



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**UNA VISIÓN COMPARADA SOBRE EL DERECHO
DE NECESIDAD**

Conclusiones y enseñanzas de otros marcos
constitucionales tras la crisis del covid 19

Autor: Alfredo Briganty González

5º E3 A

Derecho Constitucional

Tutor: Borja Sánchez Barroso

Madrid

Abril 2021

RESUMEN

El covid 19 ha provocado que muchos países hayan tenido que limitar o suspender los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes. Los estados de necesidad han tomado protagonismo durante la pandemia, al ser un instrumento jurídico capaz de restringir dichos derechos.

En el presente trabajo vamos a analizar el derecho de necesidad desde una perspectiva de derecho comparado, analizando los ordenamientos jurídicos de países que han intentado paliar la crisis pandémica aplicando medidas excepcionales. Junto con ello, el origen y el contexto histórico del derecho de necesidad nos va a permitir reflexionar de manera amplia sobre las enseñanzas que podemos obtener tras la crisis del covid 19 en España y tras la aplicación del derecho de necesidad en Chile, Finlandia, Portugal y España.

Palabras clave: covid 19, derechos fundamentales, estados de necesidad, derecho de necesidad, derecho comparado, contexto histórico.

ABSTRACT

Covid 19 has meant that many countries have had to limit or suspend the fundamental rights and freedoms of their inhabitants. States of necessity have taken center stage during the pandemic, as a legal instrument capable of restricting such rights.

In this paper we will analyze the right of necessity from a comparative law perspective, analyzing the legal systems of countries that have tried to alleviate the pandemic crisis by applying exceptional measures. Together with this, the origin and historical context of the right of necessity will allow us to reflect on the lessons to be learned from the covid 19 crisis in Spain and from the application of the right of necessity in Chile, Finland, Portugal and Spain.

Key words: covid 19, fundamental rights, states of necessity, law of necessity, comparative law, historical context.

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

COVID: Coronavirus disease.

LODES: Ley Orgánica de los Estados de alarma, excepción y sitio.

TC: Tribunal Constitucional.

Índice

INTRODUCCIÓN	5
1. OBJETO DE ESTUDIO	5
2. MOTIVACIÓN	5
3. METODOLOGÍA.....	8
CAPÍTULO 1. ACERCAMIENTO HISTÓRICO A LOS ESTADOS DE NECESIDAD EN ESPAÑA.....	9
1. ORIGEN.....	9
1.1. Conceptos preliminares básicos	9
1.2. Origen francés del Derecho de necesidad.....	12
2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA EN ESPAÑA.....	13
3. PRECEDENTES DE APLICACIÓN DE LOS ESTADOS DE NECESIDAD EN ESPAÑA.....	19
CAPÍTULO 2. DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DERECHO COMPARADO.....	22
1. MODELOS DE ESTADOS DE NECESIDAD	22
2. BREVE ACERCAMIENTO A LAS MEDIDAS APLICADAS DURANTE LA CRISIS DEL COVID 19.....	23
3. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. REGÍMEN JURÍDICO DE DERECHO DE NECESIDAD DE ESPAÑA, CHILE, FINLANDIA Y PORTUGAL.....	30
3.1. Figuras de excepción	31
3.2. Normas que desarrollan el derecho de necesidad.....	36
3.3 Duración	37
3.4. Formalidad y competencia para su declaración	38
3.5. Autoridad competente durante la vigencia del estado de necesidad	43
3.6. Derechos que permite restringir o suspender	45
3.7. Protección constitucional y control.....	49
CONCLUSIÓN.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	54
1. LEGISLACIÓN.....	54
2. JURISPRUDENCIA.....	55
3. OBRAS DOCTRINALES	56
4. RECURSOS DE INTERNET	58

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio de este trabajo se centra en el análisis del Derecho de necesidad desde un contexto histórico y desde un contexto de Derecho comparado. Tras su realización se pretende dar lugar a la obtención de enseñanzas de la normativa aplicada en otros países (Derecho comparado) durante la crisis sanitaria del covid 19, en aras a mejorar la gestión de una crisis sanitaria en el futuro, dando lugar a una revisión de la regulación de los estados de necesidad en España.

