



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE ALARMA

Autor: María Sánchez Nestares
5º, E3 y analytics
Derecho constitucional
Tutor: M^a Isabel Álvarez Vélez

Madrid
Junio 2022

Índice

<i>1. INTRODUCCIÓN</i> -----	3
<i>2. CONTEXTO HISTÓRICO Y JURÍDICO</i> -----	5
2.1 Del derecho de excepción (artículo 116 CE) -----	5
2.2 Del estado de alarma (artículo 116.2 CE) -----	6
2.3 De la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) -----	8
2.4 Estado de alarma 2010: El primero de la historia democrática -----	10
<i>3. REGULACIÓN DISPONIBLE PARA AFRONTAR UNA EPIDEMIA EN ESPAÑA</i> -	12
<i>4. CONTENIDO DE LA STC 148/2021</i> -----	13
4.1 Antecedentes -----	13
4.2 Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020 -----	14
4.3 Artículos declarados inconstitucionales en la STC -----	15
4.4 Cuestiones jurídicas planteadas -----	17
<i>4.4.1 Suspensión de derechos</i> -----	17
<i>4.4.2 Estado de excepción</i> -----	18
<i>5. POSIBLES ALTERNATIVAS JURÍDICAS</i> -----	21
5.1 ¿Aplicación del estado de excepción? -----	21
5.2 ¿Reforma constitucional y de su Ley Orgánica de desarrollo? -----	26
5.3 ¿Aplicación de la legislación sanitaria estatal? -----	28
5.4 ¿Ley de pandemias? -----	32
<i>6. CONCLUSIÓN</i> -----	36
<i>7. BIBLIOGRAFÍA</i> -----	38
7.1 Legislación -----	38
7.2 Jurisprudencia -----	40
7.3 Obras Doctrinales -----	41
7.4 Recursos De Internet -----	42

Listado de abreviaturas

CE: Constitución Española

COVID-19: Enfermedad por coronavirus

RD: Real Decreto

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

LOEAES: Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio

1. INTRODUCCIÓN

El presente escrito analiza el problema existente con el derecho de excepción en España y en concreto, la capacidad del instituto del estado de alarma para gestionar epidemias como la ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Se analizan las distintas alternativas jurídicas con las que se podría haber abordado la crisis sanitaria de 2020, ya que la finalidad de este trabajo es afrontar el problema existente en el ordenamiento jurídico español y encontrar una solución.

El COVID-19 se identificó en Wuhan (China) a finales de 2019 y se extendió por todo el mundo rápidamente. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la alerta de pandemia el 11 de marzo de 2020, la cual ha supuesto un desafío jurídico para todos los países.

El primer paciente registrado en España con coronavirus data del 31 de enero de 2020 de un turista alemán en Canarias. A 14 de marzo de 2020, el número de positivos en el territorio nacional alcanzaba la cifra de 5.753 de los cuales 136 había fallecido y en las 24 horas anteriores se habían notificado 1.519 nuevos contagios.

Ese mismo día, el Consejo de Ministros extraordinario declaró el Estado de Alarma en todo el territorio nacional (116.2 CE) a través del Real Decreto 463/2020¹. Después de 15 días este fue prorrogado hasta seis veces mediante reales decretos hasta el 21 de junio de 2020.

El 31 de julio de 2021 fue publicada la tan esperada Sentencia (quince meses después) del Tribunal Constitucional 148/2021 sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el grupo parlamentario Vox 2054-2020, contra algunos de los preceptos de los decretos leyes antes mencionados.

Cabe tener presente que el segundo estado de alarma fue proclamado por el gobierno del 9 al 24 de octubre de 2020 (un día antes de la proclamación del tercero) en nueve municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid a través del RD 900/2020. Contra el

¹ DSN. (2020). Coronavirus (COVID-19) - 14 de marzo 2020. 15 Marzo 2022, Departamento de Seguridad Nacional. Sitio web: <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-14-marzo-2020>.

mismo no se ha interpuesto recurso alguno por lo que queda al margen de este trabajo, además de por su brevedad y pequeña repercusión territorial.

Finalmente, se proclamó por segunda vez el estado de alarma a nivel nacional (tercera en total) con motivo de la pandemia del coronavirus, el cual estuvo vigente entre el 25 de octubre del 2020 hasta el 9 de mayo de 2021 a través del real decreto 926/2020.

Asimismo, también existe una sentencia del TC sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado nuevamente por Vox contra alguno de los preceptos del RD 926/2020. No cabe analizar esta última ya que, las causas de inconstitucionalidad apreciadas por el Tribunal con respecto a las del primer estado de alarma, son bastante dispares. Sin embargo, permite atisbar que existen problemas jurídicos con el instrumento del estado de alarma.

Para llegar al fondo de la cuestión, el estudio comenzará con el análisis del contexto histórico y jurídico en el que se reguló el derecho de excepción en la Constitución Española y posteriormente en su ley orgánica de desarrollo tras el 23F. Es necesario contextualizar la norma para entender así el objetivo del legislador. Asimismo, se analizará el RD de 2010 por el que se declaró el primer estado de alarma de la historia democrática española y los recursos que se presentaron contra el mismo ya que hace más de una década que se pudo comprobar las deficiencias existentes en el derecho de excepción.

Posteriormente, se expondrá brevemente la regulación existente y señalada por los juristas para hacer frente a la crisis sanitaria en nuestro país. A la luz de la STC 148/2021 y la doctrina asentada, finalmente se irán valorando las distintas alternativas jurídicas discutidas por los estudiosos sobre cómo podría haberse gestionado la crisis y sobre todo contestar a la pregunta de qué hemos aprendido de lo sucedido: Saber si realmente es necesaria una reforma de nuestro ordenamiento jurídico 40 años después de la regulación de los estados de emergencia.

2. CONTEXTO HISTÓRICO Y JURÍDICO

Para poder entender el objetivo del legislador a la hora de regular los estados de excepción, y en concreto el estado de alarma; es necesario tener en cuenta el contexto histórico en el que se desarrollaron las distintas normas que lo regulan.

2.1 Del derecho de excepción (artículo 116 CE)

El estado excepcional, aquel en el que se dan unas circunstancias jurídicas únicas debido a la aparición de una la situación extraordinaria que acarrea algún peligro para la población; ha sido regulado desde el principio en las constituciones españolas. En la Constitución de Cádiz de 1812 (artículo 308), la de 1837 (artículo 8), la de 1845 (artículo 7 y 8), la de 1869 (artículo 31), la de 1876 (artículo 17) y la de 1931 (artículo 42)².

Se puede destacar, por un lado, que este derecho ha sido siempre un gran imprescindible en nuestra Carta Magna. Los padres de la Constitución eran conscientes de que eran necesarios una serie de instrumentos jurídicos extraordinarios cuando los ordinarios perdieran su capacidad de afrontar determinadas situaciones. Por otro lado, en todos los artículos señalados se establece como medida la suspensión de derechos. Además, se establece claramente su naturaleza temporal. También se establece una reserva de ley de desarrollo de dichos preceptos y en último lugar, se constituye como supuesto de hecho en todos ellos la amenaza a la seguridad del Estado³.

Actualmente, se encuentra regulado en el artículo 116 de la Constitución de 1978 y en su Ley Orgánica de desarrollo (LOEAES). Por ello, también es necesario comentar brevemente la distinta ubicación que tiene la regulación de los estados excepcionales en la constitución vigente con respecto a las anteriores. Se puede observar que antes se recogía después de los derechos fundamentales debido a su afectación, pero no conviene ahondar en esto debido a la extensión de este trabajo; simplemente tenerlo presente.

² Sinopsis del artículo 116 CE. Sitio web:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>

³ Linera, M. Á. (2021). “El estado de alarma en crisis”, *Revista de las Cortes Generales*, pp. 129-197.

2.2 Del estado de alarma (artículo 116.2 CE)

El precedente del estado de alarma reside en la Ley de Orden Público de 1933, y posteriormente en el proyecto de ley de modificación parcial de la Ley de Orden Público de 1959, presentado al Congreso en 1978 (año de la Constitución), que regulaba este instrumento jurídico de la misma manera en la que acabaría haciéndolo la LOEAES⁴.

Por ello, hay que vislumbrar aquí que, pese a siempre haberse regulado los estados excepcionales en el texto constitucional como se acaba de señalar, nunca se incluyó como tal el instrumento del “estado de alarma” hasta 1978. Puede ser que por las grandes diferencias existentes entre este y los otros dos instrumentos.

Es necesario remontarse al proceso constituyente para conocer el momento en que se discutió la regulación de esta materia en nuestra Constitución, ya que desde el origen de este instrumento jurídico hubo serias dudas sobre su existencia.

El 8 de junio de 1978 se mantuvo la decimoséptima sesión sobre el proyecto de la actual Carta Magna que entraría en vigor meses más tarde. El partido comunista propuso una enmienda al texto constitucional con la finalidad de eliminar el estado de alarma ya que su dirigente dijo que “puede ocurrir que ese estado sirva para limitar derechos sin decirlo” y además, añadió como argumento que los otros dos estados excepcionales ya podían hacerlo por lo que este instrumento era innecesario.

Puede parecer que no estaba lejos de la verdad tal afirmación, ya que precisamente se ha producido dicho abuso o extralimitación por parte del Gobierno en la utilización de este instrumento jurídico para afrontar el COVID-19, sin embargo, cabe preguntarse si ello justifica su exclusión y consecuente reforma constitucional regulada en el título X CE.

Por su parte, Gabriel Cisneros Laborda, otro de los padres de la Constitución y diputado de UCD, defendía la necesidad de incluir esta herramienta de emergencia ya que señalaba que el estado de alarma serviría únicamente para “eventos catastróficos, naturales o no”; tratándose así de una figura completamente despolitizada. Se diferencia de los supuestos

⁴ Sieira Mucientes, S. (2020). “Estado de alarma”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº19, pp. 275- 305.

de hecho establecidos para los estados de excepción y de sitio los cuales sí pueden ser considerados una figura política.

