tribunal Constitucional antes citada resulta relevante si hemos de vivir un tiempo en situación de emergencia. Importante resulta también distinguir, en la emergencia, entre potestades ordinarias y potestades de excepción. Dada la estructura de nuestro Estado, la distinción implica tomar en cuenta las competencias autonómicas y las competencias estatales. La convivencia de ambos grupos de potestades públicas y ambos niveles territoriales ha sido el punto en el que la *alarma* en el derecho del Estado se ha reactivado¹⁷ por mor de la llamada cogobernanza¹⁸.

El Consejo de Estado se pronunció recientemente¹⁹ no solo sobre el que sería Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, sino implícitamente sobre los anteriores reales decretos de características similares. De conformidad con su opinión, las potestades constitucionales de excepción se rigen por las notas de constitucionalidad, tipicidad, necesidad-proporcionalidad y temporalidad, por lo que, en una situación de emergencia sanitaria no atendible por medios ordinarios (*subsidiariedad*), procede la declaración del estado de alarma y no otro estado excepcional, en razón del concreto presupuesto de hecho habilitante contenido en la Ley Orgánica 4/1981. No es tanto la intensidad de la restricción de derecho cuanto ese presupuesto (*tipicidad*) lo que hace constitucionalmente procedente uno u otro estado de anomalía constitucional²⁰.

El acto cabeza de grupo normativo²¹ inferior al bloque de la constitucionalidad será el real decreto que declara el estado de alarma y, dando por asumido

¹⁷ El *estado de alarma autonómico* (F. Caballero) responde a la mezcla de potestades de excepción y de potestades de emergencia ordinarias. Fruto de esa mezcla, el art. 2.3 del Real Decreto 926/2020 exceptúa de la previa ratificación judicial prevista en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) ciertas *medidas ordinarias* autonómicas, acordadas al amparo de la Ley Orgánica 3/1986.

¹⁸ Tal voz aparece citada en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Sobre el uso de la misma en fuentes españolas del siglo XV, su correspondencia actual con el inglés «governance», y otras cuestiones, véase *Punto y Coma. Boletín de las unidades españolas de traducción de la Comisión Europea*, 65.

¹⁹ Véase Dictamen 615/2020, de 25 de octubre de 2020.

²⁰ Dice el citado Dictamen «[l]as medidas restrictivas o limitativas pueden *alcanzar la intensidad que sea necesaria para el fin que se proponen... En tanto no concurra una alteración grave del orden público democrático... el recurso al Estado de Excepción en situaciones de epidemia carece de presupuesto constitucional habilitante* y las medidas adoptadas para combatirla deben articularse a través del estado de alarma».

²¹ Creo que la utilización de la doctrina construida por J. L. Villar Palasí (1972), *Curso de derecho administrativo. Tomo I. Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*, Madrid: Universidad Complutense, resulta necesaria y muy explicativa. No es, ni mucho

su valor de ley, se producirán las consecuencias declaradas por la jurisprudencia constitucional: desplazar la legalidad ordinaria, excepcionar, modificar o condicionar la aplicabilidad de determinadas normas materiales (el ámbito material de restricciones incluidas en el real decreto) y sustituir temporalmente las normas habituales de procedimiento y competencia. Implícita en aquel acto está la asunción de las competencias ordinarias en la autoridad competente (arts. 7 y 9 de la Ley Orgánica 4/1981).

Con estos efectos, y en los términos en los que ha sido elaborada por la jurisprudencia constitucional (STC 83/2016, ATC 7/2012, ATC 40/2020), la declaración del estado de alarma abre un subgrupo normativo *preferente* que «desplaza la legalidad ordinaria en vigor» dice la citada jurisprudencia, relacionado con el resto del ordenamiento a través de los principios de subsidiariedad, competencia, territorialidad y temporalidad.

Preferente indica aquí que las potestades ordinarias concurrentes en la gestión de la emergencia son asumidas por el Gobierno, tal como resulta de los arts. 1, 4.b) y 7 de la Ley Orgánica 4/1981. Con ello se desplaza la titularidad y el ejercicio de las mismas, se asume la dirección del personal, medios y servicios implicados, y eventualmente se imponen limitaciones a derechos fundamentales o se somete su ejercicio a las condiciones establecidas *ex profeso* normativamente (art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981). Es el modelo del primer estado de alarma (véase, epígrafe III) a condición de que se aplique, como dice el propio texto del Real Decreto 463/2020, «sin suspensión de ningún derecho fundamental tal y como prevé el art. 55 de la Constitución», aunque la limitación de la libertad deambulatoria afecte al ejercicio de otros derechos: libertad religiosa o manifestación²².

La doctrina de la preferencia no debe hacer olvidar que ciertos contenidos del estado de alarma presentan un alto grado de continuidad respecto de la legis-

menos, una antigualla y, nominalmente, al menos, es manejada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (por todas, STS 19 de febrero, 1999, RJ 1999\1385; 7 de abril de 1997, RJ 1997\2945, 6 de diciembre de 1988, RJ 1988\9990). En lo esencial, la doctrina identifica cómo las normas actúan formando estructuras coherentes y, en particular, permite destacar la función de «norma cabecera de grupo», norma que desempeña un papel orientador (señala criterios teleológicos coherentes para otras), preservador (resistencia frente a modificaciones introducidas por normas generales ajenas al grupo o principio de especialidad), al tiempo que cumple una función «económica», pues evita repeticiones de elementos ya incorporados por ella al grupo en su conjunto.

²² Los tribunales superiores de justicia de Madrid, Galicia o Cataluña optaron por vetar convocatorias de manifestaciones durante la vigencia de aquel estado de alarma. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón (ECLI:ES:TSJAR:2020:22) se pronunció por su ejercicio limitado. El Tribunal Constitucional, en Auto 40/2020, considerando proporcional la medida en la situación de *incertidumbre*, no admite el amparo frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020. Véase Fernández de Gatta Sánchez (2020), «El Estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas», *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, págs. 2 y ss.

lación ordinaria de emergencia. Las limitaciones identificadas en el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 pueden ser objeto de potestades ordinarias, incluida la limitación de la libertad deambulatoria: basta ver la Ley 17/2015, de 9 de julio, de Protección Civil, y el Real Decreto 407/1992, que definen una «emergencia de interés nacional» y comparar su contenido con el enunciado del citado art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981.