Van a ser objeto de investigación el contexto histórico de los estados de necesidad en España y los regímenes jurídicos de derecho de necesidad en cuatro países distintos: España, Portugal, Chile y Finlandia. Estos cuatro países han aplicado, en aras de gestionar la crisis del covid 19, medidas de derecho de excepción, lo que es un punto de partida para analizar el régimen jurídico de cada uno de ellos.

2. MOTIVACIÓN

La crisis sanitaria, social y económica en la que la sociedad mundial se encuentra inmersa debido a la expansión del virus covid 19, ha provocado que los países hayan tenido que adoptar medidas drásticas y excepcionales para poder hacer frente a las consecuencias mortales del virus. Restricciones de derechos y libertades tales como confinamientos prolongados, toques de queda o restricciones de movilidad sin precedentes desde que en el año 1945 se pusiera fin a la II Guerra Mundial.

Ante esta situación, el motivo de la presente investigación radica en analizar el marco constitucional sobre el cual distintos países del mundo han adoptado medidas destinadas a paliar las consecuencias que el covid 19 está causando, comenzando con la declaración del estado de alarma en nuestro país el día 14 de marzo de 2020 (declarándose posteriormente de nuevo durante el último trimestre del año en dos ocasiones)¹, así como

¹ Se declara el estado de alarma en dos ocasiones durante el mes de octubre. El primero de ellos mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, y el segundo, mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. A partir de este último se van a declarar sucesivas prórrogas, la última de ellas de 6 meses, tal y como establece el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. El presente trabajo tratará, entre otros supuestos, la necesaria comparecencia del ejecutivo ante el Congreso de los Diputados durante la vigencia del estado de alarma, algo que no está regulado en la ley.

otros instrumentos utilizados en Portugal, Chile y Finlandia². La razón por la que van a ser analizados estos países es porque han aplicado normas de excepción durante el covid 19. De esta forma podremos obtener conclusiones acordes a las crisis sanitarias tras ver supuestos de hecho que han ocurrido en el último año. Otros países europeos como Francia o Alemania, a priori más relevantes, no han aplicado normas de derecho de excepción durante el covid 19 y por ello no van a ser analizados³.

Antes de comenzar nuestro análisis es preciso introducir el marco jurídico sobre el que se asienta el estado de alarma en el ordenamiento jurídico español.

El artículo 30. 4 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), establece que los deberes de los ciudadanos se podrán regular en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

El artículo 116 CE recoge los regímenes de excepción aplicables durante situaciones extraordinarias y graves. Dicho precepto establece que los estados de alarma, excepción y sitio serán regulados por una ley orgánica, la cual va a regular también las competencias y limitaciones correspondientes. Así mismo, el artículo 116.2 del mismo texto constitucional prescribe que el estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros: *"Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde (...) declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio"*⁴. De esta forma, el estado de alarma se declaró a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria, cumpliendo con lo establecido

² Se analizan estos países por haber aplicado normas de excepción durante el covid 19. Países como Alemania o Francia, a pesar de haber limitado derechos y libertades, han optado por aplicar leyes no excepcionales.

³ En Alemania, el Bundestag gestionó la crisis adoptando la Ley de Protección contra Infecciones. Esta ley recoge normas para la prevención de enfermedades contagiosas y para frenar el contagio entre la población. Permite declarar la cuarentena o prohibir ir a trabajar, entre otras medidas. Debido a las dudas sobre la posibilidad de restringir derechos a toda la población, la ley fue reformada el 27 de marzo 2020. En Francia, las primeras medidas se tomaron en base al régimen de policía especial sanitaria establecido por la ley núm. 2004-806 del 9 de agosto de 2004, revisado por la ley núm. 2007-294 del 5 de marzo de 2007 y recogido en los artículos L.3131-1 y siguientes del Código de Salud Pública. Estas medidas establecieron prohibición de reuniones o cierre de establecimientos, entre otras. Además, se elaboró la ley 2020-290 del 23 de marzo de 2020 de urgencia para hacer frente a la epidemia, destinada a paliar la crisis del covid 19 y futuras crisis de excepción. Se atribuyen al Gobierno mediante ley amplios poderes. Ver Crisis sanitaria COVID 19. Normativa alemana (BOE de 15 de abril de 2020); Crisis sanitaria COVID 19. Normativa francesa (BOE de 5 de abril de 2020).