Además, y como argumento fundamental para el tema en cuestión, continuó defendiendo que la herramienta era irremplazable ya que en el caso de que “pequeños azares provoquen situaciones de conflictividad o de riesgo potencial (...) suponen la movilización de una acción especial por parte del Estado declaración de cuarentena en situaciones epidémicas (...)”. Parece por tanto, que en la propia elaboración de la Constitución; en el propio nacimiento del instrumento jurídico, ya se indicó que entre sus posibles aplicaciones entraba exactamente el panorama que se ha vivido con la pandemia en nuestro país⁵.

En línea con lo anterior, si en el momento en el que se reguló el instrumento jurídico del estado de alarma se planteó la posibilidad de utilizarlo en un supuesto exactamente idéntico al que ha ocurrido. Aun siendo un mero ejemplo de la infinidad de acciones que debería llevar a cabo el Gobierno en caso de una emergencia imprevisible; puede ser que el error no se encuentre en el uso de este instrumento jurídico sino en su modo de empleo por parte del gobierno.

Además, hay que tener en cuenta que la regulación del estado de alarma en la Carta Fundamental (116 CE) finalmente quedó tipificada de manera ambigua delegando casi completamente su diseño en la LOEAES⁶. En línea con lo anterior, cabe señalar las palabras del expresidente del TC, al indicar que se trata de “un precepto conscientemente incompleto⁷”. Y, por tanto, este estado excepcional no puede ser aplicado en virtud del texto constitucional y exige para ello su ley orgánica de desarrollo.

⁵ D.S.C.D. Pleno, nº 84, 8 de junio de 1978, pp. 3069-3127.

⁶ Fernández Segado, F. (1981). “La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político*, nº 11, pp. 83-116.

⁷ Cruz Villalón, P. (1981). “Nuevo derecho de excepción Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº2.

2.3 De la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES)

Tras la promulgación de la Constitución, existía una reserva de ley orgánica para el desarrollo normativo del artículo 116 CE en virtud del 81.1 CE por su afección a derechos fundamentales. Como se puede observar, esta no fue tramitada hasta tres años más tarde, pero pocos meses después del intento de Golpe de Estado del Coronel Tejero junto con otros militares el 23 de febrero de 1981 durante la investidura de Leopoldo Calvo Sotelo⁸. Como se recuerda, en aquel entonces fue el rey Juan Carlos I quien tomó cartas en el asunto para reestablecer la normalidad y se estableció el primer toque de queda debido al vacío legal existente en la materia.

Este evento, inmediatamente aceleró el desarrollo normativo del artículo 116 CE de los estados excepcionales, ya que sin este no era posible adoptar el estado de sitio. Se solicitó el procedimiento de urgencia para retomar Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana que regulaba el derecho de excepción y la LOEAES fue tramitada rápidamente⁹.

Con respecto al proceso legislativo del instrumento del estado de alarma en su norma de desarrollo (LOEAES), sería conveniente tener en cuenta una serie de cuestiones. En primer lugar, se propuso la enmienda al artículo 4 de la LOEAES que recogía los supuestos de hecho que permiten la adopción del estado de alarma. Esta fue admitida por una rotunda mayoría ya que consistía en suprimir el adverbio “como” por “algunas” de manera que la lista que introducía las posibles situaciones que podrían desencadenar el estado de alarma era cerrada, en vez de abierta, para evitar la inseguridad jurídica. Por otro lado, hubo gran polémica en su apartado c) debido a la posible suspensión a derechos fundamentales. En un primer momento se propuso su supresión del texto legal pero finalmente se condicionó el mismo a la concurrencia de los apartados a), b) y d)¹⁰. Es necesario tener en cuenta este escenario para el análisis de la proclamación del primer estado de alarma en nuestro país.

⁸ Belda Pérez-Pedrero, E. (2012). “23 de febrero de 1981: La reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición”, *Revista de Estudios Políticos*, nº155, pp. 41-70

⁹ Sieira Mucientes, S. (2018). “Los estados excepcionales”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, pp. 369-393.

¹⁰ D.S.C.D. Pleno, nº 160, 21 de abril de 1981, pp. 9873-9915.

Estas enmiendas al artículo durante el proceso de su redacción permiten dar a conocer las distintas concepciones del estado de alarma. Por un lado, unos lo veían como una herramienta para hacer frente a hechos tan imprevisibles y excepcionales que era necesario permitir su uso en una multitud de casos a través de una lista abierta de supuestos de hechos. Por el contrario, debido a su capacidad de limitar derechos fundamentales otros preferían una lista taxativa y cerrada que acotara los supuestos en los que el gobierno pudiera proclamarla. Asimismo, debido a que se encuentra regulada junto con los otros dos derechos de excepción que pueden suspender derechos fundamentales, algunos no veían clara esa diferencia en limitación y suspensión a través del apartado c que finalmente quedo aclarada.

Además, en la ley se promulgan una serie de principios que deben informar la proclamación y vigencia de cada uno de dichos estados: los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2); el principio de temporalidad (art. 1.3); los principios de vigencia inmediata y de publicidad (art. 2); y, el principio de responsabilidad (art. 3.2).

En su artículo 11 se establecen las medidas que se pueden acordar durante la vigencia del estado de alarma, que, en todo caso, no permiten la suspensión de ningún derecho fundamental (artículo 55.1 sensu contrario) ya que únicamente se habilita dicha potestad para el estado de excepción y de sitio. Lo que sí admite son limitaciones al ejercicio de esos derechos como posteriormente se comentará¹¹.

Con respecto a dicho precepto se ha afirmado en varias ocasiones, y se detallará posteriormente en el presente escrito, que el Gobierno ya cuenta con las herramientas necesarias y suficientes para hacer frente a este tipo de situaciones por lo que se califica al instrumento de inútil o innecesario. Es más, el expresidente del TC afirma tras analizar dicho artículo que “el Gobierno, en la mayoría de los casos, no necesitará, si no quiere, declarar el estado de alarma, puesto que dispone de instrumentos más simples y que, en definitiva, le otorgan prácticamente las mismas facultades¹²”. Todo ello se confirma con el hecho de que durante décadas han surgido los supuestos de hechos tipificados en el artículo 4, y, sin embargo, solo se ha utilizado este instrumento en dos ocasiones.

¹¹ STC 83/2016, de 28 de abril de 2016.

¹² Cruz Villalón, P. (1981). “Nuevo derecho de excepción Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº2.

2.4 Estado de alarma 2010: El primero de la historia democrática

Es interesante para la presente investigación, analizar la primera aplicación práctica de los artículos del estado de alarma antes mencionadas y de sus respectivas consecuencias jurídicas. Por ello, debe retrocederse al año 2010 en el que a través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

La crisis se produjo por el abandono masivo por parte de los controladores aéreos de sus puestos de trabajo. A través del RD se produjo la militarización de los controladores aéreos y en apenas unas horas, se recobró la normalidad, aunque el estado excepcional estuvo vigente durante 43 días. No se duda en este caso de la eficacia del instrumento, pero si de su legalidad.

Es de extrema relevancia tener en cuenta que pese a que en dicho RD se proclama el estado de alarma de acuerdo con el apartado 4 c) de la LOEAES, en conexión con el a) (calamidad pública), y d) (desabastecimiento de productos de primera necesidad) realmente la crisis no se ajusta al supuesto de hecho de ninguno de estos dos últimos apartados.

En línea con lo anterior se indicó que hubiera sido mejor haber adoptado el estado de excepción ya que se ajustaba a su supuesto de hecho recogido en el artículo 13.1 LOEAES¹³, pero paralelamente, las medidas que se adoptaron eran propias del estado de sitio. Sin embargo, ninguno de estos hubiera sido tan eficiente en la gestión de la crisis como el estado de alarma debido al factor temporal. En virtud del artículo 116 CE, el estado de alarma solo requiere de una comunicación al Congreso de los Diputados para su proclamación (116.1 CE). Por otro lado, el estado de alarma requiere una autorización previa (116.2 CE), y por su parte el de sitio sin una mayoría absoluta del Congreso¹⁴. En conclusión, el periodo de tiempo necesario para haber proclamado cualquiera de estos

¹³ Artículo 13.1 LOEAES: “Cuando (...) los servicios públicos esenciales para la comunidad, (...) resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo (...)”.

¹⁴ Sieira Mucientes, S. (2018). “Los estados excepcionales”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, pp. 369-393.

dos últimos hubiera causado daños irreparables para la normalidad constitucional pese a no ajustarse el supuesto de hecho ni las medidas adoptadas a la LOEAES¹⁵.

En último lugar, hay que recalcar brevemente la jurisprudencia y doctrina asentada por los tribunales al resolver los distintos recursos presentados contra el RD. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso interpuesto por la Unión Sindical de Controladores Aéreos por carecer de jurisdicción. Posteriormente, se interpuso contra dicho auto el recurso de amparo 4703-2012. El fallo de la STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, establece que los Reales Decretos “al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto (...) sólo cabe impugnarlos (...) Tribunal Constitucional” (FJ 11) por lo que se corrobora a través de dicha jurisprudencia que contra un RD que proclama el estado de alarma solo cabe un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad. Además, en esta sentencia el Tribunal asienta doctrina al establecer en qué consiste dicho rango y valor de ley estableciendo que no proviene del origen del acto sino de su contenido y consecuencias sobre el conjunto normativo. Lo establecido en el RD de proclamación del estado de alarma, y posteriormente en el de prórroga, se considera norma “en cuanto que establece el concreto estatuto jurídico del estado declarado¹⁶”.

¹⁵ Garrido López, C. (2020). “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 46, pp. 371-402.

¹⁶ Garrido López, C. (2017). “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, pp. 43-73.