La *subsidiariedad* implica, con relación a tales potestades, que las competencias y poderes de excepción desplazan a las ordinarias afectadas, y así debe interpretarse el art. 12 de la propia Ley Orgánica 4/1981. Difícilmente se explica, por tanto, la reintegración del ejercicio de tales potestades en régimen excepcional, al titular territorial ordinario, mediante el expediente de calificarlo de «autoridad delegada».

La disposición final primera del Real Decreto 463/2020 ratificaba todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales y añadía «tal ratificación se entiende sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el art. 8.6 2ª de la Ley 29/1998».

En efecto, las potestades ordinarias de emergencia sanitaria funcionaron y se aplicaron, a través del juego combinado de la Ley Orgánica 3/1986 y la prevista intervención judicial, con restricción de la libertad de movimientos de personas o grupos de personas concretas (un edificio, un hotel, un barrio), incluso imponiendo medidas de privación de libertad/tratamiento forzoso²³.

Las medidas ordinarias autonómicas alcanzaron posteriormente alcance «colectivo» o subjetivamente indeterminado y unas y otras terminarán siendo «garantizadas» mediante un derecho sancionador de emergencia creado *ex profeso* por la vía de decretos leyes autonómicos²⁴.

El intento del Gobierno central de ejercer potestades de coordinación también ordinarias (la *orden comunicada* del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020) no tuvo, sin embargo, mucho éxito judicial²⁵.

²³ Cfr. Auto de 31 de marzo 2020, Juzgado de Primera Instancia de Palencia: enfermo diagnosticado de COVID que solicita el alta hospitalaria voluntaria. El personal médico acude al juzgado de guardia para mantener el tratamiento/internamiento; en idéntico sentido, Auto 00062/2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 Valladolid (ECLI: ES: JCA:2020:33A): el Juzgado impone la medida de confinamiento domiciliario obligatorio a una larga relación de personas de un bloque de viviendas, nominalmente identificadas.

²⁴ Véase Decreto Ley 7/2020 de 23 de abril para Castilla y León, Decreto Ley 21/2020, de 4 de agosto para el caso andaluz, Decreto Ley 11/2020, de 10 de julio (Islas Baleares), Decreto Ley 11/2020, de la Comunidad Valenciana, Decreto Ley 13/2020, de la Comunidad de Extremadura, etc.

²⁵ El fracaso en Madrid de lo previsto en aquella orden comunicada fue resultado de un manejo jurídico poco leal por parte de la comunidad autónoma, que evitó adoptar las medidas acordadas en el Consejo Interterritorial, mediante el uso de las potestades habili-

El modo en que el Real Decreto 463/2020 había realizado esta continuidad entre potestades era irreprochable, si bien posteriormente tal claridad se enturbió, primero porque a partir de la Orden SND/290/2020, de 26 de marzo, se impuso el criterio de que el acto de ratificación expreso debía imputarse al Gobierno mismo y no a quien actuaba materialmente (el ministro de Sanidad como autoridad competente delegada habilitada para la ejecución) y ese mismo esquema se terminará aplicando cuando se designe *contra legem* a todos los presidentes de las comunidades autónomas como «autoridades delegadas».

Esta es la ruta que explica la inclusión en el más reciente Real Decreto 926/2020 de un inciso (art. 3.2) según el cual las medidas que adopten las autoridades competentes delegadas (presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía) para la aplicación de lo previsto en los arts. 5 a 11 (el núcleo de lo que debería ser el derecho de excepción preferente, pero que podría en algún caso llegar a estar al alcance de las potestades ordinarias de las comunidades autónomas)²⁶ no están sujetas a la *aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del art. 8.6 y en el art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Para excluir la ratificación judicial de las medidas de emergencia «ordinarias», se dicen ahora adoptadas por los presidentes de las comunidades autónomas en concepto de *autoridades delegadas* de la autoridad competente en el estado excepcional: original fórmula de cogobernanza, que evita la responsabilidad y coste político de la adopción de la medida, pero se reviste de la autoridad, condición y efectos de quien debió adoptarla, y termina entregando a los presidentes autonómicos, por vía de excepción, una potestad (la de cerrar por completo a la libre circulación el territorio de una comunidad) de la que no disponen ordinariamente²⁷.

tadas por la Ley Orgánica 3/1986 y se limitó a citar el art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de octubre de 2020 (ECLI: ES:TSJM:2020:308A) negó que con este fundamento pudieran limitarse derechos fundamentales.

²⁶ Con la excepción de la libertad de circulación entre comunidades autónomas, y el llamado «toque de queda», puntos en que existe cierto consenso en que es necesario pasar al estado de alarma, el resto de las medidas habían sido ensayadas, con diversa suerte judicial, por las comunidades autónomas como medidas ordinarias.

²⁷ Sobre la incidencia del Real Decreto 926/2020 en el ejercicio de las competencias ordinarias de policía sanitaria, se admite que no procede la autorización o ratificación judicial de las medidas que afectan a la libertad o derechos fundamentales *en cuanto estén contempladas en el Decreto declarando el Estado de alarma*, no en otro caso. Véase, a propósito de esto, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 28 de octubre de 2020 (ECLI: ES:TSJCL:2020:99A) y 6 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:104A). Este último, apunta a que *hay medidas sanitarias ni siquiera cubiertas por el vigente estado de alarma*. Por ello, deniega la ratificación de la *prohibición a los internos de salidas fuera del recinto de la residencia*.

El principio de *competencia* en el subsistema propio del estado de alarma implica, por el contrario, que las medidas decididas en el Real Decreto que lo declare sean aplicadas por el Gobierno, y no impliquen el simple «revestimiento» de la cualidad de derecho de excepción, del ejercicio de competencias ordinarias. No hay alternativa posible (art.1 de la Ley Orgánica 4/1981, principio de subsidiariedad de las potestades de excepción) y por eso resultaba más acertada, la previsión en la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, conforme a la cual «todas las disposiciones y medidas de contención que recaigan en el ámbito competencial de las comunidades autónomas se adoptarán por el Ministro de Sanidad...».

Con una problemática que permanecerá en el tiempo, el Real Decreto 926/2020 optó por una solución diferente en el engarce de unas y otras potestades. El Consejo de Estado²⁸ llamó la atención sobre la necesidad de que las medidas de restricción o limitaciones de derechos fundamentales queden *efectivamente adoptadas* por la autoridad competente, y no por la autoridad competente delegada. La redacción final del Real Decreto 956/2020 no mejora la situación, pues sigue siendo incierto el papel de la *previa comunicación* al Ministerio de Sanidad, en la adopción efectiva de las medidas de restricción de derechos.

