

NOTAS

CORONAVIRUS Y DERECHO CONSTITUCIONAL. CRÓNICA POLÍTICA Y LEGISLATIVA DEL AÑO 2020

Coronavirus and constitutional law.
Law and political chronicle of the 2020

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Universidad de Granada

mazpitar@ugr.es

Cómo citar/Citation

Azpitarte Sánchez, M. (2021).
Coronavirus y derecho constitucional.
Crónica política y legislativa del año 2020.
Revista Española de Derecho Constitucional, 121, 105-138.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.121.04>

Resumen

La crónica de este año se centra en la crisis sanitaria. Repasa primero los instrumentos que se han utilizado para contener el virus, prestando especial atención a la justificación del estado de alarma en sede parlamentaria. Posteriormente muestra la incidencia de estas medidas sobre la organización territorial del Estado, que ha dado lugar a la dinámica de la cogobernanza. Asimismo, se exponen las limitaciones de derechos que ha implicado el estado de alarma y la manera en que la nueva normalidad también ha restringido las libertades. Finalmente se describen las particularidades que durante este tiempo han experimentado el control político y el control jurídico.

Palabras clave

Crisis sanitaria; legislación sanitaria; estado de alarma; Estado autonómico; derechos fundamentales; control político y control jurisdiccional.

Abstract

This year's chronicle focuses on the health crisis. It takes account, firstly, of the instruments that have been used to contain the virus, paying special attention to the parliamentary justification of the state of alarm. After that, the essay is focused on the incidence of these measures on the territorial organization of the State, giving rise to the dynamics of co-governance. The paper also goes through the limitations of rights that the state of alarm has implied and the way in which the new normality has also restricted freedoms. Finally, it describes the particularities that political control and legal control during this year.

Keywords

Health crisis; health legislation; state of alarm; Autonomic State; fundamental rights; political control and judicial control.

SUMARIO

I. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA CONTENER EL VIRUS: 1. Legislación ordinaria y estado de alarma. 2. La justificación del estado de alarma en los debates parlamentarios. II. CRISIS SANITARIA Y ESTADO AUTONÓMICO. III. CRISIS SANITARIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Qué tipo de excepción. La textura variable del estado de alarma y la nueva normalidad. 2. Derecho sancionador. 3. Derecho a la información. 4. Suspensión de elecciones. IV. CRISIS SANITARIA Y CONTROL POLÍTICO. V. CRISIS SANITARIA Y CONTROL JURISDICCIONAL. *BIBLIOGRAFÍA.*

Es ineludible dedicar íntegramente la crónica de este año a la crisis sanitaria y sus consecuencias constitucionales. Primero atenderé a los mecanismos elegidos para afrontar la pandemia y luego expondré la repercusión que ha tenido en la organización territorial, los derechos fundamentales, el control político y el control judicial. Sin embargo, el hecho de que la covid-19 haya sido afrontada principalmente mediante el estado de alarma provoca una sensación de contingencia. Cada situación de excepción es única y difícilmente su análisis ofrece pautas para la próxima. Además, los estados de excepción nos sumergen en la experiencia radical del presente, cancelando las expectativas de futuro y arrojando una luz nostálgica sobre el pasado. Y ni siquiera el presente lo vemos completo, pues en el fragor de la emergencia se nos escapan fenómenos que habrían merecido una reflexión específica —por ejemplo, la debilidad de la monarquía, el fracaso en la renovación de los órganos constitucionales, las elecciones autonómicas o la aprobación, por fin, de unos nuevos presupuestos—.

Siendo indiscutible la relevancia de la crisis sanitaria, no obstante, cabe sostener que los acontecimientos con verdadera repercusión constitucional a medio y largo plazo no los hemos de hallar en el estado de alarma, ni, como suele ser habitual en los últimos tiempos, en el derecho público nacional. Es imprescindible estar atentos a las transformaciones estructurales que ha implicado la reacción de la Unión al hundimiento económico derivado de la epidemia, labor imposible de abordar en estas páginas, pero que el lector interesado podrá encontrar en un trabajo que completaría este ensayo (Azpitarte Sánchez, 2020; y también, como contraste, Menéndez y Dani, 2020).

I. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA CONTENER EL VIRUS

1. LEGISLACIÓN ORDINARIA Y ESTADO DE ALARMA

El 30 de enero de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud le dio categoría de emergencia de salud pública de importancia internacional al nuevo brote de coronavirus. Antes, el 23 de enero, el Ministerio de Sanidad había anunciado que estaba elaborando junto con las comunidades autónomas un protocolo de actuación¹. El 31 de enero se confirmó un caso en La Gomera, y días después, otro en Mallorca. El 11 de febrero, el ministro de Sanidad informó al Consejo de Ministros de que el riesgo para la población era bajo². El 3 de marzo el Ministerio y las comunidades autónomas consensuaron celebrar a puerta cerrada las competiciones deportivas con alta presencia de aficionados, suspender los eventos de sanitarios y recomendar el aplazamiento de los restantes eventos deportivos³.

El 9 de marzo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó «medidas concretas para zonas con transmisión comunitaria significativa de coronavirus», que consistieron básicamente en la cancelación de la actividad educativa y una serie de recomendaciones en el ámbito laboral encaminadas a reducir el contacto social. Esta decisión motorizó la actividad normativa de las comunidades autónomas, que, en forma de acuerdos, órdenes o resoluciones, implementaron esas medidas y paulatinamente fueron añadiendo otras⁴. En todos los casos, al margen de la correspondiente regulación autonómica, se citaron como habilitación normativa la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud, art. 3; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 26, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, art. 54⁵.

En Cataluña se estipuló el cierre perimetral de ciertas poblaciones, pero el confinamiento de los habitantes de estos municipios solo se recomendó. Se tomó como fundamento su propia normativa, en concreto, la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña, y la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de

¹ Véase <https://bit.ly/2MyXlzB>. Todas las webs citadas en este trabajo han sido visitadas a 1 de marzo de 2021.

² Véase <https://bit.ly/3rimMot>.

³ Véase <https://bit.ly/3b4iHOL>.

⁴ Un primer acercamiento que subrayaba ya la confluencia de la legislación ordinaria y las medidas excepcionales lo encontramos en Nogueira López (2020).

⁵ Se ha celebrado la excelente respuesta de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, que ha recopilado y ordenado toda la normativa referida a la covid-19 con un código específico de derecho autonómico.

salud pública⁶. En cambio, la Región de Murcia dio un paso más y decretó en algunos municipios un confinamiento solo excepcionado «para desplazamientos por motivos laborales, médico-asistenciales y de adquisición de productos de primera necesidad, sanitarios y farmacéuticos». En este caso la actuación se fundó en la normativa estatal ya citada, y en el Plan Territorial de Protección Civil⁷.

La respuesta desde la legislación ordinaria quedó superada por la declaración del estado de alarma. A su vez, este ha variado desde el Real Decreto 463/2020 hasta el Real Decreto 926/2020. Ahora nos interesa recordar que en el primero los elementos fundamentales fueron la concentración de poderes en el Gobierno central, al ser este órgano «autoridad competente» y algunos de sus ministros «autoridad delegada» (art. 4); la limitación de la libertad de circulación; las medidas de contención en diversos ámbitos (en realidad, la definición de las pocas actividades que podían seguir realizándose, arts. 9, 10, 11, 14, 15, 16), y la garantía de algunos servicios (arts. 18 y 19).

En el Real Decreto 926/2020 el cambio de lógica es sustancial. El peso de la decisión se vuelca sobre las comunidades autónomas, cuyos presidentes pasan a ser autoridades delegadas. De este modo, el real decreto se convierte en una habilitación de medidas que cada comunidad irá administrando según las circunstancias. Medidas entre las que no se encuentra el llamado confinamiento domiciliario completo, limitándose la circulación en términos horarios (art. 5), territoriales (art. 6) o de número de personas (art. 7).

Sin duda, la propia declaración del estado de alarma, así como su densidad cambiante, invita a indagar sobre su justificación político-constitucional. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, es parco en su preámbulo y básicamente refiere, en relación con la pandemia, que «la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura»; y añade alusiones genéricas al carácter indispensable y proporcionado de las medidas. Se ha de esperar hasta el tercer real decreto de prórroga, el 492/2020 de 24 de abril, para encontrar una justificación algo más acabada, que vincula la eficacia del estado de alarma a la salvaguarda de los derechos a la vida, la integridad física y la salud.

⁶ Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo, por la que se acuerda restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 8083A, 12-3-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2Ocqn8A>.

⁷ Orden de la Consejería de Salud por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (COVID-19). *BORM*, n.º 61, del 13-3-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2ZXAAaSO>.

Es realmente en el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, relativo a la cuarta prórroga, cuando se fija la motivación estándar, que se articula en varios ejes. Primero, la eficacia: los datos explican que las medidas del estado de alarma reducen los indicadores pandémicos (p. 3). Segundo, una referencia a la Comunicación de la Comisión «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», según la cual las decisiones extraordinarias adoptadas por los Estados miembros resultaron esenciales. Tercero, una cita expresa de la argumentación sostenida por el Tribunal Constitucional en el Auto de 30 de abril de 2020. Y, finalmente, una indicación de la necesidad del estado de alarma en relación con los fines adoptados, que es, a mi juicio, la verdadera justificación que explicaría por qué no son suficientes los poderes ordinarios. Declara así el real decreto en su página 5:

[...] sólo manteniendo la limitación a la libertad deambulatoria en todo el territorio nacional será posible controlar la pandemia y esta limitación, de alcance general a todo el territorio, sólo puede establecerse en el marco del estado de alarma. Dicho en términos inversos, sólo mediante el mantenimiento del estado de alarma es posible continuar limitando la libertad deambulatoria en el conjunto del territorio nacional, limitaciones que permitirán contener la pandemia.