⁴ Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. (BOE de 28 de noviembre de 1997).

en la Constitución. Posteriormente el gobierno con la autorización del Congreso de los Diputados va a aprobar y publicar los diferentes decretos que permiten su prórroga⁵.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LODES)⁶ va a desarrollar normativamente el artículo 116 CE, obedeciendo al rango necesario de Ley Orgánica en cuanto se trate de regular derechos fundamentales y libertades públicas, según el artículo 81.1 CE y lo dispuesto en el propio artículo 116 CE, ya citado. Pese a que el estado de alarma no supone a priori una modificación de los derechos y libertades de los individuos, la LODES en su artículo 11 establece que el decreto de declaración de estado de alarma puede acordar medidas que van desde limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados a impartir órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados, lo que se enfrenta ante los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la CE, tales como la libertad de circulación (artículo 19 CE), la libertad de información y expresión (artículo 20) o los derechos de reunión y asociación (artículos 21 y 22 CE), entre otros.

Por otro lado, el artículo 55 CE señala que bajo el estado de excepción o sitio podrán ser suspendidos *“los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2”*. Además, el constituyente establece que una Ley Orgánica puede determinar que los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas en caso de terrorismo o bandas armadas.

Hay que tener en cuenta que el artículo 4 LODES recoge que el Gobierno va a poder hacer uso del estado de alarma cuando se produzca alguna alteración grave de la normalidad, citando en el apartado b, las crisis sanitarias como es la actual.

⁵ 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 (BOE núm. 86 de 28 de marzo de 2020); 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 (BOE núm. 129 de 9 de mayo de 2020); 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 (BOE núm. 145 de 23 de mayo de 2020).

⁶ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE 5 de junio de 1981).

3. METODOLOGÍA

El presente trabajo va a analizar un contexto histórico del estado de necesidad en España para después incluir una investigación profunda sobre los estados de necesidad en nuestro país, así como en derecho comparado. Por último, se incluirá un apartado de conclusiones donde señalaremos lo más resaltable de la investigación y las correspondientes enseñanzas.

La investigación se va a llevar a cabo a través de fuentes tales como libros y artículos jurídicos sobre la materia, resoluciones judiciales extraídas de diversas bases de datos jurídicas y otras contribuciones relevantes, todo ello recogido en la bibliografía. Para el estudio histórico, nos centraremos en las Constituciones españolas anteriormente promulgadas, artículos de autores de referencia en la materia como Pedro Cruz Villalón y Francisco Fernández Segado y escritos de otros autores que también tratan la materia. Para el estudio de Derecho comparado, acudiremos a aquellos autores de referencia que han abordado la cuestión en diversos países, consultando el texto original o una traducción al inglés cuando sea preciso (no siendo necesaria la traducción de las normas chilenas) centrándonos en aquellos puntos de interés para nuestra investigación, sin perjuicio del estudio en profundidad que dichos autores proporcionan sobre cada una de sus jurisdicciones.

Iniciamos la investigación profundizando en el contexto histórico del estado de excepción (origen y evolución histórica en España) porque antes de analizar los estados de necesidad actuales, tanto en España como en Derecho comparado, y tratar de obtener enseñanzas para la actualidad y crisis futuras necesitamos conocer la evolución de estos a lo largo de la historia. El estudio del contexto histórico nos ayudará a comprender en que situaciones han sido aplicados los estados de necesidad, entendiendo así la existencia de esta institución excepcional.

El motivo por el que estudiamos el contexto histórico de dicha figura solo en nuestro país se justifica por dos aspectos. El primero de ellos es que hay que tener en cuenta las características propias de cada región del mundo y que, a pesar de que hoy vivimos en un mundo globalizado (entendido por su interdependencia entre los países)⁷ donde los

⁷ La Real Academia Española lo define en su cuarta acepción como el proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos. Se observa la clara interdependencia entre los países. Ver Real Academia Española.,

infortunios producidos en una punta del mundo afectan a la otra, a lo largo de la historia cada país o región mundial han vivido diferentes situaciones que han forjado su pasado y la manera de regular sus instituciones de emergencia o necesidad, sin afectar al resto de países por la escasa globalización que había en tiempos anteriores.