3. REGULACIÓN DISPONIBLE PARA AFRONTAR UNA EPIDEMIA EN ESPAÑA

Es de extrema importancia para la presente investigación tener presente la legislación existente para afrontar epidemias de enfermedades infecciosas en nuestro país. Esto se debe a que en vistas de la STC que posteriormente será analizada, la proclamación del estado de alarma a través del RD se salió del marco constitucional, a pesar de encontrar en nuestra regulación un abanico de normas considerables para hacer frente a esta situación extraordinaria.

- El artículo 116 de la Constitución Española (CE) que regula el instrumento jurídico del estado de alarma, y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para "crisis sanitarias, tales como las epidemias" (artículo 4.b).
- Las potestades ordinarias de las autoridades sanitarias competentes según la legislación estatal:
 - Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública
 - Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
 - Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
 - Normativa autonómica que resulte de aplicación a la CCAA

Y, además, hay que tener en cuenta, que ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes¹⁷.

Además, dentro de esta normativa básica también se incluye la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, también existen otras normas en nuestro ordenamiento para afrontar crisis de gran calibre por lo que es necesario señalar la normativa en materia de seguridad pública:

- Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil
- Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional¹⁸

¹⁷ Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 22 de marzo de 2021, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Boletín Oficial del Estado, 22 de marzo de 2021.

¹⁸ Asociación profesional de la magistratura (2020). *La crisis sanitaria COVID-19 a debate, breve guía para entender lo que está pasando*. pp. 4-8. Sitio web: <https://apmnacional.es/wp->

4. CONTENIDO DE LA STC 148/2021

A continuación, se expondrán solamente algunos de los aspectos relevantes para la presente investigación del recurso de inconstitucionalidad de Vox y de la consecuente STC debido a la escasa extensión de este escrito.

4.1 Antecedentes

El 14 de marzo de 2020, el gobierno del presidente Pedro Sánchez declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional por un plazo de 15 días, en virtud del artículo 116.2 CE, a través del Real Decreto 463/2020.

En el artículo 4 b) de la LOEAES se establece que solo podrá ser declarado “cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: Crisis sanitarias, tales como epidemias (...).” En línea con dicha ley, el Real Decreto 463/2020 se ajusta al supuesto de hecho ya que indica que “las medidas previstas (...) para contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública”.

Tres días más tarde, éste fue modificado por el Real Decreto 465/2020. Y posteriormente, y siempre de acuerdo con el artículo 116.2 CE¹⁹ (con la autorización del Congreso de los Diputados), se fue prorrogando hasta seis veces dicho estado excepcional finalizando el 21 de junio de 2020.

A lo largo de la pandemia además se han utilizado multitud de normas de diverso rango legal (aproximadamente doscientas) para la gestión de la crisis acaecida. A modo de ejemplo, cabe resaltar la orden ministerial SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres

[content/uploads/2020/10/Conclusiones-abreviadas-del-documento-de-trabajo-del-encuentro-APM-celebrado-el-10sep2020.pdf](https://www.boe.es/boe/contenidos/BOE-A-2020-10911-10912-10913-10914-10915-10916-10917-10918-10919-10920-10921-10922-10923-10924-10925-10926-10927-10928-10929-10930-10931-10932-10933-10934-10935-10936-10937-10938-10939-10940-10941-10942-10943-10944-10945-10946-10947-10948-10949-10950-10951-10952-10953-10954-10955-10956-10957-10958-10959-10960-10961-10962-10963-10964-10965-10966-10967-10968-10969-10970-10971-10972-10973-10974-10975-10976-10977-10978-10979-10980-10981-10982-10983-10984-10985-10986-10987-10988-10989-10990-10991-10992-10993-10994-10995-10996-10997-10998-10999-11000-11001-11002-11003-11004-11005-11006-11007-11008-11009-11010-11011-11012-11013-11014-11015-11016-11017-11018-11019-11020-11021-11022-11023-11024-11025-11026-11027-11028-11029-11030-11031-11032-11033-11034-11035-11036-11037-11038-11039-11040-11041-11042-11043-11044-11045-11046-11047-11048-11049-11050-11051-11052-11053-11054-11055-11056-11057-11058-11059-11060-11061-11062-11063-11064-11065-11066-11067-11068-11069-11070-11071-11072-11073-11074-11075-11076-11077-11078-11079-11080-11081-11082-11083-11084-11085-11086-11087-11088-11089-11090-11091-11092-11093-11094-11095-11096-11097-11098-11099-11100-11101-11102-11103-11104-11105-11106-11107-11108-11109-11110-11111-11112-11113-11114-11115-11116-11117-11118-11119-11120-11121-11122-11123-11124-11125-11126-11127-11128-11129-11130-11131-11132-11133-11134-11135-11136-11137-11138-11139-11140-11141-11142-11143-11144-11145-11146-11147-11148-11149-11150-11151-11152-11153-11154-11155-11156-11157-11158-11159-11160-11161-11162-11163-11164-11165-11166-11167-11168-11169-11170-11171-11172-11173-11174-11175-11176-11177-11178-11179-11180-11181-11182-11183-11184-11185-11186-11187-11188-11189-11190-11191-11192-11193-11194-11195-11196-11197-11198-11199-11200-11201-11202-11203-11204-11205-11206-11207-11208-11209-11210-11211-11212-11213-11214-11215-11216-11217-11218-11219-11220-11221-11222-11223-11224-11225-11226-11227-11228-11229-11230-11231-11232-11233-11234-11235-11236-11237-11238-11239-11240-11241-11242-11243-11244-11245-11246-11247-11248-11249-11250-11251-11252-11253-11254-11255-11256-11257-11258-11259-11260-11261-11262-11263-11264-11265-11266-11267-11268-11269-11270-11271-11272-11273-11274-11275-11276-11277-11278-11279-11280-11281-11282-11283-11284-11285-11286-11287-11288-11289-11290-11291-11292-11293-11294-11295-11296-11297-11298-11299-11300-11301-11302-11303-11304-11305-11306-11307-11308-11309-11310-11311-11312-11313-11314-11315-11316-11317-11318-11319-11320-11321-11322-11323-11324-11325-11326-11327-11328-11329-11330-11331-11332-11333-11334-11335-11336-11337-11338-11339-11340-11341-11342-11343-11344-11345-11346-11347-11348-11349-11350-11351-11352-11353-11354-11355-11356-11357-11358-11359-11360-11361-11362-11363-11364-11365-11366-11367-11368-11369-11370-11371-11372-11373-11374-11375-11376-11377-11378-11379-11380-11381-11382-11383-11384-11385-11386-11387-11388-11389-11390-11391-11392-11393-11394-11395-11396-11397-11398-11399-11400-11401-11402-11403-11404-11405-11406-11407-11408-11409-11410-11411-11412-11413-11414-11415-11416-11417-11418-11419-11420-11421-11422-11423-11424-11425-11426-11427-11428-11429-11430-11431-11432-11433-11434-11435-11436-11437-11438-11439-11440-11441-11442-11443-11444-11445-11446-11447-11448-11449-11450-11451-11452-11453-11454-11455-11456-11457-11458-11459-11460-11461-11462-11463-11464-11465-11466-11467-11468-11469-11470-11471-11472-11473-11474-11475-11476-11477-11478-11479-11480-11481-11482-11483-11484-11485-11486-11487-11488-11489-11490-11491-11492-11493-11494-11495-11496-11497-11498-11499-11500-11501-11502-11503-11504-11505-11506-11507-11508-11509-11510-11511-11512-11513-11514-11515-11516-11517-11518-11519-11520-11521-11522-11523-11524-11525-11526-11527-11528-11529-11530-11531-11532-11533-11534-11535-11536-11537-11538-11539-11540-11541-11542-11543-11544-11545-11546-11547-11548-11549-11550-11551-11552-11553-11554-11555-11556-11557-11558-11559-11560-11561-11562-11563-11564-11565-11566-11567-11568-11569-11570-11571-11572-11573-11574-11575-11576-11577-11578-11579-11580-11581-11582-11583-11584-11585-11586-11587-11588-11589-11590-11591-11592-11593-11594-11595-11596-11597-11598-11599-11600-11601-11602-11603-11604-11605-11606-11607-11608-11609-11610-11611-11612-11613-11614-11615-11616-11617-11618-11619-11620-11621-11622-11623-11624-11625-11626-11627-11628-11629-11630-11631-11632-11633-11634-11635-11636-11637-11638-11639-11640-11641-11642-11643-11644-11645-11646-11647-11648-11649-11650-11651-11652-11653-11654-11655-11656-11657-11658-11659-11660-11661-11662-11663-11664-11665-11666-11667-11668-11669-11670-11671-11672-11673-11674-11675-11676-11677-11678-11679-11680-11681-11682-11683-11684-11685-11686-11687-11688-11689-11690-11691-11692-11693-11694-11695-11696-11697-11698-11699-11700-11701-11702-11703-11704-11705-11706-11707-11708-11709-11710-11711-11712-11713-11714-11715-11716-11717-11718-11719-11720-11721-11722-11723-11724-11725-11726-11727-11728-11729-11730-11731-11732-11733-11734-11735-11736-11737-11738-11739-11740-11741-11742-11743-11744-11745-11746-11747-11748-11749-11750-11751-11752-11753-11754-11755-11756-11757-11758-11759-11760-11761-11762-11763-11764-11765-11766-11767-11768-11769-11770-11771-11772-11773-11774-11775-11776-11777-11778-11779-11780-11781-11782-11783-11784-11785-11786-11787-11788-11789-11790-11791-11792-11793-11794-11795-11796-11797-11798-11799-11800-11801-11802-11803-11804-11805-11806-11807-11808-11809-11810-11811-11812-11813-11814-11815-11816-11817-11818-11819-11820-11821-11822-11823-11824-11825-11826-11827-11828-11829-11830-11831-11832-11833-11834-11835-11836-11837-11838-11839-11840-11841-11842-11843-11844-11845-11846-11847-11848-11849-11850-11851-11852-11853-11854-11855-11856-11857-11858-11859-11860-11861-11862-11863-11864-11865-11866-11867-11868-11869-11870-11871-11872-11873-11874-11875-11876-11877-11878-11879-11880-11881-11882-11883-11884-11885-11886-11887-11888-11889-11890-11891-11892-11893-11894-11895-11896-11897-11898-11899-11900-11901-11902-11903-11904-11905-11906-11907-11908-11909-11910-11911-11912-11913-11914-11915-11916-11917-11918-11919-11920-11921-11922-11923-11924-11925-11926-11927-11928-11929-11930-11931-11932-11933-11934-11935-11936-11937-11938-11939-11940-11941-11942-11943-11944-11945-11946-11947-11948-11949-11950-11951-11952-11953-11954-11955-11956-11957-11958-11959-11960-11961-11962-11963-11964-11965-11966-11967-11968-11969-11970-11971-11972-11973-11974-11975-11976-11977-11978-11979-11980-11981-11982-11983-11984-11985-11986-11987-11988-11989-11990-11991-11992-11993-11994-11995-11996-11997-11998-11999-12000)

¹⁹ 116.2 CE: “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo.”