Sin embargo, tras los infructuosos esfuerzos realizados desde junio a octubre para dominar la epidemia a través de medidas ordinarias (a lo que atenderé más adelante), en la declaración del tercer estado de alarma, a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, las medidas extraordinarias ya no se presentan como una sustitución de los poderes ordinarios, sino como un complemento a estos (p. 5):

No obstante, en una situación epidemiológica como la actual, resulta imprescindible combinar las medidas previstas en la legislación sanitaria con otras del ámbito del Derecho de excepción, tal y como recogen los artículos 116.2 de la Constitución Española y cuarto y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS

En el primer debate parlamentario, propiciado por la Comunicación del Gobierno que acompañó al Real Decreto 463/2020, no existió tampoco una

reflexión política sobre el confinamiento tan extremo que se adoptó, seguramente porque en el imaginario del Congreso se había interiorizado como inevitable. Así, el presidente Sánchez expuso con detenimiento las medidas (p. 8 y ss., Comparecencia 463/2020⁸), pero dedicó poco tiempo a razonar su necesidad. Indicó que, tras rebasar las fases de contención y contención reforzada, «las circunstancias nos exigieron pasar a una fase de mitigación, para lo que se hizo necesario el recurso a un instrumento jurídico excepcional que contempla nuestra Constitución, que es el estado de alarma» (p. 4). También señaló que los objetivos en la fase de mitigación eran proteger a las personas más expuestas a sufrir la enfermedad, «blindar al máximo las capacidades del sistema público de salud» y «proteger a toda la población» con medidas de higiene y distanciamiento social (p. 4). El presidente, además, marcó las normas de acción durante el estado de alarma: «subordinación al mandato de los científicos y de los expertos»; «coordinación entre las distintas Administraciones», y «unidad de acción en torno al objetivo común» (p. 5).

Hay que esperar a la solicitud de la primera prórroga para encontrar una mínima alusión a las razones del confinamiento, presentado como un hecho inevitable que, sin embargo, necesita la ratificación democrática:

[...] el abrumador número de contagiados, es el poder del virus, esa es su estrategia. Una a una, las tácticas de contención que cada país ha ido ensayando, van siendo superadas hasta que, finalmente, la única opción es el aislamiento social y el confinamiento del grueso de la población en sus hogares. [...] en una sociedad de hombres y mujeres libres, como es la española, la decisión de encerrarnos en nuestras casas no puede ser decretada o impuesta, sino aprobada por los propios ciudadanos a través de sus legítimos representantes. Así es lo que establece nuestra democracia y nuestra Constitución. [...] Estoy convencido de que, efectivamente, la única opción eficaz contra el virus es el aislamiento social. Todos nosotros y todas nosotras, con independencia de nuestro color político, estamos convencidos de eso (p. 76, solicitud de autorización de la primera prórroga⁹).

El presidente, en la segunda prórroga, comenzó a justificar el estado de alarma en su eficacia, para lo que situó los argumentos en el terreno de los hechos:

⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 15, 18 de marzo de 2020.

⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 16, 25 de marzo de 2020.

Contamos con una evidencia incuestionable, señorías, y es que el estado de alarma está funcionando. Después de semanas de una lucha que ha sido agónica por momentos, vemos cómo el incendio que desató la pandemia comienza a estar bajo control. Los datos, lógicamente, con toda la prudencia que podemos expresar, son alentadores. Hemos alcanzado y superado el pico de contagios del COVID-19 y nos encontramos cerca del inicio del descenso, lo que se llama la desescalada (p. 6, segunda solicitud de prórroga¹⁰).

Toca entonces justificar el mantenimiento del estado de alarma en la fase de desescalada. En este sentido me parece fundamental la referencia que el presidente Sánchez realizó en la solicitud de autorización de la tercera prórroga a los criterios de la OMS para levantar el confinamiento: identificación de las personas infectadas y su aislamiento, máximo control de los lugares con mayor riesgo de infección, control de los contagios importados, medidas de prevención en centros educativos y de trabajo, y compromiso ciudadano con las reglas de confinamiento e higiene social (p. 10, solicitud de la tercera prórroga¹¹).

Y es en la cuarta solicitud de prórroga, donde ya encontramos finalmente un esbozo de la justificación político-constitucional del confinamiento:

Los demás indicadores, señorías, demuestran —lo recalco con toda prudencia y con toda precaución— que la enfermedad está siendo controlada. [...] Y recuerdo que no hemos llegado hasta aquí porque nos haya llevado la corriente, hemos llegado hasta aquí con esfuerzo, con sacrificio y también con una herramienta constitucional y plenamente legal como es el estado de alarma, que, insisto, ha funcionado. Gracias a esa victoria, que sin duda alguna es parcial, no es completa a día de hoy, hemos tenido esta posibilidad de poder iniciar, como he señalado al principio de mi intervención, la fase de desescalada. Y para hacerlo necesitamos la misma herramienta legal, la misma herramienta constitucional, porque es la única que nos permite cegar las vías de contagio del virus cuando todavía conserva buena parte de su potencial letal. Limitamos, es verdad, el derecho a la libre circulación y limitamos, es cierto, el derecho a la libertad de reunión, pero lo hacemos para garantizar otros dos derechos fundamentales, como el de la salud pública y también el de salvar vidas. Es cierto que las restricciones serán cada vez menos severas —esperemos que sean cada vez

¹⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 17, 9 de abril de 2020.

¹¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 19, 22 de abril de 2020.

menos severas—, pero seguirá habiendo restricciones, y esas restricciones, señorías, necesitan del estado de alarma (p. 7, cuarta solicitud de prórroga¹²).

En definitiva, el confinamiento y el estado de alarma que lo posibilita estarían políticamente justificados por el valor de salvar vidas. Asediado por las dificultades parlamentarias para obtener más prórrogas, es en la sexta solicitud cuando el presidente realiza un discurso con mayor énfasis:

En una situación inédita a nivel internacional, o al menos no conocida en estos últimos cien años, y sin vacunas, sin remedios disponibles, los Gobiernos de todo el mundo nos vimos obligados a recurrir a uno de los tratamientos médicos más antiguos, que es la cuarentena, el confinamiento. [...] El estado de alarma nunca ha sido, señorías —lo he dicho en muchas ocasiones cada vez que he tenido ocasión de referirme a esto desde esta tribuna—, un capricho del Gobierno ni ha tenido otro objetivo que el de controlar el virus, defender la salud pública y salvar vidas (p. 10, solicitud autorización sexta prórroga¹³).

Al momento de decretarse el tercer estado de alarma, segundo para todo el país, la posición del Gobierno está ya totalmente consolidada. En la intervención del ministro Illa se insiste en justificar la excepción en razón de sus resultados:

Nuestros objetivos en aquel momento eran dos: en primer lugar, conseguir doblar la curva de transmisión y, en segundo lugar, situarla en un nivel que no supusiera un riesgo para la capacidad de nuestro sistema sanitario. Creo que ahora hay pocas dudas de que el estado de alarma decretado en marzo fue decisivo y efectivo para el control de la pandemia entonces, y así lo demostraron el conjunto de indicadores epidemiológicos (p. 9 de la Comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto 926/2020 y a su vez solicitud de la primera prórroga¹⁴).

Y las medidas se diseñan para activarse casi de manera automática en razón de dos indicadores, «los epidemiológicos sobre el nivel de transmisión»

¹² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 21, 6 de mayo de 2020.

¹³ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 25, 3 de junio de 2020.

¹⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 53, 15 de octubre de 2020.

cada cien mil habitantes y «el grado de ocupación de los servicios hospitalarios y de las unidades de cuidados intensivos» (p. 12 de la Comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto 926/2020, y a su vez solicitud de la primera prórroga).

Aunque inicialmente existió un cierto consenso en torno al estado de alarma y su medida principal, el confinamiento domiciliario, pronto la oposición realizó una crítica que podría desdoblarse en dos líneas. De un lado, las posiciones del Partido Popular y Vox, que, en boca de sus dos líderes nacionales, cuestionaron la eficacia del Gobierno en la gestión de la pandemia y le reprocharon el uso del estado de alarma con fines autoritarios. Ya en la solicitud de la primera prórroga, incluso con voto favorable, Casado afirmó:

Señor Sánchez, es usted el presidente del Gobierno investido con menos votos y escaños de su grupo parlamentario en toda nuestra historia. Sin embargo, es el que más poder ha recibido de la oposición. Le hemos concedido las competencias extraordinarias de un estado de alarma, que ya es más un estado de excepción encubierto, pues afecta a la limitación de derechos fundamentales que no recoge la Constitución en la figura que hoy aprobamos (p. 79, solicitud de primera prórroga).