Por otro lado, nuestro objetivo final va a ser la búsqueda de enseñanzas para España, y por lo tanto sería imposible profundizar en el origen de los Estados de necesidad en derecho comparado sin perder el foco de nuestra investigación, para el cual las regulaciones actuales resultan más relevantes.

Así pues, encontramos una clara relación entre el primer capítulo y el segundo. El primero nos va a ayudar a comprender el origen y la evolución histórica de los Estados de necesidad en España, lo que nos da constancia de su importancia y su sentido en el presente y en el pasado. El segundo analiza el derecho de necesidad hoy en día (su naturaleza jurídica, su ámbito de aplicación, características...) tanto en España como en Derecho comparado y así poder obtener conclusiones sobre aquellas medidas que sea oportuno implementar en nuestro ordenamiento jurídico para una mejor gestión de emergencias excepcionales futuras.

CAPÍTULO 1. ACERCAMIENTO HISTÓRICO A LOS ESTADOS DE NECESIDAD EN ESPAÑA.

1. ORIGEN

1.1. Conceptos preliminares básicos

El artículo primero de la CE establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. A su vez, el artículo 116.5 CE señala que el funcionamiento de las Cámaras, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de los estados de necesidad, lo que nos muestra el intento de los constituyentes de 1978 por asegurar una cierta estabilidad en el Estado y en la sociedad a pesar de regir el derecho de excepción.

En palabras de Johann Caspar Bluntschli, *“El Estado es una persona moral tan elevada que la necesidad de su conservación, primer deber de gobierno, puede autorizar una*

Diccionario de la lengua española, 23ª ed.; [versión 23.4 en línea] (disponible en <https://dle.rae.es/globalizaci%C3%B3n?m=form>; última consulta el 29/03/2021).

violación real del derecho individual y del orden establecido”⁸. Pero esta misma necesidad de conservación no puede adoptar cualquier forma, sino que ha sido restringida por el propio ordenamiento constitucional.

El concepto de Estado de Derecho va a tener una importancia relevante porque nos permite analizar las situaciones por las que se originan los estados de necesidad. Dos de los principios del Estado de Derecho son el imperio de la ley y las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. Así pues, el Estado de Derecho no es solo un concepto jurídico y de interés únicamente para aquellos que se dedican a la materia, sino que, tal y como señala Eduardo Mora Medina “*se trata de un término que irradia la cotidianidad de cualquier sociedad en la que se encuentre vigente*”⁹.

El problema se suscita cuando, ante una situación de emergencia el Gobierno de una nación toman decisiones que violan las libertades y derechos que se presuponen a un Estado que se define como un Estado de Derecho. Ahora bien, numerosas son las normas constitucionales y legales que tratan de preservar la responsabilidad y las competencias de los poderes públicos y la administración bajo un estado de necesidad, tales como el artículo 106 CE, 116.6 CE, 121 CE y 1.4 y 3 de la Ley Orgánica del Estado de alarma, Excepción y Sitio. Como señala Manuel Aragón, el Estado de Derecho va a necesitar juristas que lo defiendan, debido a que son ellos los únicos que pueden mantenerlo¹⁰.

El principal experto en materia constitucional de excepción, Cruz Villalón, señala que, al igual que están reguladas las relaciones de normalidad, debemos encontrar instrumentos jurídicos que regulen las situaciones de excepcionalidad¹¹. Aquí encontramos la estrecha relación existente entre los artículos 30.4 y 116 de la Constitución, ya que el artículo 30.4 contempla la posibilidad de regular mediante ley los deberes de los ciudadanos durante situaciones de riesgo, catástrofe y calamidad pública y el artículo 116 regula que medidas se pueden adoptar durante estas situaciones. Del mismo modo, el artículo 55 CE señala que derechos podrán ser suspendidos durante el estado de excepción o de sitio.

El mismo autor reincide en torno al Estado de Derecho. Defiende que los estados de necesidad no anulan el Estado de Derecho, sino que se trata de modificaciones puntuales

⁸ Blas Guerrero, A., *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*, UNED, Madrid, 2010.