²⁰ A través del Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y, finalmente, Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Esta en concreto será mencionada posteriormente en la STC.

El 28 de abril de 2020, 52 diputados de Vox (de acuerdo al artículo 162.1ª CE) interpusieron el recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del 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 ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. El 6 de mayo de ese mismo año, el Pleno acordó admitir a trámite el recurso mediante Providencia.

4.2 Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020

El recurso se interpone contra algunas de las disposiciones del RD 463/2020. Esto quiere decir, por tanto, que el grupo parlamentario no pone en duda la conveniencia de la utilización del instrumento jurídico del estado de alarma por parte del gobierno, sino solo algunos de los preceptos del RS a través del cual se proclama. Parece necesario subrayar esta idea ya que el título de muchos artículos de noticias sobre “inconstitucionalidad del estado de alarma” hacen creer lo contrario y así lo recalca varias veces el TC a lo largo de la sentencia.

La demanda de Vox basa la inconstitucionalidad de los artículos señalados en la suspensión de derechos fundamentales que se produce a través de la adopción de las medidas articuladas en los mismos. Hace hincapié en que dicha “ablación” únicamente puede producirse como consecuencia de los otros dos estados de emergencia; de excepción y sitio como indica la ley. Por tanto, afirman que se infringe en primer lugar el artículo 55.1 de la CE así como la LOEAES cuya reserva de ley se encuentra recogida en el 116.1 CE.

Hay que tener en cuenta en primer lugar que, pese haber sido admitido a trámite el recurso antes descrito, a principios de mayo 2020, la STC 148/2021 es del 14 de julio de 2021,

por lo que llega más de un año después. Además, la STC que declara la inconstitucionalidad del primer estado de alarma salió adelante por seis votos a cinco. El casi empate producido entre los magistrados del TC permite vislumbrar que el tema discutido está en una zona gris difícil de estudiar.

Asimismo, otro inciso que debe ser subrayado antes de comenzar, es el hecho de que no cabe recurso de inconstitucionalidad contra la Orden SND/298/2020 debido a su carácter reglamentario, tal y como afirman el abogado del estado y el TC en la sentencia. Por lo que, según lo expuesto anteriormente, se acota finalmente el objeto del recurso únicamente al RD 463/2020.

4.3 Artículos declarados inconstitucionales en la STC

La STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020 señalado. El objeto de la sentencia finalmente se acaba limitando a los artículos 7, 9, 10 y 11 del RD 463/2020. Y, finalmente, el TC a través de esta sentencia falla que van en contra de nuestra Carta Magna:

- Los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7
- Los términos ‘modificar’ y ‘ampliar’ del apartado 6 del artículo 10

Y, por tanto, desestima el resto del recurso.

Como se ha indicado, y como vuelve a señalar el TC a lo largo de la sentencia, los demandantes no dudan sobre la correcta utilización de este estado emergencia sino “del convencimiento de que, a la excepcionalidad de la situación, solo puede hacerse frente dentro de los mecanismos constitucionales y no al margen de los mismos”. Se analiza, por tanto, si las disposiciones se encuentran dentro de los límites esgrimidos en la CE para el estado de alarma. Sin embargo, después se estudiará si realmente este instrumento era el adecuado.

En primer lugar, se declara inconstitucional el artículo 7.1 del RD que establecía las excepciones que permitían la circulación por la vía pública. Por su parte, la disposición 7.3 añadía las mismas excepciones para la circulación mediante vehículos privados. En último lugar, el 7.5 daba el poder al Ministro del Interior (Fernando Grande-Marlaska)

para cerrar carreteras o tramos de las mismas por una serie de razones especificadas en el artículo.

Tanto el preámbulo del RD, como el abogado del estado en sus argumentaciones sostienen que las medidas se encuentran amparadas por artículo 43 CE (protección de la salud pública) así como el 15 CE (derecho a la salud e integridad física) de acuerdo al principio de proporcionalidad. Este último supone que “la restricción que sufre el derecho sea realmente útil para justificar el fin perseguido”; es decir, que la suspensión del derecho consagrado en el artículo 19 CE, a través del confinamiento domiciliario, se excusa en frenar la propagación del virus²¹.

Además, este argumento se encuentra respaldado por el Auto 40/2020 del TC, de 30 de abril, en el que afirma el alto tribunal que en línea con los hechos acaecidos durante la pandemia, “ambos (artículos) tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma” (FJ 4).

Sin embargo, el TC se separa de su propia argumentación en la STC y establece que, es necesario acudir al artículo 116 CE que regula el estado de alarma (y por ello al artículo 11.1 de la LOEAES) y el 55.1 CE sobre los de excepción y sitio. Y posteriormente, darse cuenta de que los apartados antes mencionados realizan una suspensión de la libertad de circulación y el derecho a elegir el lugar de residencia (19 CE) contradiciendo ambos artículos constitucionales.

Por otro lado, el artículo 10 del decreto impugnado “Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”, en su apartado 6 daba poder al Ministro de Sanidad (Salvador Illa Roca), para “modificar, ampliar o restringir las medidas” mencionadas en el artículo. Los recurrentes alegan que a través del mismo se produce una transgresión del derecho a elegir libremente el trabajo (artículo 35.1 CE) así como a la libertad de empresa (38 CE).

²¹ Domenech, I. P. (1997). “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Dialnet*, pp. 69-77.

La transgresión a nuestra Carta Fundamental (según el TC) se produce al permitir a otro distinto que el propio Consejo de Ministros ampliar y modificar las restricciones impuestas al derecho de libertad de empresa en el Real Decreto. Por ello, el TC establece que se vulnera lo establecido en el artículo 116.2 CE, además, de no mencionar que no incluye la necesaria comunicación de la alteración de las medidas al Congreso de los Diputados, tal y como se establece en la CE y que según el TC se trata de una “garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir” (FJ 9).

4.4 Cuestiones jurídicas planteadas

Durante el proceso de documentación de este trabajo, se ha observado que los comentarios acerca del mismo suelen analizar la sentencia estructurándola en dos partes, por ello seguiremos el mismo esqueleto.

4.4.1 Suspensión de derechos

No es necesario repetir aquí lo indicado sobre el artículo 7 del RD 463/2020, sino únicamente centrarse en la doctrina que fija el Tribunal para diferenciar entre la suspensión y la limitación de derechos.

Para ello, comienza por definir la suspensión como “cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos reconocidos” (FJ 3). Y posteriormente, establece que es necesario atender al contenido esencial de los derechos para desvelar la diferencia que se está analizando.

Aclara que, teniendo en cuenta que una suspensión es en todo caso una limitación; una limitación del derecho fundamental del artículo 19 CE hubiera supuesto una restricción o modulación del derecho, pero no su completa eliminación.

Llegados a este punto es necesario hacer referencia a la STC 139/2017, de 29 de noviembre de 2017 al recoger la doctrina más reciente del tribunal respecto al tema en cuestión en la que establece que para estudiar si se ha producido una verdadera suspensión, estudia la esencia del derecho que define como “contenido central” del mismo (FJ 6).

Para el caso del derecho a la libre circulación, su ejercicio se convierte en una excepción ya que indica que es “una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones” (FJ 5), por tanto, aunque por un periodo de tiempo, la libertad de circulación deja completamente de existir.

Según el Tribunal, la restricción del derecho afecta a toda la población y además de forma muy intensa configurando por tanto dicha restricción en una suspensión en si misma. Realmente no se permite a ningún ciudadano en el territorio español, y por el tiempo establecido, circular libremente quedando confinado en su domicilio.

Además, en el recurso interpuesto se establece que muchos otros derechos fueron suspendidos a través del real decreto, y el tribunal fue uno a uno detallando los argumentos por los cuales no podría ser considerado una suspensión de derechos sino una limitación, la cual sí está permitida en el estado de alarma.

4.4.2 Estado de excepción

Se ha generado gran polémica, sobre todo entre los propios miembros del Tribunal Constitucional, la proposición de la STC de haber proclamado el estado de excepción en vez del de alarma para gestionar la crisis sanitaria, como realmente se hizo, aun sin ajustarse al supuesto de hecho establecido en la norma.

El supuesto de hecho para proclamar el estado de alarma según su norma de desarrollo es, entre otros, “b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.” (artículo 4.b LOEAES). Sin embargo, el supuesto de hecho para declarar el estado de excepción es la alteración grave del orden público (artículo 13 LOEAES). De manera que, el alto tribunal afirma que en la situación originada por el COVID-19 en nuestro país, da lugar a ambos supuestos de hecho²².

Por ello, la STC indica que “«[c]uando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades

²² Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2020). “Un estado de alarma inconstitucional”, *Aranzadi digital*, nº1/2020.

educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción» (FJ 11).

No deja pues de sorprender que el TC, constituido como “intérprete supremo de la Constitución” en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, haya señalado directamente lo que debería haber hecho el Gobierno en vez de limitarse únicamente a su función de intérprete²³.