Y a partir de la tercera prórroga la crítica crece en intensidad con frases del siguiente calibre:

En el tercer ámbito, exigimos respeto a las libertades democráticas. Las democracias mueren cuando se empiezan a incumplir las normas no escritas. Ya le he recomendado alguna vez el libro de Ziblatt y Levitsky, *Cómo mueren las democracias*, y eso es lo que está pasando con este estado de alarma. (p. 22, solicitud de tercera prórroga).

O como la que se vivió en la cuarta solicitud de prórroga:

Señorías, además de las causas por las que el coronavirus ha afectado tanto a España, en segundo lugar, me gustaría analizar las falsedades que el Gobierno lanza sobre las consecuencias de su negligente gestión. Pretenden poner en marcha su engranaje de ingeniería social y aprovechar la pandemia para avanzar en su programa contra la libertad individual, la propiedad privada y el Estado de derecho (p. 14, solicitud de cuarta prórroga).

En la misma línea se manifiesta Santiago Abascal, que, por ejemplo, en la solicitud de la cuarta prórroga, sostuvo:

Digan que han prohibido ustedes los derechos de reunión y de manifestación y digan que su único miedo es a la gente y que ustedes ya solo quieren protegerse de los españoles. Porque a ustedes no les gusta la libertad, por mucho que la invoquen, ni la verdad. Precisamente, haciendo uso de la primera vamos a decirles la segunda en esta tribuna y en las calles, y vamos a revelar que usted, señor Sánchez, pretende tener como rehenes a los españoles y que trata de chantajear a esta Cámara —como ha hecho desde esta tribuna— para que renueve un poder del que usted ha abusado (p. 18, solicitud de cuarta prórroga).

Los dos grupos ofrecieron una alternativa a la posición del Gobierno. Vox directamente presentó una moción de censura, haciendo, por tanto, hincapié en la naturaleza política de su crítica (sobre la que más adelante se expondrán sus elementos esenciales). En cambio, el Partido Popular, en la quinta solicitud de prórroga (p. 22), propuso mantener el mando único pero utilizando la legislación ordinaria. Y, más adelante, en el debate del tercer estado de alarma sugirió «una modificación legal pensando incluso que la actual Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, podría valer para limitar la movilidad» (p. 19 de la Comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto 926/2020 y a su vez solicitud de la primera prórroga).

La otra línea de crítica la encarnó Esquerra Republicana de Cataluña. Desde la primera prórroga postuló un confinamiento más intenso: «Las medidas de confinamiento y funcionamiento de la actividad que plantean nos siguen pareciendo laxas y tardías. Hay que parar toda actividad no esencial para tener algún tipo de actividad el día de mañana» (p. 88, primera solicitud de prórroga; en el mismo sentido, p. 23, segunda solicitud de prórroga, y p. 29, tercera solicitud de prórroga). Pero es en mayo, en la cuarta solicitud de prórroga, cuando dio una vuelta de tuerca, ofreciendo una visión alternativa a la gestión de la pandemia mediante la legislación ordinaria, tal y como señaló Gabriel Rufián:

Hoy no votamos en contra de una prórroga del estado de alarma. Hoy votamos en contra de su prórroga del estado de alarma. Porque, que todo el mundo lo sepa —y es dramático que solamente lo digamos nosotros—: hay alternativa, hay alternativa a esta prórroga del estado de alarma. Hay, en definitiva, alternativa a la recentralización, a la militarización y a la regresión de derechos civiles en la gestión de esta crisis. [...] ¿Saben que pasaría si hoy no se aprobara el estado de alarma que se va a aprobar? Nada; nada. Si el Gobierno quisiera no pasaría absolutamente nada, porque en el actual marco legislativo, repito, en el actual marco legislativo estatal y autonómico hay vías, formas de poder seguir

con el confinamiento y poder prorrogar todas y cada una de las medidas sociales y económicas para paliar la situación. Nosotros estamos por prorrogar políticas excepcionales, no por prorrogar estados excepcionales (pp. 23-24, cuarta solicitud de prórroga).

Si bien, la crítica se recondujo en el tercer estado de alarma, cuando el Gobierno pactó con Esquerra, entre otros, las nuevas medidas, hasta el punto de que su portavoz afirmó:

Y lo decimos claramente, si este estado de alarma es más específico, más científico y más descentralizado, si este estado de alarma se parece como un huevo a una castaña al anterior es por la fuerza, es por la negociación, no solamente nuestra, pero también nuestra, de grupos como el de Esquerra Republicana de Catalunya (p. 25 de la Comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto 926/2020 y a su vez solicitud de la primera prórroga).

II. CRISIS SANITARIA Y ESTADO AUTONÓMICO

La primera y breve respuesta a la epidemia se desarrolló dentro del marco común de distribución competencial, en correspondencia lógica con el intento de articular la solución a través de los poderes ordinarios. No obstante, desde el inicio se percibió la necesidad de coordinación. Como ya se ha señalado, el 9 de marzo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó «medidas concretas para zonas con transmisión comunitaria significativa de coronavirus», que fueron formalmente materializadas por las comunidades. También se ha señalado que, bien pronto, Cataluña y la Región de Murcia avanzaron dos restricciones —el confinamiento perimetral y domiciliario— cuya adopción planteaba problemas de constitucionalidad desde el punto de vista de su cabida bajo el ejercicio de poderes ordinarios, lo que, a fin de cuentas, cuestionaba la suficiencia de la competencia autonómica¹⁵.

¹⁵ Para un sector de la doctrina, esencialmente imbricado en el área del derecho administrativo, no hubiera sido necesario declarar el estado de alarma para dictar medidas como el confinamiento domiciliario, de manera que hubiera bastado la legislación sanitaria. Consideran que el estado de alarma tiene su particularidad en la alteración de la estructura competencial, concentrando en el Gobierno central lo que en tiempos de normalidad podrían hacer las comunidades autónomas (Velasco Caballero, 2020c; Domenech, 2020; Boix Palop, 2020, que ofrece la imagen de una

La declaración del estado de alarma supuso inicialmente un giro radical que marginó cualquier atención a la evolución dispar de la enfermedad en el territorio del Estado. En consonancia, el Gobierno fue definido como autoridad competente, «bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno», siendo autoridades delegadas la ministra de Defensa, el ministro del Interior, el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y el ministro de Sanidad. Con todo, se previó expresamente que la gestión ordinaria de los servicios se mantuviese dentro de la distribución de competencias (art. 6).

Sin embargo, la situación cambió con el inicio de la llamada desescalada. El 28 de abril el Gobierno aprobó el Plan para la transición a una nueva normalidad. En él asumió que el proceso había de ser territorialmente asimétrico y decidió implicar a las comunidades autónomas en la gestión (y podría añadirse que fue también una vía para repartir la responsabilidad política). En términos todavía informales, el plan ya apuntaba que, reservándose el ministro de Sanidad la toma de decisiones, estas habían de resultar de un diálogo previo con la comunidad (pp. 15-17).

Este cambio se decantó en la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad. La cogobernanza se definió en el preámbulo de la orden como un «diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración». Más concretamente, el procedimiento había de iniciarse con una propuesta de la comunidad autónoma en la que tendría que presentar «el momento en el que se encuentra el territorio», «la descripción de las medidas de desescalada a adoptar», sus fechas y un análisis mediante indicadores de las capacidades estratégicas (tercero). El estudio de la propuesta lo haría el Ministerio de Sanidad «conjuntamente con las comunidades autónomas» (sexto.1), pero la decisión correspondería al ministro, que la formalizaría mediante una orden (sexto.3), siendo la ejecución de la comunidad autónoma (octavo). Asimismo, el Ministerio sustituiría a la comunidad autónoma si esta no formulase ninguna propuesta (sexto.2).

posible gestión federal de la crisis; Alonso Timón, 2020). En cambio, otras autoras, situadas en el campo académico del derecho constitucional, señalan como elemento clave la limitación generalizada de derechos fundamentales, que solo podría lograrse a través del estado de alarma, que, además, es el vehículo para mantener el equilibrio horizontal de poderes (Carmona Contreras, 2020); porque las leyes sanitarias carecerían de la densidad suficiente para restringir el derecho (Sanz Royo, 2020). En esta línea, referido expresamente a la desescalada, Teruel Lozano (2020b). Y cabría una tercera posición, que, a la luz de la realidad práctica, expone el uso yuxtapuesto de las reglas de normalidad y de excepción: Presno Linera (2021).

Pero la activación del proceso tenía unos requisitos estructurales previos (cuarto), a saber, la remisión puntual de información y la disponibilidad de un número de camas para cuidados intensivos y enfermos agudos (cuarto).

Sin solución de continuidad, cinco días después se adoptó el Real Decreto 514/2020, relativo a la cuarta prórroga, que daba cuenta en su art. tercero de las líneas basales de este procedimiento de cogobernanza con el que gestionar la desescalada. Además, en el art. 4 se previó la posibilidad de que el Gobierno acordase con cada comunidad autónoma «la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos». Se estableció, así, un doble procedimiento, el del art. 3, dirigido a la recuperación de actividades previstas en el Plan para la transición a una nueva normalidad, y otro, el del art. 4, para deshacer las restantes medidas que conllevó el estado de alarma.