Seguramente las potestades ordinarias de control de enfermedades contagiosas, en manos de una comunidad autónoma, no alcanzaban a decretar el «cierre» de la misma, por afectar, no solo al derecho a la libre circulación por todo el territorio nacional (art. 19 CE), sino también el art. 139.2 CE. Una intervención de este calibre, ante una emergencia de interés nacional, justifica sobradamente la declaración del estado de alarma en esa comunidad o en todo el territorio nacional. Pero tal decisión no puede entregarse a otra intervención de los órganos autonómicos que no sea la *solicitud* de tal intervención estatal (art. 5 de la Ley Orgánica 4/1981). La posibilidad de que el presidente de la comunidad autónoma actúe como autoridad competente delegada para la ejecución de las medidas incluidas en el real decreto declarando el estado de alarma solo existe en el supuesto de que el territorio afectado alcance *exclusivamente* a una comunidad autónoma. Y así debe ser, dado el juego conjunto de los principios de subsidiariedad, preferencia y competencia.

Supone también el principio de *competencia* del subgrupo normativo que el derecho de excepción habilita únicamente el conjunto de medidas previstas expresamente o el conjunto de actos de ejecución que contempla. Constituye

²⁸ El Dictamen 615/2020, ya citado, establece lo siguiente: «[...] la redacción de los artículos 9 y 10 parece atribuir la decisión relativa a la adopción o suspensión de las medidas previstas en los artículos 6 a 8 del proyecto de real decreto a las denominadas “autoridades competentes delegadas”, que [...] serán quienes ostenten la presidencia de las comunidades o ciudades autónomas... Por ello *se sugiere aclarar la redacción de los artículos 9 y 10 de manera que de su lectura se infiera con claridad que la adopción de las medidas previstas en los artículos referidos no es disponible para las autoridades competentes delegadas, así como que su ejercicio debe operar de manera necesaria ante el concurso de unos indicadores sanitarios concretos...*».

patente fraude de ley la utilización de la situación de excepcionalidad para, *desde fuera* del subgrupo normativo, invocar la excepcionalidad y la urgencia para adoptar medidas a través de procedimientos o con contenidos en contradicción con el resto del ordenamiento vigente²⁹.

Por último, el principio de competencia supone que el subgrupo normativo del derecho de excepción no puede *autohabilitar* la asunción de nuevas potestades. El titular de los poderes de excepción carece de potestades para disponer del contenido mismo de los poderes habilitados *en cada declaración* del estado de alarma: si así no fuera, el derecho de excepción constitucionalizado se aproximaría peligrosamente a las leyes de suspensión de las garantías constitucionales, que fue la situación que el constituyente quiso evitar³⁰.

Si bien es cierto que el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 admite un estado de alarma *dinámico*³¹, existe diferencia entre lo legalmente previsto y lo establecido en el Real Decreto 926/2020 (recuérdese que el citado Real Decreto 956/2020 prórroga el estado de alarma hasta las 00 horas del día 9 de mayo de 2021).

El texto hoy vigente admite (disposición final primera) que el Gobierno «podrá dictar sucesivos decretos que modifiquen lo establecido en este...», de los que habrá de dar cuenta al Congreso (art. 8.2 de la Ley Orgánica 4/1981). Basta ver este último texto para comprender que el derecho de excepción solo autoriza a dictar decretos «*en relación con el estado de alarma*», no a modificar el estado de alarma declarado, especialmente si su vigencia va a permanecer por tiempo superior a quince días, sin intervención del Congreso. Hay una diferencia sustancial entre «dar cuenta al Congreso» y *modificar* el estado de alarma, en un plazo tan amplio como resulta del derecho vigente, que aparta la intervención del Congreso prevista en el art. 116.2 CE. La autohabilitación resulta ahora inconstitucional porque se ha *desplazado* la intervención del Congreso, más allá de los quince días constitucionalmente establecidos.

El juego combinado de la incorporación de las potestades ordinarias, el plazo de vigencia configurado para el estado de alarma (principio de *temporalidad*), la autohabilitación de potestades que contiene, la posición de los presidentes de las comunidades autónomas y la posibilidad de regresión de las limitaciones nos sitúan en una reinterpretación total del derecho de emergencia, con restricción

²⁹ La Orden Ministerial EFP/365/2020, de 22 de abril, establece criterios de promoción y titulación educativas contra lo expresamente establecido en la LO 2/2006, de 3 de mayo, con el argumento de que, ante las consecuencias del estado de alarma, «se recurre a los procedimientos de emergencia y urgencia que se prevén por la normativa vigente», para establecer contenidos transitorios derivados del art. 149.1.30.^a y 27 CE.

³⁰ Véase P. Cruz Villalón (1981), «El nuevo derecho de excepción (la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, 2, pág. 94.

³¹ El art. 11 citado menciona, en efecto que «[...] el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas [...]». Nos parece claro que tal inciso se refiere al estado de alarma inicialmente declarado, durante los primeros quince días de vigencia y antes de la intervención del Congreso.

notable de la posición jurídica de los ciudadanos. En efecto, mientras la normativa ordinaria de sanidad pedía, en muchas ocasiones, requerimientos específicos previos, los ciudadanos están ahora sujetos a un régimen de limitación *objetiva* de derechos, con posibilidad, por tanto, de sanciones administrativas directas.

III. DEL ESTADO DE ALARMA A LA LEGALIDAD ORDINARIA DE EMERGENCIA

1. UN ESTADO DE ALARMA EN TODO EL TERRITORIO DEL ESTADO: ¿QUÉ SANCIONAR?

Desde abril de 2020, la figura de excepcionalidad constitucional³² implantada fue contestada por muy autorizadas voces³³ en una etapa especialmente intensa de restricción de derechos. Con independencia del futuro fallo constitucional, si el estado de alarma cubre el grado e intensidad de las afectaciones a derechos fundamentales que hemos visto, sobra el estado de excepción al menos en lo que se refiere a la libertad de circulación. La propia Ley Orgánica 4/1981³⁴ menciona la *prohibición de la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine* (art. 20) a propósito de la regulación del estado de excepción.