Incluso en los propios votos particulares al final de la sentencia, algunos magistrados muestran su perplejidad al respecto. A modo de ejemplo, la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón afirma que “no corresponde al Tribunal Constitucional reemplazar las funciones que cumple desempeñar al legislativo”.

Por otro lado, se afirma también que en el caso de que se hubiera realmente proclamado el estado de excepción tal y como ha sugerido el constitucional, añade la sentencia que los perjuicios hubieran sido incluso mayores que los ocasionados durante el estado de alarma. Esto se debe, como se ha indicado, a que el estado de excepción sí que se permite la suspensión de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 55.1 CE y esto supondría una desaparición temporal de las garantías constitucionales.

Por tanto, a raíz de lo expuesto, se perciben grandes deficiencias en la regulación de los estados excepcionales para afrontar una epidemia. En vista de la sentencia no hay duda de que existe inseguridad jurídica que ni el propio tribunal encargado de interpretar cómo se debe aplicar la CE y su ley orgánica de desarrollo, ha sido capaz de dar una solución.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, en las próximas páginas se estudian las distintas posibilidades que existen en el panorama jurídico para mejorar la respuesta de nuestra

²³ Álvarez Vélez, M. I. (2021). Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre. Recurso de amparo núm. 2109-2020. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). Revista de las Cortes Generales, (111), pp. 547-574. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1633>

regulación ante un escenario como el planteado, que seguro que seguro se volverá a repetir en un futuro no muy lejano. Es importante aprender de lo ocurrido y enmendar los errores que puedan existir en el ordenamiento.

5. POSIBLES ALTERNATIVAS JURÍDICAS

En virtud de lo expuesto en la presente investigación, a continuación se plantean las distintas opciones que se han ido valorando por los estudiosos y juristas para poder saber cuál hubiera sido una mejor (o menos gravosa) respuesta a las circunstancias. Pero sobre todo, el objetivo es encontrar una mejor herramienta jurídica ante un futuro e imprevisible escenario de excepcionalidad en nuestro país.

5.1 ¿Aplicación del estado de excepción?

Como se ha señalado previamente, una parte del TC en la sentencia indica que debería haberse utilizado el instrumento jurídico del estado de excepción en vez del estado de alarma. Brevemente, se debe volver a señalar que el argumento residía en que a través de aquel sí era posible la suspensión de derechos fundamentales como el que se ha producido a través del artículo 7 del RD 463/2020 del derecho a la libertad de circulación (19 CE). Incluso cuando en la exposición de motivos de dicho RD se negaba dicha suspensión²⁴.

Por otro lado, otros afirman que no hubiera sido acertado el uso de este instrumento jurídico porque el límite máximo por el que se puede establecer es de 60 días; ya que se adopta por 30 días y solo se admite un única prórroga por el mismo periodo de tiempo (116.3 CE). Debemos recordar que el estado de alarma duró más de 90 días que fueron indispensables, a juicio del Gobierno, para recobrar la normalidad. Tanto es así que cuatro meses después se proclamó por segunda vez el estado de alarma en todo el territorio nacional. Sin embargo, tras este suceso, algunos han propuesto imponer un límite temporal a las prórrogas del estado de alarma al igual que en el de excepción²⁵.

²⁴ Álvarez Vélez, M. I. (2021). Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre. Recurso de amparo núm. 2109-2020. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). Revista de las Cortes Generales, (111), pp. 547-574. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1633>

²⁵ Casillas J. (2020). “Ciudadanos presenta una ley para limitar a treinta días las prórrogas del estado de alarma”, *Diario ABC*.

Asimismo, debe retrocederse al primer estado de alarma proclamado en nuestro país sobre el que también se indicó que hubiera sido mejor haber adoptado el estado de excepción ante la crisis de los controladores aéreos. La razón, en este caso, radica en que el supuesto de hecho no se ajusta al tipificado en el artículo 4.c de la LOEAES del estado de alarma como hemos indicado en el punto 2.4²⁶. Sin embargo, en este supuesto también el tiempo fue un factor determinante debido a la rapidez con la que se pudo proclamar el estado de alarma al no necesitar la autorización del Congreso de los Diputados (como en los otros dos estamos). Fue la agilidad del Gobierno la que permitió gestionar rápidamente la crisis antes de que se produjeran daños irreparables²⁷.

Sin embargo, paralelamente a lo anterior, otros afirman que el uso de este primer estado de alarma fue extremadamente eficiente en la gestión de la crisis²⁸. Se recobró la normalidad en 48 horas, y gran parte de este logro se atribuyó a la rapidez con la que se pudo proclamar el estado de alarma, sin necesidad de autorización del Congreso de los Diputados (116.2 CE). A diferencia con lo que ocurre en el instrumento jurídico del estado de excepción, en el que se requiere de más tiempo para hacer uso del mismo y a través del cual la gestión no hubiera sido tan eficiente (116.3 CE)²⁹.

En conclusión, pese a que en el primer estado de alarma de 2010, de acuerdo al supuesto de hecho, debería haberse proclamado el estado de excepción. Y que una década después, para frenar la expansión del COVID-19 este último se ha señalado por el TC como el indicado para gestionar la situación debido a las medidas que se adoptaron. Se puede certificar que el factor temporal de este instrumento; el periodo de tiempo que tarda en proclamarse y su límite máximo de duración de 60 días, hacían al estado de excepción inadecuado en ambas ocasiones.

De manera que, en las dos únicas veces que se ha adoptado el estado de alarma en nuestro país, se ha considerado que este ha sido el instrumento jurídico más eficaz para combatir las crisis existentes a pesar de no ajustarse a sus límites formales en ninguna de las dos

²⁶ Garrido López, C. (2020). “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 46, pp. 371-402.

²⁷ Vidal Prado, C. Delgado Ramos, D. (2011). “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, pp. 243-265.

²⁸ Aba Catoría, A. (2011). “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, pp. 305-334.

²⁹ Chaves García, J. (2010) “Sobre la posible ilegalidad del estado de alarma decretado por R.D.1673/2010”, *Delajusticia.com*.

ocasiones. Puede afirmarse que, a pesar de lo comentado sobre el instrumento del estado de alarma, este ha demostrado ser más que eficiente para gestionar ambas situaciones excepcionales.

En línea con el tema que se está desarrollando, y previamente a la STC, el TSJ de Aragón, en sentencia 151/2020, de 30 de abril de 2020 estableció que “en situación de estado de excepción, es perfectamente posible suspender la libre circulación” además añadió que es “razonable pensar que la herramienta más adecuada para el restablecimiento de tal normalidad de ejercicio pueda ser el estado de excepción” (FJ 3).

Conjuntamente, dicho tribunal añade que solo a través de las medidas adoptadas por el gobierno que son propias de un estado de excepción, ha sido posible frenar la pandemia en España, y que por tanto puede que el error del legislador constitucional se deba a la imprevisibilidad de las consecuencias de una pandemia en el momento que se legisló los estados excepcionales en 1978. Ya que el supuesto de hecho de epidemias se ajusta lo establecido para los estados de alarma según el artículo 4.b de la LOEAES.

Además, es de interés señalar que un grupo de profesores, abogados y catedráticos de Derecho Constitucional, presentaron el 3 de abril de 2020 una queja ante el Defensor del Pueblo. Su intención era que esta fuera llevada ante el TC acerca de la suspensión de derechos realizada a través del RD 463/2020. Además, los juristas señalaron a través de la misma que lo que se estaba produciendo ciertamente era un estado de excepción encubierto³⁰.

El supuesto de hecho que habilita la aplicación del estado de excepción se encuentra en el artículo 13 de la LOEAES cuando señala “algún otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados (...)”. Por lo tanto, habrá que atender a la definición de orden público para analizar si realmente las crisis de 2020 en nuestro país se ajusta a este supuesto de hecho, teniendo en cuenta que se trata de concepto jurídico indeterminado³¹.

³⁰ Villanueva, N. (2020). “Constitutionalistas piden al Defensor del Pueblo que lleve al TC el estado de alarma”, *Diario ABC*.

³¹ Concepto de Orden Público. Guías jurídicas Wolters Kluwer. (Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUNjExMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgBEIJINQAAAA=WKE)

Para ello, habrá que atender a las dos únicas veces en las que se recoge directamente esta cláusula en nuestra Carta Magna arts. 16.1 (derecho a la libertad religiosa y de culto) y 21.2 CE (derecho de reunión) y cómo la ha interpretado el TC³².

Es necesario remontarse a la STC 46/2001 de 15 de febrero en la que señala “Sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud y la moralidad pública, (...) es pertinente invocar el orden público” (FJ 11) con respecto al artículo 16 CE. Teniendo en cuenta que dichos elementos se recogen en el artículo 3.1 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa como propios de orden público para limitar dicho derecho fundamental.

Además, añade en la sentencia 66/1995, de 8 de mayo del TC en el que establece con referencia al artículo 21.2 CE que, “debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público” y continúa señalando que “entendiendo por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas” (FJ 3). Por lo que se identifican otros elementos en la definición de orden público en atención al derecho de reunión.

Asimismo, el TC en el auto 40/2020, de 30 de abril añade “ni es necesario ni es correcto entrar a definir de modo abstracto y general el concepto” (FJ 2), también en virtud del artículo 21.2 CE. Sin embargo, en este mismo escrito el alto tribunal añade que la “situación de crisis sanitaria como la que sufrimos en estos momentos puede implicar de facto una tan grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, o del normal funcionamiento de las instituciones,” “haga razonable pensar que la herramienta más adecuada para el restablecimiento de tal normalidad de ejercicio pueda ser el estado de excepción” (FJ 2). Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, puede que ahí encontremos la definición de orden público que buscamos para el artículo 13.1 de la LOEAES, ya que está afirmando el tribunal que se ajusta la situación al supuesto de hecho.