Esta fue la normativa que estructuró la cogobernanza durante el estado de alarma. Terminado este, el método continuaría cobijado ahora en las actuaciones coordinadas del art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. De acuerdo con esta previsión, las actuaciones coordinadas las «declara» el Ministerio «previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas», permitiendo, entre otras cosas, «la definición de estándares mínimos para el análisis e intervención sobre problemas de salud».

El modelo se definió en el Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19, adoptado en Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del 16 de julio de 2020. Tenía este plan un epígrafe titulado «Gobernanza y Marco normativo», en el que se indicaba expresamente que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud «acuerda la implementación de las acciones frente al COVID-19 en el conjunto de las comunidades autónomas» y sostenía que «[e]l objetivo de esta coordinación es la armonización de las actuaciones en todo el territorio nacional, teniendo en cuenta las directrices del Ministerio de Sanidad y las recomendaciones de la Unión Europea y la Organización Mundial de la Salud» (p. 10).

En este marco, el 14 de agosto, el Ministerio y las CC. AA. acordaron por unanimidad actuaciones coordinadas para controlar la transmisión de la covid-19, las cuales, según la información de la nota de prensa, se referían, entre otras, al cierre de discotecas y bares de copas, normas de distancia en establecimientos de hostelería, horario de cierre, organización de eventos multitudinarios o gestión de los centros sanitarios¹⁶. El 27 de agosto se apro-

¹⁶ Véase <https://bit.ly/2NOty6K>.

baron una actuación coordinada referida a los centros educativos y otra a la gripe. En la primera, se estipuló como criterio general la apertura de los centros educativos y se estableció una serie de reglas destinadas a ordenar la convivencia en los centros (por ejemplo, distancia social a un metro y medio o el uso de mascarillas desde los 6 años), comedores, y transporte escolar, así como las medidas a adoptar en caso de brote¹⁷. En la segunda se establecieron los grupos de población que vacunar y las fechas de comienzo¹⁸. En ambos casos, se estipuló un plazo límite, 31 de agosto, para que las comunidades autónomas adaptasen la normativa que fuese necesaria. El 9 de septiembre se declaró una nueva actuación coordinada relativa a la realización de estudios de seroprevalencia y cribados¹⁹.

Pero, sin duda, la actuación coordinada que destacó sobre todas las demás fue la de 30 de septiembre para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2 (*BOE* de 1 de octubre). Esta actuación, que claramente pretendió ser una respuesta alternativa al estado de alarma, nació cuando a finales del verano la expansión del virus volvió a crecer. En el primer punto de su parte dispositiva marcó los indicadores epidemiológicos que imponían una obligación para las comunidades autónomas de adoptar «al menos» las medidas previstas en el punto segundo. Estas eran el confinamiento perimetral, la reducción de las reuniones y limitaciones de aforo, distancia y horario en espacios de acceso público. En cualquier caso, se trataba de medidas de mínimos que las comunidades autónomas podrían ampliar, tal y como indicaba el punto 1.3, si bien resultaba difícil imaginar qué restricciones adicionales estaban las comunidades en condiciones de tomar dentro del marco normativo ordinario.

Este acuerdo recibió el voto particular negativo de Cataluña, Galicia, Andalucía, la Comunidad de Madrid y la ciudad autónoma de Ceuta, y la abstención de la Región de Murcia. No obstante, el punto cuarto del acuerdo señalaba que las actuaciones coordinadas eran vinculantes en virtud de la competencia estatal sobre coordinación de la sanidad²⁰. En el marco de este conflicto político latente, destacó el caso de la Comunidad de Madrid: tras materializar las actuaciones coordinadas con el cierre perimetral de algunos

¹⁷ Véase <https://bit.ly/3uKL9Nm>.

¹⁸ Véase <https://bit.ly/3kwe6Iq>.

¹⁹ Véase <https://bit.ly/3rhZO0k>.

²⁰ Sobre los distintos tipos de coordinación en virtud del art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, véase Velasco Caballero (2020a).

municipios, la orden que lo articulaba no fue autorizada por el Tribunal Superior de Justicia. Más adelante se dará cuenta de esta resolución, pero ahora interesa indicar que abocó a la declaración de un estado alarma ceñido a esos municipios y con el fin de prohibir las entradas y salidas, formalizado en el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.

La resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid marcó los límites a la gestión de la pandemia a través de los poderes ordinarios y condujo irremediablemente a la declaración de un nuevo estado de alarma para todo el territorio estatal. Desde el punto de vista autonómico, el Real Decreto 926/2020 continúa la línea definida en la fase de desescalada. Así, la autoridad competente es el Gobierno central, pero los presidentes autonómicos operan como autoridades delegadas. A su vez, el real decreto es un marco de medidas —básicamente toque de queda, cierre perimetral, limitación de personas en espacios públicos y privados, y prestaciones públicas— que habilita su adopción y revocación por parte de las comunidades autónomas (arts. 2.3 y 10), en la idea de que de otro modo carecerían de potestades suficientes. Y no menos importante es la designación en el art. 13 del Consejo Interterritorial como órgano de coordinación, también en el estado de alarma, «que podrá adoptar cuantos acuerdos procedan, incluidos, en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración». Síntoma claro de la evolución que ha experimentado el estado de alarma a lo largo de casi un año, que si al inicio lo confió todo al mando único, ha terminado asentado en la cogobernanza. Cogobernanza que, por otro lado, ha tenido siempre la referencia superior de la Conferencia de Presidentes, reunida, de marzo a diciembre de 2020, en diecisiete ocasiones.

III. CRISIS SANITARIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. QUÉ TIPO DE EXCEPCIÓN. LA TEXTURA VARIABLE DEL ESTADO DE ALARMA Y LA NUEVA NORMALIDAD

La declaración del estado de alarma contenida en el Real Decreto 463/2020 limitó la libre circulación, de tal modo que solo fue posible moverse para realizar ciertas actividades: adquisición de productos de primera necesidad, asistencia a centros sanitarios, con fines laborales, retorno al lugar de residencia habitual, asistencia a personas mayores, menores, dependientes, con discapacidad o especialmente vulnerables, desplazamiento a entidades financieras y de seguros, y situaciones de fuerza mayor o necesidad;

añadiéndose la referencia «a cualquier otra actividad de análoga naturaleza», con la que se intentaba abrir un margen de razonabilidad en la aplicación (art. 7). Más tarde, el Real Decreto 465/2020 estipuló que tales actividades deambulatorias debían realizarse individualmente.

Sin duda, la limitación de la libertad de circulación fue la más sobresaliente en términos vitales, además de que supuso implícitamente una barrera al derecho de reunión²¹. Pero también ha de recordarse que se constriñeron el derecho a la educación mediante la suspensión de la actividad educativa presencial (art. 9), el derecho de propiedad y la libertad de empresa, con la suspensión de gran parte de la actividad comercial minorista (art. 10), las medidas de transporte (art. 14) o la habilitación de requisas (art. 8), y la libertad religiosa, imponiendo condiciones a los actos de culto (art. 11).

Ya se ha visto que en los debates parlamentarios la restricción de la libertad de circulación llevó a ciertos grupos de la oposición a calificar el estado de alarma como estado de excepción encubierto. Esta aproximación ha sido en esencia trasunto de la controversia en sede académica, principalmente a través de artículos de prensa y blogs (género que ha ganado definitivamente un lugar en la doctrina). La discusión radicó en la lectura comparada de los arts. once y veinte de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Para un sector de la doctrina, «prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine» es algo más que «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados», y, en cualquier caso, el Real Decreto 463/2020 supondría una prohibición/suspensión, por tanto, un estado de excepción (Aragón Reyes, 2020; Díaz Revorio, 2020; Presno Linera, 2020a: 44; Cotino Bueso, 2020). Para otra corriente, o bien la prohibición debe implicar la negación del contenido esencial (Uría, 2020), o bien sitúa el centro de atención no tanto en el tipo de restricción (en verdad es seguramente inimaginable una suspensión total de la libre circulación), sino en la naturaleza no política (Pérez Royo, 2020; Velasco Caballero, 2020e) o extraña al orden público (Cruz Villalón, 2020) del estado de alarma.

Más allá de esta importante cuestión, me gustaría señalar en qué medida, a través del largo año 2020, el régimen jurídico de la excepcionalidad y el de la normalidad han ido transformándose hasta generar paralelismos. Un primer paso en este sentido fue la llamada fase de desescalada, gestionada a través del estado de alarma y que fue levantando paulatinamente las limitaciones de derechos. Es clave el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, que

²¹ Sobre la específica problemática del derecho de reunión en el estado de alarma, cuya limitación no está formalmente prevista, véase Presno Linera (2020b).

articuló la cuarta prórroga y que diseñó, como ya se ha visto, el método para ir recuperando movilidad y actividades suspendidas. El Plan para la transición a una nueva normalidad configuró la revocación de las limitaciones en tres fases según los indicadores referidos al número de casos y a la capacidad del sistema sanitario (anexo I del plan).