Aquel primer estado de alarma (Real Decreto 463/2020) abrió un subgrupo normativo³⁵ que remitía su sanción al resto del ordenamiento (el incumplimiento... *será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes*, art. 10) y pronto la cuestión resultó si lo sancionable era la contravención de lo expresamente prohibido por el real decreto o la desobediencia al mandado de los agentes públicos recabando su cumplimiento. Seguramente, como se defendió³⁶, aquel real decreto podría haber establecido su propio régimen sancionador, aunque tal con-

³² El significado general y comparado de la excepcionalidad constitucional y sus antecedentes en las diversas tradiciones fue tratado en el conocido volumen de G. Agamben (2005), *Estado de excepción. Homo sacer II*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

³³ M. Aragón Reyes (2020), «Hay que tomarse la Constitución en serio», *El País*, 10 de abril. En el mismo diario del 17 de abril, P. Cruz Villalón (2020), «La Constitución bajo el Estado de alarma».

³⁴ Véase P. Cruz Villalón (1981: 93).

³⁵ De *grupo normativo del estado de alarma* habla el Auto de 27 de octubre de 2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Logroño (ECLI: ES:JCA:2020:1976) a propósito de las sanciones bajo el estado de alarma.

³⁶ T. Cano Campos (2020), «Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad», en el blog *Seguridad Pública, Derecho Administrativo sancionador y derechos fundamentales*. Disponible en: <https://bit.ly/3aJYbBN>. Igualmente interesante resulta la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Vigo, de 19 de octubre de

tenido no está previsto en la Ley Orgánica 4/1981. No haciéndolo así, la remisión planteó la cuestión del incumplimiento, particularmente de las prohibiciones en materia de libre circulación. El arsenal legislativo al que podía entenderse realizada la remisión, y por tanto la tipificación, motivó algún debate³⁷.

El punto fundamental era si para dar lugar a sanción administrativa era necesario el incumplimiento de la orden o requerimiento del agente de la autoridad. El art. 20 del Real Decreto 463/2020, en su literalidad, no dejaba lugar a dudas al hacer referencia al «[...] incumplimiento o resistencia a la orden» y no parecía referirse a la mera realización de la actividad prohibida. Ya hay alguna jurisprudencia menor³⁸ que parece asumir la doctrina de la *orden de policía*, y la de que el ordenamiento del estado de alarma atribuye habilitaciones excepcionales para exigir el cumplimiento de deberes igualmente excepcionales.

2. RESCATAR Y APLICAR LAS VIEJAS CATEGORÍAS

Una vez más, *contra arbitrariedad, teoría*³⁹. La doctrina de las órdenes de policía debidamente actualizada, y la reconsideración del poder de policía, tal como en muy apretada síntesis fue presentado por García de Enterría⁴⁰, puede servir de fundamento. Allí se configura la orden de policía como mecanismo de

2020 (ECLI: ES:JCA:2020:1816), en la que se reproducen parte de las consideraciones del autor.

³⁷ Se ocuparon de este asunto la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, una anterior Instrucción (la 13/2018) de la Secretaría de Estado de Seguridad a propósito del art. 36 de la Ley de Seguridad Ciudadana, y la Comunicación del Ministro del Interior de 14 de abril, que mantenía el criterio de que las prohibiciones establecidas eran «Órdenes dictadas por el Gobierno que constituyen mandatos dirigidos a la ciudadanía y por tanto su inobservancia puede subsumirse (directamente) en el tipo infractor de desobediencia a la autoridad».

³⁸ He aquí alguna muestra de cómo se vivió el estado de alarma inicial: el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona ha conocido el 1 de septiembre de un recurso contra una sanción por pasear un perro alejado 800 metros del domicilio, más allá de la distancia que el agente denunciante entendió razonable (500 metros). El Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Zamora conoció a comienzos de septiembre de un recurso frente a una sanción en la que el ciudadano eligió ir a comprar pan a una panadería *excesivamente alejada* de su domicilio y no atendió el requerimiento del agente. Algunos juzgados optan por estimar el recurso con el argumento más simple: «no se puede imputar una infracción administrativa grave de desobediencia a la autoridad o a sus agentes por el genérico incumplimiento del ordenamiento jurídico cuando no ha existido un requerimiento expreso previo personal y directo al obligado a cumplir aquel, requerimiento en el que habría de indicarse claramente lo que debe o no debe hacerse».

³⁹ Véase C. Atias (1987), *Theorie contre arbitraire*, Paris: Presses Universitaires de France.

⁴⁰ Véase E. García de Enterría (1975), «Sobre los límites del poder de policía general y el poder reglamentario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 5, págs. 203-214.

imposición de deberes que puede caracterizarse de forma antitética a la autorización administrativa: mientras que esta (en la construcción clásica) alza la previa prohibición existente, la orden, actuando sobre una previa situación de libertad-permisión, impone un deber nuevo. El derecho, la libertad, permanece en su contenido legal, pero configurado por la orden, que puede incorporar un deber sobre la base de una situación de hecho particular. El principio de legalidad impone la exigencia de previa habilitación de tal acción del poder público.

A consecuencia de la configuración que el Real Decreto 463/2020 dio al estado de alarma, lo que aparecía como conjunto de prohibiciones (en particular, en lo relativo a la libertad de circulación) constituía más bien una suma de habilitaciones de órdenes de policía para imponer los correspondientes deberes de cumplimiento. Lógicamente, la posibilidad de la orden de policía con ese contenido (o la habilitación normativa para indagar la razón de nuestra presencia en la vía pública, si se piensa en la libertad de circulación) no es admisible en el régimen ordinario de esta libertad; tales contenidos interventores no se podían imponer modificando la legislación ordinaria, pero sí acudiendo a la declaración de excepcionalidad constitucional.

Esta hipotética representación teórica puede ser relevante porque, de admitirse, podría argumentarse que el real decreto ahora citado se habría mantenido en la «limitación» excepcional (interposición en la libre voluntad de ejercicio de la libertad de circulación de una posible y concreta orden de policía, imponiendo el deber de abstenerse), sin alcanzar la «suspensión» de derechos fundamentales.

Pero en el segundo semestre de 2020 la evolución del derecho de emergencia ha alterado la posición jurídica de los ciudadanos, pues las comunidades autónomas han introducido un derecho sancionador *ex profeso* respecto del incumplimiento de las medidas de contención, que ahora pueden presentarse como parte sancionadora de la normativa ordinaria o excepcional.

3. EL DERECHO DE LOS DERECHOS: LÍMITES Y RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Entregado el control de la pandemia a las potestades ordinarias de policía sanitaria, se planteó de nuevo la temática de los límites, limitaciones, restricciones y suspensiones de derechos⁴¹. La restricción que el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales sufre en la crisis sanitaria es una preocupación común en Francia, Alemania, Austria, Italia o Bélgica. En España se manifestó, sobre todo, en el debate acerca de si la limitación de derechos fundamentales requería

⁴¹ Se ocupó de estas cuestiones, tempranamente, L. Cotino Hueso (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, 9608, págs. 1 y ss.

el estado de alarma, o si las potestades ordinarias de emergencia sanitaria podrían conseguir iguales finalidades⁴².