Por tanto, y en función de lo establecido por la doctrina jurisprudencial parece que el orden público y la existencia de un peligro para el mismo, debe analizarse caso por caso

³² Montalvo Abiol, JC. (2010). “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 197-222.

por el tribunal competente. No obstante, puede inducirse un denominador común en las interpretaciones del Tribunal; el orden público debe estar estrechamente ligado con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución³³. A partir de ahí, se podría responder a la pregunta de si se ajusta a la crisis originada por brote el vírico del COVID-19 en España que en virtud de lo expuesto parece que la respuesta debería ser positiva.

Es más, en la propia STC afirma que que, en virtud de una interpretación evolutiva y a la luz de las circunstancias acaecidas establece que “es difícil argüir que el orden público constitucional (...) no se ve afectado”. Pero solo en su sentido más amplio y ajustándose a la gravedad de los hechos y no a lo que realmente se estaba produciendo.

El tribunal no hace más que justificar la utilización de las medidas propias el estado de excepción dentro del estado de alarma. Y es que en realidad no estamos ante un problema de orden público como tal, sino que lo que ocurre es que la catástrofe, en este caso sanitaria, que se está dando tanto en España como en todo el mundo, es de tal calibre, que exige unas medidas más gravosas para su gestión.

Hay que recordar que no cabe una percepción gradualista de los estados excepcionales ya que solo se permite la “consideración como tres institutos diferentes y no como tres fases de una misma operación de defensa de la seguridad interior del Estado³⁴”. Por tanto, el estado de alarma no es el estadio más leve de los tres aunque, en función de las consecuencias, sí que se puede afirmar que las medidas a adoptar son más leves que en el resto de estados.

Adicionalmente, el estado de alarma desde su origen fue considerado como completamente distinto a los otros dos ya que es una herramienta despolitizada únicamente orientada a afrontar catástrofes naturales. Por esta razón, además, se puede afirmar que no cabía el estado de excepción porque no se estaba produciendo en nuestro país una crisis de carácter político y no cabe por tanto dicha interpretación evolutiva.

³³ Concepto de Orden Público. Guías jurídicas Wolters Kluwer. (Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjExMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqmlaYk5xKgBEIJINQAAAA=WKE)

³⁴ Cruz Villalón, P. (1981). “Nuevo derecho de excepción Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 2.

En conclusión, es posible que algunos puedan llegar a afirmar que de alguna manera se cumple el supuesto de hecho, y se pudiera haber establecido el estado de excepción en la pandemia, pero su límite temporal podría haber supuesto un mayor riesgo para la gestión de la crisis, y además hubiera dado al gobierno mayor potestad para suspender los derechos recogidos en el artículo 55.1 CE .

5.2 ¿Reforma constitucional y de su Ley Orgánica de desarrollo?

En línea con lo anterior, y según lo expuesto en este trabajo se han encontrado innumerables deficiencias en la regulación española de los estados de emergencia. En las dos veces que se ha declarado el estado de alarma en nuestro país, en 2010 y 2020, se ha demostrado que este instrumento necesita de una reforma desde que fue regulado hace más de 40 años.

Dichas carencias se han podido palpar en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, ya que no estaban preparados para afrontar una situación como la vivida. Hay que destacar aquellos países que como España han declarado el estado de excepción recogido en su constitución entre los que se encuentran: Bulgaria, la República Checa, Finlandia, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Portugal y Rumanía.

Paralelamente, es interesante subrayar aquellos que, a pesar de tener la posibilidad de haber usado dicho instrumento jurídico, no han optado por él: Países Bajos, Polonia, Grecia, Eslovenia, Lituania y Chipre.

Asimismo, solo se pueden señalar dos países fuera del continente que a raíz de los acontecimientos han realizado una reforma de su carta Magna; la República de Angola y el estado de Pensilvania³⁵.

Repetimos de nuevo que el instrumento del estado de alarma se ha mostrado eficiente en la lucha contra la expansión del virus durante estos meses de pandemia. Pero también es cierto que, a pesar de ello, lo sabio ahora sería aprender de sus imperfecciones y preparar el instituto del estado de excepción para futuras y seguras catástrofes. Ya que a pesar de

³⁵ Sieira Mucientes, S. (2021). “Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente. ¿Mutación o reforma constitucional?”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 48, pp. 463-493.

ajustarse en un primer momento al supuesto de hecho del artículo 11.4.b de la LOEAES, las medidas después adoptadas se salen de los límites esgrimidos para este instrumento tanto en la ley orgánica como en la CE (artículo 55.1 CE a sensu contrario).

Es cierto que en el mismo proceso constituyente se pronosticó este instrumento para el caso de epidemias pero como se ha podido comprobar, no se hizo para una de tan graves consecuencias. Por tanto, y en virtud de lo expuesto y en palabras del expresidente del TC que señala que la “presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos³⁶”. Tal afirmación, deducible de los hechos acaecidos, nos lleva a analizar la posibilidad de modificar la CE y su ley orgánica de desarrollo³⁷.

Por un lado, se establece la posibilidad de modificar el artículo 13 de la LOEAES para que permita, en casos de epidemia, no solo la limitación pero la suspensión de derechos fundamentales. Lo cierto es que esto acarrearía necesariamente una reforma del artículo 55.1 CE que solo lo permite para los estados de excepción y sitio. O por otro lado, la reforma de la proclamación del estado de excepción similar a la del de alarma para evitar consecuencias irreparables debido al tiempo necesario para declararlo.

Por ello, para reformar nuestra Carta Fundamental como se ha señalado, habría que acudir al artículo 168 CE que recoge el procedimiento agravado que no presumen en modo alguno de ser sencilla. Tanto es así, que no ha sido nunca utilizada en la historia democrática³⁸.

Por consiguiente, se han planteado unas reformas a la LOEAES sin afectar a la CE (lo que parece bastante complicado) pero de muy poca transcendencia, aunque incluso el TC en la sentencia haya sugerido dicha reforma.

Por un lado, la segunda del gobierno durante la pandemia, Carmen Calvo, estudió la posibilidad de crear una tercera figura entre el estado de alarma y el de excepción como respuesta a la crisis jurídica. Por tanto, la reforma de la LOEAES se discutió en reuniones

³⁶ Cruz Villalón, P. (2020). “La Constitución bajo el estado de alarma”, *El País*, p. 9.

³⁷ Linera, M. Á. (2021). “El estado de alarma en crisis”, *Revista de las Cortes Generales*, pp. 129-197.

³⁸ Sieira Mucientes, S. (2021). “Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente. ¿Mutación o reforma constitucional?”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 48, pp. 463-493.

de la vicepresidenta sin embargo nunca llegó a formalizar la propuesta³⁹. Además, es imprescindible señalar Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1981 número 122/000174, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 19 de noviembre de 2021 que se encuentra en tramitación. En la misma, se limita por un lado la prórroga del estado de alarma y por otro, los derechos que pueden ser suspendidos en el estado de sitio⁴⁰.

Por tanto, en virtud de lo expuesto, se defiende la necesidad de una reforma constitucional (artículo 116 y 55) y de su consecuente norma de desarrollo (LOEAES), ya que, en virtud de los hechos, tanto en la crisis de 2010 y en la de 2020 ha habido problemas jurídicos con respecto a su regulación. Sin embargo, dicha reforma parece casi imposible de conseguir por lo que otros apuestan por la reforma de la legislación ordinaria como se analizará a continuación.

5.3 ¿Aplicación de la legislación sanitaria estatal?

Dentro del régimen jurídico ordinario se encuentran las siguientes leyes: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁴¹. La primera vez que se menciona dicha legislación es en el RD 537/2020, de 22 de mayo que prorroga por quinta vez el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, así como en el de la última prórroga; RD 555/2020, de 5 de junio.

³⁹ Esteban, P. (2021). “Calvo estudió regular una figura intermedia entre la alarma y la excepción en la ley de 1981”, *El Confidencial*.

⁴⁰ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-202-1 de 19/11/2021.

⁴¹ A continuación, se expondrán brevemente los artículos de la jurisdicción ordinaria que podrían ser aplicables: En primer lugar, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 indica que la autoridad sanitaria tendrá la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para el control de enfermedades transmisibles como es, evidentemente, la pandemia del COVID-19. Posteriormente, el artículo 25 de la Ley 14/1986 en el que se enumera mediante una lista abierta las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias en caso de “riesgo inminente y extraordinario para la salud”. Por lo que pueden adoptar otras, además de las recogidas en el artículo, en caso de que las estimen por conveniente desde el punto de vista sanitario ajustándose perfectamente el supuesto de hecho de la disposición a la actual crisis sanitaria. Finalmente, el artículo 54 de la Ley 33/2011 (haciendo referencia a las dos leyes que se acaban de nombrar y en concordancia con ellas) también realiza una enumeración abierta de las medidas que pueden ser adoptadas por la autoridad competente si la urgencia o gravedad del caso así lo exige.

Cabe preguntarse cuál es la razón por la que se menciona únicamente en estos dos y no desde el principio, en el mismo RD 463/2020. En ambos reales decretos se establece que la aplicación de tal legislación iría en contra del principio de precaución en cuanto no permite la limitación del derecho de circulación en todo el país suponiendo, en su opinión, un grave riesgo para la salud pública. Y por ello, respalda la necesidad de seguir prorrogando el estado de emergencia por quinta y sexta vez al ser imprescindible la restricción del derecho recogido en el artículo 19 CE (libertad de circulación) a nivel nacional para la contención del COVID-19. Esto último se encuentra en estrecha unión con el 43 CE (protección de la salud) a raíz del artículo 15 CE (derecho a la vida y la integridad física).

Puede que la razón se encuentre en que, llegados a este punto, el 22 de mayo de 2020, día en que se prorroga por quinta vez el estado de alarma, los españoles llevan sometidos a un confinamiento domiciliario más de dos meses. Por ello, en el RD se da explicación a la inaplicación de la legislación ordinaria, justificando que es imprescindible continuar bajo un estado de alarma y acogerse al plan de desescalada creado siempre, bajo el poder absoluto del gobierno, y no de las autoridades sanitarias.