Terminado el estado de alarma, el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, redujo las medidas limitativas al uso de mascarillas cuando no se pudiese mantener la distancia de 1,5 metros, y, en términos generales, al mantenimiento de esas distancias en los distintos espacios públicos. Pero el grueso del real decreto estuvo dedicado a imponer en los diversos sectores protocolos de organización para la adecuada desinfección. En la nueva normalidad todo se apostó a la capacidad del sistema para detectar y aislar las infecciones, evitando de este modo los brotes y la transmisión comunitaria. Esta pretensión se reflejó claramente en el Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19, acordado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 16 de julio de 2020, que volcó parte de su atención en los mecanismos de detección precoz (p. 16) para evitar la transmisión comunitaria no controlada, que sería la razón de restricciones de movilidad (p. 40). Pero no podemos olvidar que la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de COVID-19 impuso el aislamiento, en un primer momento de catorce días, que luego fue reducido a diez días (domiciliario si no requería hospitalización) de las personas con «infección activa» (p. 10).

Posiblemente la sociedad española no ha tenido el grado de autocontención suficiente para evitar la transmisión descontrolada. Pero lo que queda fuera de toda duda es que el sistema institucional de salud pública nunca ha estado en condiciones técnicas de detectar y aislar los contagios. El recurso constante a las medidas restrictivas colectivas ha sido un buen reflejo de ese fracaso. Un último intento de gestionar la pandemia desde una cierta apariencia de normalidad lo constituyeron las Actuaciones coordinadas para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, adoptadas en el Consejo Interterritorial de 30 de septiembre. Desde el punto de vista de las libertades, estas actuaciones habilitaron a las comunidades autónomas para estipular un cierre perimetral (primero, 2.A), constreñir la agrupación de personas a un máximo de seis (primero, 2.B), y establecer limitaciones de aforo en los espacios públicos y hora de cierre para comercios (22 horas; segundo, B. 5) y hostelería (23 horas; segundo, B. 6).

La evolución de la pandemia condujo a una segunda declaración del estado de alarma para todo el territorio. Pero el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, es sustancialmente distinto en términos de libertades respecto al

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En primer lugar, habilita su aplicación según los indicadores epidemiológicos (arts. 2.3 y 1), de manera que, incluso bajo el estado de alarma, pueden existir zonas en que las libertades se ejerzan en plenitud. En segundo lugar, sea por el cansancio social, sea por el desgaste económico, se renuncia al confinamiento domiciliario permanente, y la limitación de la libertad de circulación se concentra entre las 23 y las 6 horas (art. 5). Esta restricción y la posibilidad de establecer prestaciones personales (art. 11) son en verdad las únicas que no estaban previstas en las actuaciones coordinadas de 30 de septiembre, pues ya en ellas se recogían medidas que ahora se vuelven a regular en el estado de alarma: el confinamiento perimetral (art. 6.2) y la limitación de grupos de personas (si bien en el estado de alarma se puede establecer por debajo de seis, art. 7).

2. DERECHO SANCIONADOR

Es obvio que el largo confinamiento domiciliario del primer estado de alarma solo podía sostenerse con la cooperación ciudadana. Pero también es indiscutible que el Estado había de contar con potestades sancionadoras, siquiera para desplegar el efecto disuasorio de la prevención general. A esta finalidad responde el apdo. primero del art. diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, al disponer que «[e]l incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes»²². El Real Decreto 463/2020, se limitó a recoger este precepto en su art. 20.

Un primer problema consistió en determinar qué tipos infractores habrían de aplicarse. El Ministerio del Interior optó desde el principio por subsumir los incumplimientos del Real Decreto 463/2020 bajo la desobediencia o resistencia, fuese de naturaleza penal o administrativa²³. En la Comunicación del ministro del Interior de 14 de abril de 2020 a los delegados del Gobierno²⁴ se expuso la argumentación jurídica que sustentaría su conclu-

²² Se afirma que las dificultades del régimen sancionador podrían estar vinculadas al ADN predemocrático de la norma (Amoedo Souto, 2020).

²³ Quinto de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²⁴ Comunicación del ministro del Interior de 14 de abril de 2020 a los delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción

sión. Así, se entendió que la mera inobservancia del Real Decreto 463/2020 supondría una infracción del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, sin necesidad del requerimiento previo de los agentes. Ello sería así porque las medidas limitativas de la libertad ambulatoria «no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes de la autoridad competente», que además gozarían de rango o valor de ley y habrían recibido «una amplísima difusión a través de los medios de comunicación».

Esta comunicación fue una reacción a la consulta emitida por la Abogacía General del Estado, el 2 de abril de 2020²⁵, que partía de una análisis bien distinto, por el cual «[l]a contravención de las normas vigentes conlleva, *per se*, unas determinadas consecuencias jurídicas (nulidad, anulabilidad, obligación de indemnizar...), pero no toda contravención de la normativa vigente implica una infracción por desobediencia». Para que ese incumplimiento devenga en desobediencia es necesario «el desconocimiento del principio de autoridad, que entraña un reproche o desvalora adicional», pero «precisa de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad, que no resulte atendido por el destinatario de dicho requerimiento».

A día de hoy no existe una estadística que nos permita conocer el número de procedimientos que se incoaron a partir de la actuación policial, cuántas de estas denuncias se tramitaron, qué número resultó en sanción y qué tipo de sanciones se impusieron. Y tampoco es posible fijar una corriente jurisprudencial clara, pues corresponde a los juzgados de lo contencioso el conocimiento de la impugnación de estas sanciones, y no toda la jurisprudencia de instancia es volcada en las bases de datos. No obstante, tengo para mí que en la jurisprudencia se está imponiendo la tesis de la Abogacía del Estado. Como botón de muestra baste la referencia a la acabada argumentación que expone la Sentencia 215/2020, de 24 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso n.º 1 de Pontevedra²⁶. Así, en relación con el art. 36.4 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, afirma:

del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción.

²⁵ Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma emitida por la Abogacía General del Estado el 2 de abril de 2020.

²⁶ Rec. 210/2020, ECLI: ES:JCA:2020:2013, ponente: Francisco de Cominges Cáceres.

Se reitera la relevancia de discernir la naturaleza jurídica de «acto administrativo» o de «disposición de carácter general» (de rango legal o reglamentario, es indiferente), del mandato cuyo incumplimiento se pretende sancionar. Y se insiste en que por el cauce de la «desobediencia a la autoridad» tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a dudas, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma.

Y añade:

Acierta plenamente la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (artículo 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (artículo 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas.

El Real Decreto 926/2020 no ha alterado este contexto, en la medida en la que sigue haciendo una referencia a su incumplimiento como razón de desobediencia, sin explorar la posibilidad de estipular su propio régimen sancionador²⁷. Se observa, sin embargo, una perspectiva distinta en el Real Decreto Ley 21/2020, más conocido como «de nueva normalidad», cuyo art. 31 hace un esfuerzo por clarificar el régimen de infracciones, bien remitiendo a los cuadros sancionadores sectoriales, bien recogiendo infracciones específicas, como, por ejemplo, no utilizar la mascarilla.

3. DERECHO A LA INFORMACIÓN

El Gobierno ha considerado desde el principio de la pandemia que la desinformación era un riesgo que afectaba a la seguridad nacional. Uno de los momentos más llamativos de esta idea se reflejó en las declaraciones del jefe de Estado Mayor de la Guardia Civil, que respecto a los bulos informativos

²⁷ Sobre la posibilidad de que establezca su propio régimen sancionador, Cano Campos (2020).

declaró que les correspondía «[p]or un lado, evitar el estrés social que producen estos bulos, y, por otro, minimizar el clima contrario a la gestión de crisis por parte del Gobierno»²⁸. Más allá de esta peculiar afirmación, la política gubernamental se formalizó en la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. En la orden se declara que «la desinformación puede estar presente y afectar a cualquier campo, y en los tiempos actuales se ha observado de manera directa en la actual pandemia, viéndose acompañada de una “infodemia” sin precedentes».

Para contrarrestar este supuesto riesgo, se establecen cuatro niveles de actuación, que conllevan la detección de la desinformación (nivel 1), la coordinación de esfuerzos (nivel 2), la fijación de objetivos (nivel 3) y su gestión política en el marco del sistema de seguridad nacional (nivel 4). En principio, la intervención estatal, más allá de la detección, solo alcanzará, en los niveles 3 y 4, al desarrollo de una campaña de comunicación estratégica sobre la concreta desinformación.

4. SUSPENSIÓN DE ELECCIONES

Las limitaciones que conllevó el Real Decreto 463/2020 pronto ensombrecieron los dos procedimientos electorales en marcha, para Galicia y el País Vasco. Lo inédito de la situación y el hecho de que el real decreto nada dispusiera al respecto motivaron la decisión de sendos presidentes autonómicos de derogar la convocatoria de elecciones.

Me refiero, en primer lugar, al Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del Covid-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria. En él se afirmó que las limitaciones del estado de alarma «suponen un grave trastorno al normal desarrollo de las elecciones», en concreto impedían «las actividades de propaganda y captación de sufragios propia de la campaña electoral», e incluso en ese momento ya se valoró que afectase al mismo día de votación. Y terminaba concluyendo que «no existen mecanismos alternativos que permitan garantizar en las próximas semanas [...] el derecho de participación del conjunto de la ciudadanía y el libre ejercicio del derecho de sufragio con riesgo para la salud pública».