La idea de que todo derecho fundamental (salvo la dignidad de la persona, art. 1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) está intrínsecamente limitado, es un valor asumido. También lo es la posible limitación de los derechos, *conforme a la ley*, en caso de emergencia⁴³.

Limitaciones intrínsecas son también las que resultan de la propia configuración constitucional/legal del contenido del derecho (por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa deja fuera del ámbito de ese derecho *el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos*; tampoco se tutela la asociación secreta —art. 2.8 de la LO 1/2002—, aunque resulte penalmente atípica).

Junto a este tipo de determinaciones limitativas del objeto de un derecho fundamental, cuya apreciación, por suponer simple aplicación del ordenamiento, corresponde al Poder Judicial, existen afectaciones *externas*, legalmente previstas, que pueden también radicarse en el Poder Judicial. Tanto el art. 17 CE (la libertad personal tutelada por el juez) como el art. 18 CE (inviolabilidad del domicilio), la regulación del secuestro judicial de publicaciones grabaciones y medios (art. 20 CE) o la disolución judicial de asociaciones (art. 22 CE) responden a esta lógica. La afectación externa del contenido atribuida al Poder Judicial por el art. 117.1 CE sigue siendo potestad jurisdiccional *stricto sensu*. Pero puede no serlo cuando, por la afectación a un derecho fundamental, se requiera la intermediación judicial ante el ejercicio de potestades de otros poderes (art. 117.4 CE).

Desnaturalizado el viejo «poder de policía» en el Estado de derecho, a través de su corolario que es el principio de legalidad, el mecanismo de intervención *administrativa* sobre los derechos fundamentales es posible, en situaciones de normalidad constitucional, no solo (1) sobre la base de la legalidad ordinaria expresa

⁴² La Sentencia 594/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de agosto de 2020 (ECLI: ES:TSJM:2020:7439) establece la doctrina correcta de que «dentro del marco normativo que integran la Ley Orgánica 3/1986, [...] las autoridades sanitarias de cada comunidad autónoma pueden acordar acciones preventivas generales y adoptar las medidas y limitaciones sanitarias que consideren oportuno [...], sin necesidad de previa declaración del estado de alarma.

⁴³ Véase el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el art. 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma y el art. 2 del Protocolo Adicional núm. 4 para la libertad de circulación.

El Consejo de Europa, después de que algunos Estados manifestaran su intención de suspender la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15 CEDH), publicó el documento *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*, que pretende ser una guía para tal «derogación» del Convenio. A fecha 10 de noviembre de 2020, el Reino de España no ha notificado a la Secretaría del Consejo de Europa las limitaciones de derechos impuestas, ni la fecha de su inicio ni la de su fin, tal como exige el citado art. 15 del Convenio.

en habilitaciones normativas previas concretas respetando la reserva de ley (así, art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 para el derecho de reunión, arts. 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980 para la libertad religiosa), sino también (2) sobre la base de cláusulas abiertas para situaciones *de facto* particulares, cláusulas de apoderamiento en situaciones de urgencia o necesidad, de las que conocíamos bastantes. La más conocida, la atribución al alcalde para adoptar personalmente medidas en caso de catástrofe o grave riesgo (art. 21.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Igualmente, conocidas, las cláusulas previstas en el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de Salud Pública o las contempladas en la legislación de protección civil⁴⁴.

4. UNA INTERVENCIÓN JUDICIAL NO JURISDICCIONAL

Las previsiones del ámbito sanitario para la gestión ordinaria de la emergencia se contenían, en lo que afecta a la limitación de derechos, singularmente en la vieja Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, cuyo rango justificaba la afectación a derechos fundamentales. Un viejo documento sanitario⁴⁵ ya había constatado el cumplimiento de los requisitos jurídico-constitucionales (base legal suficiente, certeza y previsibilidad, necesidad y proporcionalidad) para la puesta en acción en una situación pandémica, de los arts. 2 y 3 de aquella ley orgánica.

La disposición final 14.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil introdujo un nuevo párrafo en el que era entonces el apartado 5 del art. 8 LJCA, atribuyendo a los Juzgados de lo Contencioso «la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen *privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*»⁴⁶.

⁴⁴ Por ejemplo, el art. 8 del Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias del País Vasco, establece que la autoridad competente puede adoptar medidas de obligado cumplimiento para sus destinatarios «tales como la *imposición de confinamiento* o evacuación y restricciones de acceso».

⁴⁵ Véase Ministerio de Sanidad y Consumo (2006), *Base legal para la puesta en marcha de las medidas especiales en materia de salud pública en el contexto de gripe con potencial pandémico*.

⁴⁶ El precepto ha sido modificado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que ha afectado también a los arts. 10, 11.1 y 122 *quater* LJCA.

En lo que resulta ser una de las más relevantes intervenciones judiciales, el ATSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2020 (ECLI: ES:TSJAR:2020:77A) ha planteado cuestión de inconstitucionalidad sobre la modificación, argumentando sobre la autotutela admi-

Si bien la intervención en la libertad personal (estrictamente jurisdiccional) responde a una exigencia constitucional directa (art. 17 CE) y la afectación de ciertas medidas a derechos fundamentales individuales tiene cierta explicación, la intervención judicial ante medidas colectivas es de muy difícil caracterización⁴⁷. Puede hablarse de su carácter no plenamente jurisdiccional⁴⁸ y concluir que no sustituye la intervención judicial *ad hoc* expresamente prevista por el contenido constitucional de la libertad personal *ex art.* 17 CE o la protección del domicilio (art. 18 CE). Estas últimas son parte del contenido constitucional del derecho fundamental no *restricción* de su ejercicio.

La comprensión de esta intervención judicial (que a veces ha dado lugar a una especie de «trámite» de inexplicable *consulta previa a la jurisdicción contenciosa* con anterioridad a la publicación de la orden de medidas⁴⁹) requiere tener en cuenta su origen, desde una intervención estrictamente jurisdiccional frente a ciertas medidas sanitarias (cuarentenas, confinamientos por riesgo de contagio, tratamientos forzosos, etc.), y cómo evolucionó hacia otros derechos y sujetos colectivos.

nistrativa y el alcance de la ratificación judicial en caso de medidas colectivas, por cuanto pudiera ser contraria a los arts. 106 y 117.3 CE.