No obstante, la justificación de los RD sigue sin ser válida, ya que el estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales sino su limitación como las medidas que pueden adoptarse a través de la legislación sanitaria ordinaria.

Como se ha ido señalando en numerosas ocasiones a lo largo del presente trabajo, un factor determinante de los instrumentos de emergencia es el tiempo. El extenso periodo por el cual se produce la suspensión de derechos a través del estado de alarma, que incluso empuja al ejecutivo a tener que explicar la razón de inaplicación de la legislación ordinaria. Puede que en un primer momento y debido a la excepcionalidad de la situación se optara por la vía de emergencia, pero después no hubiera sido necesario.

Además, volviendo a poner de referencia el primer estado de alarma de 2010, se estableció que debió haberse aplicado la legislación común ordinaria en su lugar⁴². Esto

⁴² Vidal Prado, C. Delgado Ramos, D. (2011). “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, pp. 243-265.

es así, en función de cómo están concebidos los instrumentos de la LOEAES, ya que solo deben ser utilizados en caso de que los primeros no sean capaces de gestionar la situación.

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que existe cobertura legal que dota a las autoridades sanitarias de la capacidad de afrontar una crisis sanitaria como la ocasionada a raíz del COVID-19, a través de la adopción de las medidas recogidas en el texto legal.

No obstante, hay que atender a la forma en la que dichas medidas pueden introducirse. Debido al origen de las mismas, se deben adoptar mediante actos administrativos, los cuales deben estar sujetos a un estricto control judicial en virtud del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Muy posiblemente, esta última razón empujara al Gobierno a acudir directamente a la proclamación del estado de alarma. Esto le permitía eliminar cualquier obstáculo a la inmediatez necesaria para la detención de la propagación del virus. Además, es por esta misma característica de agilidad en su adopción por la que se utilizó dicho instrumento, y no el estado de excepción que requiere de autorización del Congreso y por tanto es más lenta.

No obstante, y según lo indicado en el dictamen 213/2021 del Consejo de Estado, “ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes”. Por lo que se permite, de acuerdo con la legislación sanitaria, adoptar otras medidas siempre y cuando no sean contrarias a las establecidas por el ejecutivo.

Muchos afirman que hubiera sido más apropiado la aplicación de esta legislación ya que cuenta con las herramientas suficientes para hacer frente a la pandemia. El dictamen señalado se pronuncia sobre el “debate” sobre si se debe aplicarse una y otra legislación.

Mientras que la exposición de motivos de la ley⁴³ sobre la que trata el dictamen establece que no ha sido adecuado el empleo del estado de alarma al existir una legislación ordinaria capaz de afrontar la pandemia. Por su parte, el tribunal añade que la existencia de los estados de excepción radica en que, en determinadas circunstancias completamente

⁴³ La Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, ha sido publicada en el Diario Oficial de Galicia de 26 de febrero de 2021.

únicas y extraordinarias, estas solo pueden hacerse frente a través de los mismos ya que no siempre la legislación ordinaria es la procedente.

Por lo tanto, con respecto a la polémica si se debiera haber utilizado uno u otro, hay que tener claro que cada regulación está pensada para gestionar dos situaciones muy distintas. La legislación ordinaria debe emplearse para la gestión de crisis sanitarias, sin embargo, en casos completamente extraordinarios deben emplearse los estados excepcionales que a su vez permiten que se aplique durante su vigencia la legislación ordinaria al no ser excluyentes.

En línea con lo anterior, de 29 de marzo entró en vigor la Ley 2/2021, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La cual establece en su exposición de motivos que “la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria, al margen de la declaración del estado de alarma, para hacer frente a crisis sanitarias.”

Por ello, se afirma además que legislación sanitaria tampoco estaba capacitada realmente para gestionar la crisis acaecida. Añade además que la finalidad de la ley consiste en cambiar aquellos artículos encargados de aplicarse en este tipo de escenario para dotarlos de mayor eficacia.

Por tanto, es un hecho irrefutable que la legislación sanitaria exige de una reforma como se expondrá en el siguiente punto y no estaba capacitada para gestionar la crisis. Sin embargo, aunque en un principio pareció oportuno haber aplicado el estado de alarma. Lo que seguro se confirma es que no debió extenderse dicho estado durante un periodo de tiempo tan largo.

5.4 ¿Ley de pandemias?

La ley de pandemias o “plan B” es como se conoce a la proposición de ley del partido popular presentada en dos ocasiones por dicho partido; en septiembre de 2020, frente a la que el Congreso de los Diputados voto en contra⁴⁴, y en abril de 2021⁴⁵.

No se trata de una nueva ley, sino que la iniciativa del PP consiste en reformular la ya mencionada y analizada Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Hay que recordar que la ley sirve como marco legal que permite el desarrollo legislativo por parte de las autoridades autonómicas. Además, dicho desarrollo se debe hacer a través de ley orgánica porque en virtud de la reserva del artículo 81.1 CE, solo se pueden desarrollar derechos fundamentales y libertades públicas a través de este tipo de leyes.

La propuesta, en concreto, se centra en el artículo 3 de la 3/1986, en el cual no se recogen las medidas que pueden adoptar las autoridades sanitarias con respecto a las enfermedades de carácter transmisible, dejando una lista abierta al establecer el legislador: “así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Por lo tanto, en busca de dotar a nuestro ordenamiento de una mayor seguridad jurídica, el partido de la oposición (al igual que otros como ahora se indicarán), apuesta por reformar la ley sanitaria estatal. Su iniciativa consiste en convertir la enumeración de medidas en una lista cerrada sin que quede al arbitrio de las autoridades sanitarias.

Además, en el artículo 12 de la LOEAES se establece que “la autoridad competente podrá adoptar, por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”. Es decir, en la misma ley de desarrollo del artículo 116 CE en el que se regula el estado de alarma, se señala que es compatible la utilización de la legislación ordinaria, siempre que sea conforme a las medidas establecidas en los

⁴⁴ Votación del 17/11/2020 obtenido de:

https://web.archive.org/web/20210725065821/https://www.congreso.es/webpublica/opendata/votaciones/Leg14/Sesion059/20201117/Votacion002/VOT_20201117203151.pdf

⁴⁵ BOCG. Proposición de Ley Orgánica 122/000140 de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles de 23/04/2021.

estados excepcionales. Por ello, hay que destacar que no se busca un sustitutivo del estado de alarma, sino un complemento.

Bien es verdad, que el estado de alarma debe utilizarse como ultima ratio para la gestión de una crisis si la legislación ordinaria es incapaz. Se plantea, por tanto, una legislación sanitaria eficiente para “atrasar” el uso de los estados excepcionales, pero que realmente lo sean; excepcionales, debido a su capacidad para restringir los derechos fundamentales. Y que su utilización, no se deba a una legislación ordinaria pobre y ambigua.

En línea con lo anterior, es necesario atender a la STC 137/1986 (FJ 3), en el que establece que la reserva señalada anteriormente del artículo 81 CE “no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate”.

El partido popular encuentra su apoyo en el tan repetido dictamen del Consejo de Estado 213/2021 en el que afirma que la ley en cuestión “podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública.” Por lo tanto, la institución apoya la reforma planteada ya que ve necesario incluir en el artículo 3 un conjunto de medidas específicas que doten a nuestro ordenamiento de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, es necesario acudir a la STS 3260/2021, en la que establece que el artículo es “inegablemente escueto y genérico” ya que “no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19” (FJ 7). Además, también remite a la STS 719/2021 en la que el tribunal señala que las “dificultades jurídicas serían mucho menores (...) si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual” (FJ 5). Y lo que se propone, es una regulación con esas características.

Otro de los argumentos del partido ha sido acudir al derecho comparado señalando que en los países vecinos; Italia, Francia y Alemania⁴⁶ sí han utilizado para la gestión de la crisis sanitaria una ley de pandemias que existía o que se ha creado.

Además, podemos encontrar el respaldo del Tribunal Supremo en la STS 719/2021, de 24 de mayo, fundamento cuarto, letra D en la que establece que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica”.

Paralelamente, es necesario remitirse a lo indicado en el punto 7.3 de este proyecto en el que se indica que, las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria competente, en virtud del Artículo 8.6 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tienen que ser previamente ratificadas por el tribunal.

Por ello, el gobierno reticente a aprobar la proposición del PP, modificó la ley 29/1998 a través de 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 estableciendo en su artículo 10.8 que las “Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. (...) Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria”.

Es decir, a través de esta nueva normativa, se conseguiría que las CCAA adoptaran las medidas que creyeran convenientes con la previa autorización para así crear jurisprudencia en virtud de lo establecido por todos los TSJ con respecto a la limitación de derechos. Además, podrían ser recurridas en casación al Tribunal Supremo que debería responder en un plazo de cinco días.

Es por ello que hay que señalar, en vista a lo establecido, la opinión del presidente de la Sala Contenciosa-administrativa del TS que ha indicado que los “instrumentos jurídicos (del sector sanitario) se nos han quedado obsoletos. Los hemos utilizado, pero está claro que se necesitan modificaciones” por lo que sugiere, como muchos otros, una ley de

⁴⁶ Sieira Mucientes, S. (2020). “Estado de alarma”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 19, pp. 275- 305.

pandemias. Y por tano, la solución impuesta con calzador por el gobierno, no debería utilizarse en el futuro⁴⁷.

La proposición de Ley Orgánica del PP, en virtud de lo expuesto, señala que “se hace necesario abandonar, el camino de la excepción constitucional y elaborar una respuesta jurídica estable” ya que “Esta crisis ha puesto en evidencia la carencia de mecanismos de alerta y prevención y la insuficiencia de la capacidad de respuesta” y además “Ante estos riesgos, inminentes y/o futuros, es imprescindible dotar a nuestro ordenamiento con un instrumento jurídico que permita, desde la seguridad jurídica, la normalidad institucional, y la vigencia normativa, afrontar este tipo de situaciones sin que impliquen restricciones de derechos constitucionales”.