El Decreto 45/2020, de 18 de marzo, por el que se deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento de Galicia de 5 de abril de 2020 como

²⁸ Puede escucharse el audio en <https://bit.ly/3bMZznC>.

consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, se expresó en términos similares, considerando que las medidas del estado de alarma resultaban «incompatibles con el normal desarrollo de un proceso electoral y, por tanto, del libre y normal ejercicio del derecho de sufragio». Y en la necesidad de llenar el silencio normativo, se apostó por la «interpretación de la legalidad favorable a los derechos fundamentales y el de interpretación más favorable a la plenitud del derecho de sufragio».

Retrospectivamente puede entenderse que no existía silencio, sino una prohibición implícita de los procesos electorales, puesto que el Real Decreto 514/2020, de 9 de mayo, introdujo una habilitación expresa (que luego se reiteraría en la disposición adicional primera del Real Decreto 926/2020, relativo al tercer estado de alarma), en la que disponía: «La vigencia del estado de alarma no impedirá el desenvolvimiento ni la realización de las actuaciones electorales precisas para la celebración de elecciones convocadas a parlamentos de comunidades autónomas».

Sin duda, es esta una norma que excluye cualquier tipo de ponderación, en el entendido de que, no estando prohibida la libre circulación, queda eliminada la hipótesis de suspensión. Sin embargo, la Generalitat de Cataluña hizo caso omiso de esta regla y dictó el Decreto 1/2021, de 15 de enero, por el que se deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento de Cataluña del 14 de febrero de 2021 debido a la crisis sanitaria derivada de la pandemia causada por la COVID-19. Aunque las restricciones eran distintas a las que aquejaban entonces a Galicia y el País Vasco, no obstante, se siguió la línea de estas comunidades, afirmando en el decreto que el contexto no permitía «a la ciudadanía ni a los partidos, coaliciones o agrupaciones de electores la participación y el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones y oportunidades», por no poder realizar «una campaña electoral en condiciones». Pero, además, se añadía que, «debido a la conciencia social colectiva», se podía alterar «la decisión concreta de ir o no a votar».

El decreto fue impugnado, lo cual provocó tres resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de alto valor constitucional, especialmente el Auto de 19 de enero dictado en la pieza separada 17/2021, por el que se conceden medidas cautelarísimas en forma de suspensión del citado decreto, y la Sentencia de 1 de febrero, en la que se declara nulo el decreto, siendo en las dos el ponente D. Francisco José Sospedra Navas (y ambas con voto particular de D. José Manuel de Soler Bigas).

En la primera, la clave reside en los intereses en juego, y a estos efectos el Tribunal afirma en su FD tercero:

El interés público en el aplazamiento de las elecciones, que se concreta en razones de protección de la salud, según se razona en el Decret 1/2021, se

contrapone al intenso interés público en la ejecución del Decret de convocatoria de elecciones de 22 de diciembre de 2020, como acto debido de cumplimiento del EAC, que es la celebración de elecciones ante una disolución automática del Parlamento y en una situación de vacancia de la Presidencia, cuya prolongación afecta a principios democráticos relativos al funcionamiento normal de las instituciones, pues en este periodo los miembros del gobierno son inamovibles, porque nadie les puede cesar, el control político resulta limitado y la actividad legislativa se materializa sustancialmente por la limitada vía del Decreto-Ley o legislación de urgencia.

En la sentencia se realiza un examen que comienza calificando de intensa la afectación sobre el derecho de sufragio, puesto que «se aplazan unas elecciones, que ya habían sido convocadas, y se abre un periodo adicional, prolongado e incierto, de gobierno en funciones sin parlamento constituido» (FD cuarto ii). A su vez, constata que, mientras que el marco normativo, en referencia expresa al Real Decreto 926/2020, contempla expresamente que se celebren elecciones (FD quinto), el presidente de la Generalitat carece de competencias para suspenderlas (FD sexto iii). Y en este punto el Tribunal Superior de Justicia realiza una comparación con las situaciones gallega y vasca, concluyendo que no son situaciones análogas porque en estos casos no se trataba de una convocatoria automática sino discrecional, las restricciones eran más intensas y se tenía menos conocimiento científico (FD sexto). En definitiva, el Tribunal considera que se «dan unos mínimos para que pueda formarse la voluntad de los electores», porque

los mensajes llegan por múltiples medios y donde la comunicación telemática es usual, por lo que no pueden apreciarse déficits sustanciales en cuanto a los mensajes que puedan hacerse llegar a los electores en el periodo de campaña electoral [...]. Además, en el caso de Cataluña, debemos tener en cuenta en los últimos 10 años se han celebrado cuatro elecciones al parlamento autonómico con una significativa participación, por lo que ésta es la quinta, de lo que se infiere que existe un cuerpo electoral que ya tiene un amplio conocimiento previo de las distintas opciones que se le presentan (FD octavo dos).

Resaltando que el impacto del confinamiento municipal «es tenue» sobre el proceso electoral «dado que la votación se realiza, generalmente, en el término municipal de residencia de los electores, lo que reduce la previsibilidad de incremento de desplazamientos» (FD octavo iii). Y, finalmente, pone en cuestión la nueva fecha elegida, el 30 de mayo, dado que «presenta un nivel de indeterminación absoluto, al no predeterminarse ningún criterio epidemiológico de los

que se están manejando constantemente que permita definir las circunstancias epidemiológicas que se consideran adecuadas» (FD octavo iv).

IV. CRISIS SANITARIA Y CONTROL POLÍTICO

La pandemia ha reverdecido el clásico problema de la relación entre política y ciencia. En la primera, como se ha escenificado a lo largo de este año, se adoptan las decisiones de valor, la elección entre fines o bienes en conflicto. A la ciencia, con su capacidad de explicar y predecir la mecánica de la naturaleza, le tocaría ofrecer los instrumentos para una mejor comprensión de la realidad y la elección de los medios que coadyuven al logro de los fines seleccionados. En tanto que trabajan con métodos distintos, su conexión es en sí misma difícil y cuestiona la hipótesis del control político.

En este contexto, la epidemia ha destronado el mito del Estado previsor, capaz de reaccionar frente al riesgo. En el caso de España, el año 2015 supuso un cambio sustancial de la comprensión de la seguridad en términos normativos, destacando en este sentido la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (Azpitarte Sánchez, 2016). Sin embargo, los acontecimientos han demostrado que existe una gran distancia entre la norma y la realidad, en concreto, la capacidad del Estado para definir riesgos, detectarlos y responder ante ellos. Por lo demás, se ha roto en el imaginario común la vieja comprensión de la ciencia como un ámbito de previsibilidad infalible; la ciencia también se mueve en la frontera, en zonas donde el conocimiento es limitado (en más detalle, Esteve Pardo, 2020).

El control político cobra matices importantes en esta combinación de incertidumbre científica y necesidad de decisiones políticas inmediatas y especialmente gravosas. Se suscita la cuestión sobre la necesidad de saber en qué fuentes científicas se apoya el Gobierno y en conocer qué alternativas de acción son posibles. Hubiera sido importante abrir mecanismos específicos, que, en un contexto distinto al del control político ordinario, hubieran servido para que el Ejecutivo diera transparencia a las premisas científica de su gestión. Todo ha quedado en el plano político, descargándose el peso del análisis científico en la labor de comunicación del doctor Fernando Simón y el ministro Illa. Solo tras la intervención del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se han conocido las personas que asesoraron en la desescalada²⁹.

En cambio, el control político se ha desempeñado a pleno rendimiento. Los mecanismos ordinarios, tras unos primeros titubeos, recobraron pronto

²⁹ Véase <https://bit.ly/3sAc6Sc>.

su funcionamiento (sobre los inicios, Presno Linera, 2020c; Teruel Lozano, 2020a). Pero, además, las declaraciones del estado de alarma han intensificado el control. En el primer epígrafe se ha dado cuenta en extenso de la naturaleza del debate parlamentario cuando el presidente del Gobierno (en los estados de alarma segundo y tercero, el ministro) acudió al Congreso y luego fue periódicamente pidiendo la autorización de su prórroga. Además, se habilitó una vía de control adicional con la comparecencia del ministro de Sanidad en la correspondiente comisión parlamentaria, unida a la obligación de informar semanalmente al Congreso sobre la evolución de los datos, establecida por el Real Decreto 476/2020, de 14 de marzo. No obstante, en la prórroga del tercer estado de alarma, en paralelo a su duración hasta el 9 de mayo, se establece un sistema de «rendición de cuentas» (art. 14), por el cual el presidente comparecerá en el Pleno del Congreso cada dos meses, la ministra, mensualmente, en la Comisión de Sanidad, y, a los cuatro meses, la Conferencia de Presidentes autonómicos podrá pedir el levantamiento del estado de alarma.

Fuera del tiempo del estado de alarma, pero claramente influido por él, se produjo la moción de censura presentada por Vox. Su razón política no fue en exclusiva la pandemia, pero en cualquier caso es buena prueba de la plena operatividad de los instrumentos de control. A mi juicio, esta moción supone la definitiva carta de presentación ideológica de sus promotores, cuyos discursos encajan perfectamente en la categoría que la teoría política ha nominado como partido iliberal (sobre el concepto, Vormann y Weinman, 2020). En efecto, tanto en el discurso de presentación de Garriga Vaz de Concicao como en la intervención del candidato Santiago Abascal, se pone en cuestión la legitimidad de la democracia representativa. Así, Garriga sostiene afirmaciones del siguiente tenor: «La primera temporada de este horror que viven los españoles empezó con una gran estafa, con un fraude electoral [...], el Ejecutivo que hoy censuramos es un Gobierno ilegítimo» (p. 4)³⁰; «Usted, señor Sánchez, está gobernando con golpistas y con testaferros de asesinos en serie», y «En lo único en lo que son implacables es en su agenda por transformar el Estado de derecho en un Estado ideológico, en un Estado totalitario, en definitiva, en un Estado mafioso» (p. 12).