⁴⁷ Según alguna opinión, la autorización judicial podría implicar someter a ese trámite el ejercicio de la potestad reglamentaria. Véase J. Tejedor Bielsa (2020), «El virus de la inseguridad jurídica», en el blog *espublico*, disponible en: <https://bit.ly/39XA4jC>

Es posible, también, para evitar esta consecuencia, caracterizar las «órdenes de medidas» como simples actos. Su temporalidad, el diferente ámbito territorial de afectación, su mutabilidad, su «consunción», difícilmente permiten configurarlas como normas reglamentarias. Por lo demás, el derecho positivo obliga a considerarlas actos, por cuanto están sujetas a ratificación judicial, circunstancia que me parece impensable si se le otorgara calificación reglamentaria. Alguna administración autonómica calificó sus medidas sanitarias ordinarias de «Acuerdo» y las sujetó al régimen de los «actos», admitiendo recurso potestativo de reposición: es el caso de Castilla y León.

⁴⁸ Véase el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de septiembre de 2020, con cita de la anterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto, doctrina reproducida después en el Auto del mismo Tribunal, de fecha 15 de octubre de 2020 (ECLI: ES:TSJM:2020:346A).

⁴⁹ Véase el Auto de 16 de octubre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ECLI: ES:TSJPV:2020:52A): Orden firmada, pero no publicada, que se somete a ratificación. El TSJ contesta: «[o]bvio resulta decir que los Tribunales no emiten dictámenes si no tienen un asunto concreto que resolver. En este caso dicho asunto existe, pues nos encontramos ante una Orden firmada que, en ningún caso, entraría en vigor respecto del derecho fundamental al que afecta el punto arriba indicado hasta que se autorice por este Tribunal. Asimismo, debemos subrayar que la garantía jurisdiccional de esta autorización es previa a su vigencia (así, Autos de las Salas de lo Contencioso Administrativo de Madrid de 24 de septiembre de 2020 y de Aragón de 5 de octubre de 2020). A ello hay que añadir que la Sala de lo Contencioso Administrativo de Cataluña se ha enfrentado a una situación idéntica, no apreciando obstáculo alguno para analizar el fondo de la autorización solicitada con una orden escrita, aunque no publicada».

Si, en el ámbito sanitario, aquellas medidas requerían autorización judicial, al legislador, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que se ocupaba de alguna medida similar a las anteriores no estrictamente sanitaria (internamiento no voluntario), le pareció oportuno imponer igual tratamiento (autorización o ratificación judicial) para actuaciones semejantes. Así, la limitación a la libre circulación impuesta por medidas sanitarias que no supongan privación de libertad en su concepción constitucional (art. 17 CE) requieren *ahora* autorización o ratificación judicial previa, mientras otras limitaciones del mismo derecho, en el ámbito de la protección civil, no la requieren.

Al amparo de lo previsto en los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, las autoridades podían adoptar medidas de *control, reconocimiento, tratamiento y hospitalización* debido a la situación sanitaria concreta *de una persona o grupo de personas*.

El derecho positivo de emergencia ordinaria, tal como se aplicó, pedía la ratificación judicial previa de las medidas de confinamiento perimetral, con prohibición de salida y entrada en un núcleo determinado (la medida es «colectiva» y afecta a la libertad personal y a la libertad de circulación, art. 19.1 CE), pero resultaba claro que no sustituía la exigencia de intervención judicial *ex art. 17 CE*. Ratificada judicialmente una medida de *aislamiento perimetral*, en el interior de la zona ni existe ni puede existir, en ausencia de declaración de algún estado de anomalía constitucional, un «deber de confinamiento o aislamiento», si no ha sido impuesto mediante resolución judicial individualizada.

Sin embargo, los regímenes sancionadores autonómicos creados *ad hoc*, ya citados, suelen tipificar el *incumplimiento, acreditado y reiterado, del deber de aislamiento domiciliario acordado por la autoridad sanitaria o, en su caso, confinamiento decretado, en personas que hayan dado positivo en COVID-19* (así, por ejemplo, el art. 2 del citado decreto ley de Castilla y León). La conducta del ciudadano que, sin mandato judicial *ad hoc*, incumpla tal deber de aislamiento o confinamiento, debe reputarse atípica incluso en el interior de una zona afectada por medida de contención perimetral judicialmente ratificada, a menos que exista previa declaración de algún estado de excepcionalidad constitucional.

Cuando las medidas sanitarias ordinarias limitan la reunión de personas a cierto número, con ciertas distancias o condiciones, no parece que se vea afectado el derecho de reunión, puesto que los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica 9/1983 excluyen buen número de tales reuniones de su ámbito. Muchas de esas medidas de contención incluyen reuniones en el ámbito «público o privado». Esto último puede situar la cuestión en la posible afectación al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Alguna resolución judicial⁵⁰ examina si la afectación al derecho a «usar y disfrutar» de cosa propia justifica ya la exigencia de ratificación judicial previa,

⁵⁰ Véase el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Mérida, de 5 de agosto de 2020 (ECLI ES:JCA:2020:40A), que, tras apreciar que la limitación de reuniones

pero el verdadero problema radica en los casos en los que el titular de un «ámbito privado» puede esgrimir un domicilio constitucionalmente protegido (art. 18 CE). En tal supuesto, la simple ratificación judicial de la medida sanitaria adoptada no resulta suficiente para excluir los contenidos ordinarios de la inviolabilidad del domicilio como proyección del derecho a la vida privada: la imposición de tales limitaciones de asistencia o presencia en un *domicilio privado*, incluso en la situación sanitaria actual, rebasaría el término de proporcionalidad exigible a la orden general de policía por razones de emergencia. La conducta, en un domicilio privado, *debe considerarse atípica* respecto de la potestad sancionadora de la Administración amparada exclusivamente en la «orden de medidas». La práctica muestra que, adoptada la medida de *suspensión de la actividad* en uno de estos ámbitos privados no constitutivos de domicilio, su ejecución reclama ratificación judicial y no la intervención jurisdiccional de protección del domicilio⁵¹.