En conclusión, muchos coinciden en la necesidad de establecer una ley de pandemias tanto como alternativa el estado de alarma, como suplemento de la misma. Es imperativo para la gestión de la todavía presente pandemia como para futuras crisis pandémicas la existencia de una regulación sanitaria que no dé lugar a inseguridad jurídica, pero tenga cierta flexibilidad a las consecuencias impredecibles que se puedan dar.

El debate no radica tanto en la necesidad de dicha reforma que se ha hecho más que evidente, sino en la incesante lucha de poder existente entre el Gobierno central y el autonómico que también ha salido a la luz en una situación tan grave como la pandemia del COVID-19. Pese haberse subrayado en numerosas ocasiones que el estado de alarma y la legislación sanitaria estatal puede aplicarse a la vez, sigue existiendo un combate de poder que ni una situación tan aterradora para la sociedad en todos los sectores puede detener. La riqueza del ordenamiento jurídico español radica precisamente en esa coordinación de normas y no en la lucha entre los distintos poderes.

⁴⁷ Valle, S. (2021). “Una 'ley de pandemias' sin estrés, pros y contras de elaborar un nuevo marco normativo”, *Diario El Mundo*.

6. CONCLUSIÓN

A través del presente trabajo se ha podido analizar las distintas respuestas jurídicas para afrontar una crisis sanitaria en España, así como vislumbrar las distintas carencias existentes en nuestro ordenamiento. Se ha podido observar que existen tantas maneras de haber afrontado el COVID-19, como opiniones sobre las mismas. Sin embargo, el objetivo del trabajo se ha cumplido ya que se da respuesta a la pregunta planteada afirmando que es necesaria una reforma de la normativa del Derecho de excepción.

Mediante el estudio del origen de cada una de las normas señaladas; es decir, del objetivo del legislador al tipificarlas, se ha podido esclarecer la realidad de cada una. Y por ello, 40 años después de la proclamación de la Constitución y de su Ley Orgánica de desarrollo se afirma que es necesaria una reforma. Si las dos únicas veces que se ha empleado el estado de alarma en nuestro país, este no se ha ajustado a su regulación, se ha manifestado la necesidad de modificarlo. Y en segundo lugar, la sociedad, la economía, las ideologías y las nuevas tecnologías han creado un contexto completamente distinto con respecto al momento en el que se crearon las normas del Derecho de excepción. Sin embargo, hay que tener en cuenta en la reforma la imposibilidad de prever todas y cada una de las situaciones excepcionales que se pueden dar en nuestro país, y de recoger las respectivas medidas necesarias para confrontarlas.

Además, se ha señalado que también la legislación sanitaria requiere de modificaciones. Las epidemias llevan sucediendo durante toda la historia de la humanidad y volverán indudablemente a repetirse en el futuro. Es necesario, por tanto, una normativa en materia sanitaria que sea capaz de gestionar este tipo de crisis. De manera que realmente el uso del derecho excepcional sea, como su nombre indica, completamente excepcional cuando la legislación ordinaria no sea capaz de hacerlo.

La novedad del trabajo supone hacer un análisis de los distintos instrumentos jurídicos desde su origen a través de un análisis del contexto histórico y jurídico en el que se desarrollaron. Se analizan en un solo escrito las distintas soluciones que se plantean y en vez de seleccionar una de ellas, se ponen en común todas para poder afirmar que lo que se exige es una reforma. También es cierto que debido a la limitada extensión del trabajo

y haber intentado abordar las distintas alternativas, es posible que al análisis le falte exhaustividad en cada una de ellas.

Como futura línea de investigación se plantea, por tanto, un estudio en profundidad de cada una de las alternativas así como establecer claramente como debería proceder la reforma para eliminar las carencias actuales del ordenamiento jurídico. Además, también existe la posibilidad de contrastar este primer estado de alarma del COVID-19, con el segundo y su consecuente STC para completar el estudio.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Legislación

- Constitución de Española de 19 de marzo de 1812.
- Constitución de Española de 18 de junio de 1837.
- Constitución de Española de 1845.
- Constitución de Española de 1 de junio de 1869.
- Constitución de Española de 30 de junio de 1876.
- Constitución de Española de 9 de diciembre de 1931.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 5 de octubre de 1979).
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE 5 de junio de 1981).
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE 29 de abril de 1986).
- Ley de Orden Público de 1933, de 28 de julio de 1933.
- Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público (BOE 20 de agosto de 1959).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE 14 de diciembre de 1998).
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 30 de mayo de 2003).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 6 de octubre de 2011).
- Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (BOE 10 de julio de 2015).
- Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. (BOE 29 de septiembre de 2015).
- 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 (BOE 19 de septiembre de 2020).
- Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (BOE 2 de abril de 2021).

- Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 30 de marzo de 2021).
- 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.
- 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 ocasionada por el COVID-19.
- Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica 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.
- Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

- Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.
- BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-202-1 de 19/11/2021.
- BOCG. Proposición de Ley Orgánica 122/000140 de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles de 23/04/2021.

7.2 Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1986, de 6 de noviembre de 1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo de 1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero de 2001
- Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2017, de 29 de noviembre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio de 2021.
- Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3260/2021, de 18 de agosto de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 febrero de 2021.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 151/2020, de 30 de abril de 2020.
- Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 22 de marzo de 2021, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Boletín Oficial del Estado, 22 de marzo de 2021.
- D.S.C.D. Pleno, nº 84, 8 de junio de 1978, pp. 3069-3127.
- D.S.C.D. Pleno, nº 160, 21 de abril de 1981, pp. 9873-9915.

7.3 Obras Doctrinales

- Aba Catoria, A. (2011). “El Estado de Alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, pp. 305-334.
- Álvarez Vélez, M. I. (2021). Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre. Recurso de amparo núm. 2109-2020. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). *Revista de las Cortes Generales*, (111), pp. 547-574. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1633>.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2012). “23 de febrero de 1981: La reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 155, pp. 41-70.
- Cruz Villalón, P. (1981). “Nuevo derecho de excepción Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 2.
- Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2020). “Un estado de alarma inconstitucional”, *Aranzadi digital*, nº 1/2020.
- Fernández Segado, F. (1981). “La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político*, nº 11, pp. 83-116.
- Domenech, I. P. (1997). “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Dialnet*, pp. 69-77.
- Garrido López, C. (2020). “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 46, pp. 371-402.
- Linera, M. Á. (2021). “El estado de alarma en crisis”. *Revista de las Cortes Generales*, pp.129-197.
- Montalvo Abiol, JC. (2010). “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp 197-222.

- Sieira Mucientes, S. (2020). “Estado de alarma”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº19, pp. 275- 305.
- Sieira Mucientes, S. (2021). “Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente. ¿Mutación o reforma constitucional?”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 48, pp. 463-493.
- Sieira Mucientes, S. (2018). “Los estados excepcionales”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, pp. 369-393.
- Vidal Prado, C. Delgado Ramos, D. (2011). “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, pp. 243-265.

7.4 Recursos De Internet

- Sinopsis del artículo 116 CE. (Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tip_o=2; última consulta: 15/04/2022)
- Asociación profesional de la magistratura (2020). *La crisis sanitaria COVID-19 a debate, breve guía para entender lo que está pasando*. pp. 4-8. (Disponible en: <https://apmnacional.es/wp-content/uploads/2020/10/Conclusiones-abreviadas-del-documento-de-trabajo-del-encuentro-APM-celebrado-el-10sep2020.pdf>; última consulta: 15/05/2022)
- Casillas J. (2020). Ciudadanos presenta una ley para limitar a treinta días las prórrogas del estado de alarma. Diario ABC. (Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-ciudadanos-presenta-ley-para-limitar-treinta-dias-prorrogas-estado-alarma-202011171704_noticia.html; última consulta: 27/05/2022)
- Chaves García, J. (2010) Sobre la posible ilegalidad del estado de alarma decretado por R.D.1673/2010. Delajusticia.com. (Disponible en: <https://delajusticia.com/2010/12/05/sobre-la-posible-ilegalidad-del-estado-de-alarma-decretado-por-r-d-16732010/>; última consulta: 22/05/2022)
- Villanueva, N. (2020). Constitucionalistas piden al Defensor del Pueblo que lleve al TC el estado de alarma. Diario ABC. (Disponible en: https://www.abc.es/espana/abci-constitucionalistas-piden-defensor-pueblo-lleve-estado-alarma-202004200155_noticia.html; última consulta: 10/05/2022)
- Cruz Villalón, P. (2020). La Constitución bajo el estado de alarma. El País, p. 9. (Disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html; última consulta: 10/05/2022)

- Esteban, P. (2021). Calvo estudió regular una figura intermedia entre la alarma y la excepción en la ley de 1981. El Confidencial. (Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2021-07-17/calvo-reforma-1981-intermedia-alarma-excepcion_3188792/; última consulta: 1/04/2022)
- Votación del 17/11/2020 (Disponible en: https://web.archive.org/web/20210725065821/https://www.congreso.es/webpublica/opendata/votaciones/Leg14/Sesion059/20201117/Votacion002/VOT_20201117203151.pdf; última consulta: 1/06/2022)
- Valle, S. (2021). Una 'ley de pandemias' sin estrés, pros y contras de elaborar un nuevo marco normativo. El Mundo. (Disponible en: <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2021/11/03/6181760efdddff8f648b45de.html>; última consulta 30/04/2022).
- DSN. (2020). Coronavirus (COVID-19) - 14 de marzo 2020. 15 Marzo 2022, de Departamento de Seguridad Nacional. (Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-14-marzo-2020>; última consulta 22/04/2022).
- Concepto de Orden Público. Guías jurídicas Wolters Kluwer. (Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjExMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgBEIJINQAAAA==WKE; última consulta 2/05/2022).