Y el líder del partido ahonda en esta clave cuando declara:

El Gobierno de Pedro Sánchez es el peor Gobierno en ochenta años de historia [...]. No son ustedes un Gobierno; en realidad, son un frente popular socialcomunista, en alianza con separatistas y terroristas. Señorías, una mafia, y a los

³⁰ Esta y las restantes citas provienen del *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV legislatura, n.º 55, 21 de octubre de 2020.

españoles se les ha terminado la paciencia. Todavía no ha transcurrido un año desde el mayor fraude electoral de la democracia, el mayor engaño a un electorado, que acudió a las urnas con una promesa de Pedro Sánchez: no pactar ni con Podemos ni con los separatistas ni con los diputados que apoyan a la banda terrorista ETA. Millones de electores fueron estafados en solo veinticuatro horas (p. 14).

Más allá de esta mistificación de lo político y lo jurídico, el discurso de Santiago Abascal subraya los elementos distintivos del populismo conservador en Europa. Así, encontramos referencias a la patria como realidad ideal: «A España solo la pueden rescatar los españoles. Dependemos únicamente de nosotros mismos para superar este momento y España en solitario ha superado momentos incluso peores» (p. 18), que se proyectaría en el ámbito económico, «Hay que redefinir la relación entre el Estado y las grandes multinacionales españolas, bajo el principio de lealtad recíproca. Las grandes empresas deben entender que el concepto de nación es esencial para pedir luego el apoyo del Estado a sus proyectos internacionales» (p. 28). Se entiende así que critique a la Unión, cuando sostiene que «[e]l viejo bipartidismo europeo ha convertido Bruselas en una máquina deshumanizada que aspira controlarlo todo, promoviendo la división y la ruina de los pueblos» (p. 19), que lo es también del multilateralismo: «Señorías, el multilateralismo ha demostrado que no es en absoluto la mejor fórmula en las relaciones internacionales. Y nosotros vemos muchas razones para recuperar un bilateralismo en el que el respeto mutuo sea una parte fundamental de la relación entre las naciones» (p. 19), reproche que implica, lógicamente, una reivindicación del Estado: «Vox quiere que el Estado-nación, que España, vuelva a ser la garante de la libertad y de la prosperidad de los ciudadanos. Una libertad y unos intereses que muchas veces sucumben bajo las presiones de potencias de grupos hegemónicos o grandes lobistas del globalismo» (p. 19). Todo ello enmarcado en la idea de una guerra cultural: «En Estados Unidos unas fuerzas constitucionales se enfrentan al rodillo totalitario de una izquierda cada vez más violenta y más embrutecida, que cuenta con los inauditos apoyos de grandes capitales, de élites académicas y de cierta plutocracia tecnológica» (p. 20). Y engarzado con elementos tradicionales del pensamiento conservador europeo, especialmente el papel político de la familia:

Señorías, afortunadamente, en su afán totalitario por controlar todas las parcelas de la existencia de los españoles, tienen ustedes un obstáculo, que es la familia; ese bastión que limita el poder de los políticos, de cualquier político sobre la vida de las personas, porque la familia, señores —y todos ustedes tienen una—, junto

con la patria, es una de las dos únicas realidades, de las dos únicas instituciones que preceden al Estado y que ustedes, por mucho que se empeñen, por mucho que lo intenten, no van a conseguir arrebatarse a los españoles (p. 30).

La moción de censura es de especial relevancia político-constitucional, porque su debate, especialmente tras la intervención de Pablo Casado, líder del Partido Popular, ofrece lo que parece ser la foto fija de la realidad política española diez años después de que entrase en quiebra el bipartidismo casi rígido que dominó las primeras tres décadas de nuestro sistema constitucional. Si en aquellos tiempos el eje político se construyó sobre la alternancia entre PSOE y PP, que se movían de modo laxo, en cuanto que partidos *catch all*, entre las categorías derecha/izquierda, nuevamente se recompone este eje, al menos en términos simbólico-electoral. No obstante, la particularidad obvia es que ahora en ambos lados se establecen diversos partidos, obligados a entenderse para conformar mayorías de Gobierno. Pero, además, en cada uno de los espacios, Podemos en la izquierda, Vox en la derecha, se sitúan partidos que hacen de la crítica a la democracia representativa uno de sus elementos distintivos. Sin duda, esa dinámica entre las fuerzas clásicas, PSOE y PP, que han dado forma concreta a esa democracia representativa, y las nuevas, que la ponen en cuestión, augura una tensión difícil de racionalizar. Más aún cuando los partidos catalanes, que a derecha e izquierda fueron pioneros en posturas populistas encaminadas a socavar la democracia representativa, siguen siendo fundamentales en la definición de la dirección del Estado.

V. CRISIS SANITARIA Y CONTROL JURISDICCIONAL

En sentido estricto, el control jurisdiccional del estado de alarma quedó en manos exclusivas del Tribunal Constitucional a raíz, primero, del Auto del Supremo de 10 de febrero de 2011³¹, según el cual la autorización de la prórroga de la declaración del estado de alarma suponía la «asunción» del acto por parte del Congreso, lo que dejaba el decreto de declaración fuera de la jurisdicción ordinaria por no ser «una actuación administrativa que pueda ser controlada por ese orden contencioso-administrativo»³². Esta perspectiva fue

³¹ Rec. 553/2011, ECLI: ES:TS:2011:857A, ponente: Excmo. Sr. Nicolás A. Maurandi Guillén.

³² Doctrina confirmada en este nuevo estado de alarma: por todas, Auto del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2020, rec. 99/2020, ponente: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez Zapata Pérez. Para una visión crítica, Presno Linera (2020d) y el dictamen que al

corroborada por el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 de enero³³, y, más tarde, por la STC 86/2013 (FJ 9). *De facto*, esta doctrina implica una ausencia de efectivo control jurisdiccional, dados los dilatados tiempos de resolución del Tribunal Constitucional, convertido en un órgano creador de doctrina antes que solucionador de conflictos.

En estas circunstancias, y a expensas de lo que resuelva el Tribunal Constitucional frente a los recursos de inconstitucionalidad y de amparo presentados paralelamente por los diputados de Vox a una de las prórrogas, el control jurisdiccional se ha movido, por decirlo de algún modo, en los aledaños del estado de alarma, como hemos visto en la revisión jurisdiccional de las sanciones. Otro ejemplo en este sentido sería el Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril, en el que inadmitió un recurso de amparo frente a las resolución administrativa que prohibió una manifestación y la resolución judicial que validó esa decisión³⁴. En él, atendiendo al derecho fundamental a la vida y la integridad física en conexión con la salud, se apuntala el juicio de proporcionalidad realizado por la autoridad gubernativa, afirmándose esencialmente:

En una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada. [...] Por tanto la ciudad de Vigo es la segunda población de Galicia en número de casos activos identificados, siendo este dato de suma importancia también a la hora de valorar el riesgo que sobre la salud de las personas puede tener la autorización de una manifestación en la que no se han previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios (FJ 4.b.3).

No menos interés tiene la intervención del Tribunal Supremo justo al comienzo de la pandemia, en la que, a través de las medidas cautelares, impulsó la mejora en la protección de los sanitarios. Destaca, en primer lugar,

respecto de este recurso emitieron los catedráticos de derecho constitucional Fco. Javier Díaz Revorio, Carlos Flores Juberías, Carlos Ruiz Miguel, Prof. Dr. D. Agustín Ruiz Robledo y José Manuel Vera Santos (2020). Para una revisión completa del problema y las distintas posiciones teóricas, Garrido López (2017).

³³ Con voto particular de Luis I. Ortega Álvarez, al que se adhirieron Javier Delgado Barrio y Pablo Pérez Tresp, negando el valor de ley del decreto de declaración.

³⁴ Problema el de derecho de reunión que no se agota en esta resolución judicial; para la jurisprudencia ordinaria, véase Miguel Presno Linera (2020e).

el Auto de 25 de abril de 2020³⁵, que, si bien deniega las cautelarísimas, remacha las bases constitucionales de su control cuando afirma:

No obstante, en las circunstancias excepcionales que vivimos, considera la Sala que ha de prevalecer la exigencia de dar ya una respuesta fundada en Derecho a lo que se nos pide, precisamente, porque el artículo 116.5 de la Constitución asegura el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado durante la vigencia de los estados que contempla, por tanto, también del Poder Judicial al que corresponde la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todos incluso en tan extraordinarios momentos.

No es obstáculo, desde el punto de vista de nuestra competencia jurisdiccional, que las medidas pretendidas deban requerirse al Ministerio de Sanidad. No lo es porque se sitúan en el marco creado por la declaración del estado de alarma efectuada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y dicho Real Decreto erige al Gobierno en autoridad competente (artículo 4) a los efectos del mismo, sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones contempladas en esa disposición pueda delegarse en otras autoridades, entre las que se cuenta el Ministro de Sanidad.