IV. *NECESSITAS NON HABET LEGEM*. LA NECESIDAD DE REINICIAR EL ESTADO DE DERECHO

1. LA REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE EMERGENCIA HACIA LA EXCEPCIONALIDAD

El 13 de noviembre de 1919, al presentarse el proyecto de ley sobre *profilaxis de las enfermedades infecciosas* (fruto de la pandemia de *gripe española*), se señalaba:

Es posible que alguien entreeva en el texto de estas leyes alguna limitación a ciertos derechos del individuo; pero no hay que olvidar que, en materia sanitaria, como en todas las otras, la libertad del ciudadano está limitada por el derecho de los demás, y que el interés general o colectivo está por encima del interés particular.

Un siglo después, la inadecuación de la legislación de salud pública, que se remonta al siglo pasado y responde a un sistema de competencias territoriales fuertemente descentralizado, imposibilitó una gestión unitaria ordinaria de la crisis. Existía doctrina constitucional suficiente para posibilitar una rápida introducción legal de competencias estatales de la emergencia sanitaria, sobre la mención constitucional «legislación básica», que admite cierta competencia estatal

a 15 personas en espacios privados restringe la inviolabilidad del domicilio, deniega su ratificación.

⁵¹ Véase el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puebla de Sanabria, de 9 de agosto de 2020 (ECLI: ES:JPII:2020:23A). El supuesto es el de una fiesta juvenil, en una finca rústica de titularidad privada, en plena normalidad constitucional, pero veinte una orden de medidas que prohibía tal tipo de actividades.

de ejecución (SSTC 32/83 y 54/1990). No se optó, tampoco, por una rápida modificación de la legislación⁵² que estableciera un régimen para una «emergencia sanitaria de interés nacional». Ni se intentó la modificación de la Ley Orgánica 3/1986, sobre la que descansaría parte de las medidas de contención, ni de la Ley Orgánica 4/1981 para dar un perfil más acusadamente «sanitario» al estado de excepcionalidad constitucional propio de las crisis sanitarias [art. 4.b), estado de alarma].

La situación se ha gestionado, por el contrario, desplazando hacia un derecho de excepción modificando de *facto*, y de *iure*, las potestades ordinarias de emergencia. Cubiertas ahora las autoridades sanitarias autonómicas por su condición de «autoridad delegada», disponen de un abanico de medidas que despliegan o no sobre su territorio, con variada técnica jurídica.

Las medidas ordinarias están ahora eximidas de la previa ratificación judicial (art. 2.3 del Real Decreto 926/2020 declarando el estado de alarma), y alguna de las medidas propias del estado de alarma (por ejemplo, el cierre de la circulación entre comunidades autónomas, art. 2.3 en relación con los arts. 6 y 9 del Real Decreto 926/2020) son adoptadas por órgano delegado que, además, no da cuenta de su aplicación en el Congreso, como exige la Ley Orgánica 4/1981, en su art. 8.2.

Para facilitar el desplazamiento dinámico hacia la excepcionalidad normativa se ha introducido un mecanismo de predeterminación de niveles de riesgo y medidas consiguientes y se ha elevado el estatus del órgano de coordinación (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), cuyas funciones ordinarias (art. 65 de la Ley 16/2003) son elevadas a rango *paraconstitucional*, en cuanto se requiere «acuerdo favorable» de ese órgano para que la Comisión de Presidentes autonómicos formule al Gobierno propuesta de levantamiento del estado de alarma (art. 14.3 del Real Decreto 926/2020).

2. UN ESTADO DE ALARMA DINÁMICO, DESLIZANTE E IMPOSIBLE

El estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020 fue enmendado y prorrogado por Real Decreto 956/2020. El texto resultante contiene hoy dos cláusulas⁵³ que lo transforman en una «situación» de excepcionalidad: por una

⁵² La Ley Orgánica 2/2016, de 31 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para el supuesto de convocatoria automática de elecciones en virtud de lo dispuesto en el apdo. 5 del art. 99 de la Constitución, es un ejemplo de lo que se puede hacer. La iniciativa legislativa tiene fecha de 7 de octubre de 2016. El 1 de noviembre de ese año, la Ley Orgánica está publicada en el *BOE*.

⁵³ No solo por estas razones el estado de alarma vigente es «imposible». Es conocido que el art. 3 del Real Decreto 926/20 extiende el estado de alarma a *todo el territorio nacional*, mientras el art. 2.2 designa como autoridad competente delegada a los presidentes de las comunidades autónomas, siendo así que el art. 7 de la citada Ley Orgánica 4/1981 única-

parte, el art. 10 del Real Decreto 956/2020 dice ahora que la autoridad competente delegada puede «modular, flexibilizar y suspender» las restricciones del propio estado de alarma. Y, por otra, la disposición final primera permite al Gobierno dictar *sucesivos* decretos que modifiquen lo establecido en el propio real decreto. Todo ello, durante la vigencia del estado de alarma que se ha prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021.

La primera de las habilitaciones nos sitúa en una posición en absoluto contemplada por el marco constitucional (ni por la Ley Orgánica 4/1981). Tampoco aclara en qué situación queda el ordenamiento de tal comunidad si la autoridad delegada puramente se niega a aplicar las restricciones de los arts. 5 a 11 del Real Decreto 926/2020 prorrogado. El art. 9 de la norma excepcional permite a la autoridad competente delegada aplicar o no las restricciones en función de los indicadores y su evolución⁵⁴, pero en modo alguno contiene *un mandato* que le obligue, de manera que las restricciones pueden «ir y venir» a la vista de los indicadores, deslizándose en el tiempo como si de puras restricciones ordinarias de policía sanitaria se tratara. A diferencia de lo que sucedía con el texto inicial del Real Decreto 926/2020 que *imponía* un conjunto de limitaciones, el texto resultante y hoy vigente contiene una regulación de la «eficacia» de las medidas de limitación que, por sí mismas, parecen no disponer de ella⁵⁵.

La segunda previsión resulta inconstitucional, no solo por la autohabilitación para modificar el real decreto declarando el estado de alarma, sino por el modo en que se ha configurado su prórroga. Si bien se ha impuesto entre nosotros

mente admite tal posibilidad cuando la declaración afecte *exclusivamente* a todo o parte del territorio *de una* comunidad autónoma.

⁵⁴ También este aspecto de la cogobernanza ha sido puesto en tela de juicio. El Gobierno se ha visto obligado a recurrir *ante el Tribunal Supremo* el Acuerdo 2/2021 de la Junta de Castilla y León anticipando el horario de limitaciones a la movilidad nocturna en horario no contemplado directamente en el Real Decreto 926/2020 ni en el Real Decreto 956/2020. Igualmente, el Gobierno se ha visto obligado a plantear conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional frente al acuerdo de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre el cierre perimetral y condiciones de entrada (admitido a trámite por Providencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2020, *BOE* de 22 de diciembre).