Y será en el Auto de 20 de abril³⁶ donde se otorguen las cautelares, requiriendo al Ministerio de Sanidad «la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios», e imponiéndole la obligación de informar quincenalmente de las medidas concretas. Tales medidas quedarían amparadas en el superior interés que implica el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud de los profesionales.

Finalmente, sin olvidar lo ya dicho respecto a la revisión jurisdiccional de las sanciones, debe atenderse al control jurisdiccional previo, mediante auto de ratificación, de las medidas restrictivas de derechos. Al comienzo de la pandemia, la habilitación recaía en los juzgados de lo contencioso en virtud del art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Hasta la declaración del estado de alarma, en el que la necesidad de ratificación decayó, los focos se centraron en el completo auto de Francisco Úbeda Tarajano (procedimiento 169/2020), titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, que fundó en virtud del principio

³⁵ Rec. 88/2020, ECLI: ES:TS:2020:2418A, ponente: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

³⁶ Rec. 91/2020, ECLI: ES:TS:2020:2446A, ponente: Excmo. Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

de precaución la ratificación del aislamiento de las personas que se encontraban en un hotel. Sin embargo, las dificultades se dieron cuando las medidas sanitarias comenzaron a tener carácter indiscriminado o eran meras propuestas. Valga como ejemplo la Sentencia 354/2020, de 25 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León³⁷, en la que se declaró:

Lo que a nuestro juicio no es posible es que con carácter previo a la adopción de la medida, los Tribunales autoricen una propuesta, porque en esa situación previa se carece de los elementos definitivos necesarios para poder dictar una resolución en el marco del artículo 8.6, segundo párrafo ya citado, e incluso podría permitir que, una vez obtenida esa autorización previa y genérica, se dictasen otros actos concretos de ejecución al amparo de la misma.

Debemos recordar aquí que la jurisdicción contencioso-administrativa es un jurisdicción revisora de los actos adoptados previamente por la Administración, pero ni puede sustituir a esta en la toma de decisiones, ni tampoco asesorarla con carácter previo (artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio).

Esto explicaría la modificación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, introducida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En ella se delimita la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo, ceñida ahora a las medidas sanitarias cuando «estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada». Y, a la vez, se da competencia a los tribunales superiores de justicia para autorizar o ratificar las medidas «de ámbito distinto al estatal [que] consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente», y a la Audiencia Nacional si tales medidas proceden del Gobierno central.

En este marco se ha de destacar, porque abocó a la declaración de un segundo estado de alarma, el Auto 128/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de octubre³⁸, que no ratificó cierres perimetrales por insuficiente habilitación legislativa. Concretamente afirmó en su fundamento de derecho sexto:

³⁷ Sala de lo contencioso, sede de Valladolid, rec. 145/2020, ECLI: ES:TSJCL:2020:203, ponente: Ilmo. Luis M. Blanco Domínguez.

³⁸ Rec. 1224/2020, ECLI: ES:TSJM:2020:308A, ponente: Ilmo. Sr. Rafael Botella García-Lastra. Para un comentario en contraste con la sentencia del TSJ de Castilla y León, Alonso Timón (2020).

En definitiva, concluye la Sala que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales.

La consecuencia de tal apreciación es que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establece la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, meramente en ejecución de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020, constituyen una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la ampare, es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales, por lo que no puede ser ratificada.

La nueva competencia atribuida a los tribunales superiores de justicia para autorizar o ratificar disposiciones generales (es decir, condicionar su eficacia en un control previo, que solo puede ser de constitucionalidad) ofrece razonables dudas³⁹, tal y como refleja el Auto de 3 de diciembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁴⁰ (auto que, por lo demás, plantea la cuestión después de aplicada la norma, si bien en la dilucidación de un recurso de reposición), que en su fundamento de derecho sexto afirma:

La renuncia, porque eso es lo que supone el artículo 10.8 de la LJCA, al privilegio de autotutela de la Administración, y que no necesariamente tiene que ser cuestionable *per se*, se hace por la vía de conferir simultáneamente a los tribunales una función de control previo que los introduce en el procedimiento de elaboración del acto o disposición administrativos y los convierte en Administración, lo cual sí cuestionamos por entenderlo incompatible con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le atribuye el artículo 117.3 y no se justifica por razón de la garantía de los derechos, conforme a lo que dispone el artículo 117.4.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Timón, A. J. (2020). La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la Covid. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 110. Disponible en: <https://doi.org/10.14422/icade.i110.y2020.002>.

³⁹ Sobre las particularidades de este control, Velasco Caballero (2020b), que, sin embargo, no le plantea problemas de constitucionalidad (Velasco Caballero, 2020d).

⁴⁰ Rec. 332/2020, ECLI: ES:TSJAR:2020:77A, ponente: Juan J. Carbonero Redondo.

- Amoedo Souto, C. A. (2020). *La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma*. A Coruña: Universidad de A Coruña.
- Aragón Reyes, M. (2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*, 10-4-2020.
- Azpirtarte Sánchez, M. (2016). El agotamiento del bipartidismo. Crónica política y legislativa del año 2015. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 205-232. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.106.05>.
- (2020). Crisis económicas: un problema constitucional. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 3.
- Boix Palop, A. (2020). Las competencias autonómicas durante el estado de alarma y la desescalada. *No se trata de hacer leer* [blog], 4-6-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3b5jQG4>.
- Cano Campos, T. (2020). ¿Puede el Decreto de Alarma establecer su propio régimen sancionador? *Seguridad pública, derecho administrativo sancionador y derechos fundamentales* [blog], 11-5-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3r58XcL>.
- Carmona Contreras, A. (2020). El fin no justifica los medios. *El País*, 16-7-2020.
- Cotino Bueso, L. (2020). Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus. *Diario La Ley*, 9608.
- Cruz Villalón, P. (2020). La Constitución bajo el estado de alarma. *El País*, 17-4-2020.
- Díaz Revorio, F. J. (2020). A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales. *Almacén del Derecho* [blog], 9-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3bUXypI>.
- Díaz Revorio, F. J., Flores Juberías, C., Ruiz Miguel, C., Ruíz Robledo, A. y Vera Santos, J. M. (2020). Dictamen en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del Recurso núm. 001/0000099/2020. Disponible en: <https://bit.ly/3bMXzM8>.
- Domenech, G. (2020). Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19. *Almacén del Derecho* [blog], 21-7-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3b2aquD>.
- Esteve Pardo, J. (2020). La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2, 35-50. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_2_2020_272.
- Garrido López, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 43-73.
- Menéndez, A. y Dani, M. (2020). El Gobierno europeo de la crisis del coronavirus. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34.
- Nogueira López, A. (2020). Confinar el virus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 22-31.
- Pérez Royo, J. (2020). Alarma, excepción y sitio. *El Diario*, 14-4-2020.
- Presno Linera, M. (2020a). Fortalezas y debilidades del derecho de excepción frente al covid-19. *Jueces para la Democracia*, 99, 39-51.
- (2020b). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (13): de nuevo sobre las personas en situación de vulnerabilidad. *Del derecho y del revés* [blog], 28-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2MydDbY>.
- (2020c). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (7): control parlamentario del Gobierno durante el estado de alarma. *Del derecho y del revés* [blog], 9-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2MydDbY>.

- (2020d). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (6): control jurisdiccional de la declaración del estado de alarma y de sus prórrogas. *Del derecho y del revés* [blog], 6-4-2020.
- (2020e). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (21): estado de alarma y ejercicio del derecho de reunión. *Del derecho y del revés* [blog], 22-1-2020.
- (2021). Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19. En prensa.
- Sanz Royo, E. (2020). Limitar derechos fundamentales durante la pandemia. *Agenda Pública*, 14-7-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3q787uJ>.
- Teruel Lozano, G. (2020a). Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía indelegable. *Hay Derecho* [blog], 11-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2NGwtyr>.
- (2020b). El revestimiento jurídico de la desescalada. ¿Estado de alarma? *Hay Derecho* [blog], 5-5-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2NHJUy8>.
- Urías, J. (2020). Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión. *Al revés y al derecho* [blog], 14-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3kAKbP2>.
- Velasco Caballero, F. (2020a). ¿Obligado cumplimiento de las «actuaciones coordinadas»? Entre cooperación y coordinación sanitarias. *Francisco Velasco* [blog], 1-10-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3e0OstZ>.
- (2020b). Sobre la «no ratificación» judicial de las medidas contra la COVID-19 en la Comunidad de Madrid. *Francisco Velasco* [blog], 24-8-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2NPK4TZ>.
- (2020c). Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida. *Francisco Velasco* [blog], 13-7-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3b3W6Sm>.
- (2020d). Cuestión de inconstitucionalidad contra la ratificación judicial de medidas sanitarias. *Francisco Velasco* [blog], 15-11-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3e08YLg>.
- (2020e). ¿Estamos ante una «suspensión» de derechos fundamentales? Más bien no. *Francisco Velasco* [blog], 5-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3dVvdBY>.
- Vormann, B. y Weinman, M. D. (eds.) (2020). *The emergence of illiberalism*. New York: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780429347368>.