Procesalmente los recursos continuarán su curso, pero, conceptualmente, podemos preguntarnos: si diferentes ministros actuaban como autoridades competentes delegadas (Real Decreto 463/2020) y sus actos eran *recurribles ante el Tribunal Supremo* en tanto que actuaban como delegados del Gobierno mismo; si tales autoridades fueron (Real Decreto 555/2020) el ministro de Sanidad y los presidentes autonómicos con igual consecuencia a efectos de recurso, ¿no es ahora el Gobierno quien *recurre* contra un acto que se le imputa como propio y de ahí la competencia del Tribunal Supremo?

⁵⁵ Véase la disposición final primera del Real Decreto 956/2020 por el que se prorroga el Estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020: «[...] las medidas previstas en los arts. 5, 6, 7 y 8 *serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma [...] cuando la autoridad competente delegada respectiva así lo determine...*».

un estilo de interpretación constitucional pegado a la literalidad del Texto Fundamental (que admitiría la solución normativa ofrecida), lo cierto es que el *plazo* de quince días (art. 116.2 CE) debe leerse más bien como un *término*.

Sin intervención del Congreso, no hay estado de alarma que pueda mantenerse más de quince días. El Congreso no puede restringir la duración otorgada inicialmente por el Gobierno al estado de alarma, ni «derogarlo» antes de su extinción (así, STC 83/16) por llegar a su término. Si el Congreso dilata, mediante el acuerdo de prórroga, dicho término, su situación constitucional revierte a la situación inicial (imposibilidad de «derogar» el estado de alarma decretado por el Gobierno antes del término indicado en el art. 116 CE), si bien con las nuevas condiciones introducidas en el acuerdo de prórroga. La cuestión, por tanto, no es poco importante. Si se ha autorizado una prórroga similar a la vigente, ¿puede el Congreso decidir sobre la finalización del estado de alarma? A esto debe sumarse que, durante la prórroga ahora vigente, el Gobierno *podría* dictar reales decretos modificándolo, sin intervención decisiva del Congreso.

Por otra parte, de rechazarse este punto de vista, se alteraría esencialmente el juego de contrapoderes diseñado constitucionalmente. Un Congreso interesado en su permanencia podría enervar la potestad de disolución del presidente del Gobierno, prorrogando arbitrariamente el estado de alarma (art. 116.5 CE) si, contra la lógica institucional, se admite que aquel puede disponer libremente de la duración de la prórroga.

Puesto que se prefirió orillar toda posibilidad de reforma de la legislación ordinaria u orgánica para adaptarla a la nueva situación, y se reformuló a la ligera la legalidad excepcional bajo el aforismo *neccesitas non habet legem*, la razón de Estado y la incertidumbre⁵⁶, la preeminencia del derecho a la vida y la salud se transformaron en únicas fuentes del derecho, con daño grave de la comprensión tradicional del Estado de derecho.

3. REINICIAR EL ESTADO DE DERECHO

Los daños de la nueva legalidad son suficientes para activar alguna alarma. Resulta hoy, de nuevo, absolutamente necesario restablecer la primacía constitucional, y acabar con el intento de una reinterpretación directa, por el Ejecutivo, de los poderes excepcionales *ex* art. 116 CE. Cabe esperar que el futuro enjuiciamiento constitucional del estado de alarma descarte, como principio, toda presunción de constitucionalidad de tales actos que, aunque formalmente configurados con valor de ley, no son, sin embargo, expresión directa de la voluntad popular. Igualmente resultará necesario reafirmar el principio de separación de poderes y reivindicar, para el Congreso, el papel constitucional que le es propio en tiempo de excepcionalidad constitucional.

⁵⁶ Véase, en el fundamento cuarto del apremiado ATC 40/2020, la incertidumbre y el derecho a la salud como parámetros de limitación del derecho de manifestación.

El *estrés* constitucional ha arruinado también, en segundo lugar, el principio de legalidad. La vieja LO 4/1981 se ha mostrado incapaz de resistir creativas interpretaciones prácticas que, pegadas a su literalidad, han configurado una *situación* de alarma muy lejana a la momentánea y muy localizada interrupción de la normalidad constitucional allí contemplada. Por el contrario, una quizá necesaria, pero generalizada y continua, interrupción del orden constitucional debería encontrar un cauce expreso.

Igual consideración cabe aplicar a la legislación ordinaria de emergencias sanitarias que, hasta el presente, no ha servido como soporte para activar medidas de ejecución estatales, centralizadas, frente a una crisis que, sin embargo, se caracteriza por su generalidad.

La tutela judicial efectiva y otro conjunto de derechos fundamentales (el derecho a la libre circulación, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la vida privada, el derecho de reunión y manifestación o la libertad de culto) se han visto limitados mediante cláusulas genéricas de habilitación de potestades demasiado abiertas para fijar un canon de contraste judicial. El contenido del derecho fundamental se ha entregado (en ocasiones, incluso allí donde la Constitución reclama una específica intervención jurisdiccional) al Poder Ejecutivo. La seguridad jurídica se ha limitado en un contexto de mezcla de potestades ordinarias y de excepción, donde ni siquiera es posible determinar el órgano jurisdiccional ante quien ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva, ni la caracterización jurídica (acto o norma) que debe otorgarse a la medida.

Las *posiciones jurídicas fundamentales* de los ciudadanos han perdido claridad en considerable medida. Los derechos se diluyen, los deberes públicos se difuminan, las amenazas de sanciones administrativas, ahora objetivadas en un derecho autonómico sancionador, se bifurcan en innumerables y cambiantes normas; los intereses patrimoniales padecen ante un derecho de emergencia indemnizatorio que está por construir. Si se quiere evitar un escenario de quiebra sistémica⁵⁷ es necesario, cuanto antes, reiniciar el Estado de derecho, restaurando el principio de legalidad frente al nuevo poder de policía: *Necessitate habeat leges*.

⁵⁷ Quien haya prestado atención a la temática, ya abordada en J. Linz (1987), *La quiebra de las democracias*, Madrid: Alianza Editorial, puede intuir las coincidencias de este escenario con los descritos en dos comentados libros más recientes: S. Levitky y D. Ziblatt (2018), *Cómo mueren las democracias*, Barcelona: Ariel, y D. Runciman (2019), *Así termina la democracia*, Barcelona: Paidós.