⁹ Bingham, T., *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2018, pág. 16.

¹⁰ Aragón, M., “Estado de Derecho y Democracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pág. 360.

¹¹ Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984, pág. 21.

en las que el derecho de necesidad queda sometido a los controles y garantías constitucionales que se atribuyen a un estado de derecho¹².

Con todo, Cruz Villalón destaca que el derecho de necesidad va a venir a cubrir un vacío existente en el Estado de Derecho, ya que, mediante el derecho de necesidad, *“el imperio de la ley se extenderá a las situaciones de emergencia para la seguridad del Estado”*¹³.

De este modo, y desde la perspectiva constituyente de preservar el Estado de Derecho, afirmamos que el origen de los estados de necesidad se encuentra, en primer lugar, en la situación de emergencia, entendida por la Real Academia Española como *“la situación de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que requiere la intervención coordinada de los poderes públicos y de los ciudadanos para la protección y socorro de personas y bienes”*. De la misma manera, el artículo 1.1 LODES señala que *“procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”*.

En segundo lugar, la alteración del orden público motivaría sin duda alguna el derecho de excepción (artículo 13.1 LODES). No vamos a entrar a analizar en profundidad qué es el orden público, pero si podemos establecer sus bases, señalando tal y como lo hace François Godicheau¹⁴, que el uso del término orden público como tal proviene de la monarquía francesa durante el siglo XVIII. El tratado de Delamare sirve de inspiración, entre otros textos, a la Real Cédula de creación de los alcaldes de barrio de Madrid de 1768, en la cual se hace referencia al orden público en relación a la pública tranquilidad y buen orden de los habitantes¹⁵. Por el contrario, otros autores como Cruz Villalón destacan que el concepto orden público surge a raíz de la Revolución Francesa¹⁶.

¹²Cruz Villalón, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1-2, 1981, pág. 93.

¹³ Fernández Segado, F., “La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón, El estado de sitio y la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pág. 229.

¹⁴ Godicheau, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, núm. 2, 2013, pág. 107.

¹⁵ “Novísima Recopilación, Libro III, Tít. XXI, Ley X, art. XXIV” (disponible en <http://fama2.us.es/fde//ocr/2006/novisimaRecopilacionT2.pdf>; última consulta el 5/3/2021).

¹⁶ Cruz Villalón, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 23.

1.2. Origen francés del Derecho de necesidad

Una vez hemos tratado los conceptos de Estado de Derecho, emergencia y orden público, nos adentramos aún más en el contexto histórico de los estados de necesidad.

Desde los inicios del constitucionalismo, ha sido necesario regular aquellas situaciones de emergencia que se pudieran plantear, otorgando el poder necesario para limitar y suspender parte de los derechos y libertades de los ciudadanos. A pesar de que el primer texto constitucional español data de 1812 (constitución conocida como “la Pepa”), debemos remontarnos al Antiguo Régimen y al territorio galo para entender el origen del Derecho de necesidad en España.

El régimen político propio del Antiguo Régimen era la monarquía absoluta, y por lo tanto, el poder total lo ostentaba el monarca. Una vez se va diluyendo este régimen absolutista va a tener lugar lo que Fernández Segado cita como la constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado¹⁷.

Se aprecia entonces que, aquellas medidas que el monarca absoluto instauraba para solucionar los conflictos y motines de la época, se traducen a posteriori en el derecho de excepción que hoy conocemos. Sin embargo, no podemos comparar ambos instrumentos, ya que el derecho de necesidad forma parte del imperio de la ley mientras que, en el Antiguo Régimen, el monarca decidía arbitrariamente. Dicha arbitrariedad represiva que el poder real establecía frente a las alteraciones del orden público se va a ver reemplazada por una represión dentro de la legalidad, lo que implicaba que los castigos provenientes de alterar la seguridad pública iban a estar tipificados en la ley.

En torno a la represión, Francisco Fernández Segado nos señala que el orden público al que el derecho de excepción se refiere, difiere del orden público del Antiguo Régimen¹⁸. El orden público de la época constitucional se basa en un orden represivo y no preventivo, con el mero objetivo de recobrar la paz a través de la represión (sin dejar de lado el principio de proporcionalidad), mientras que el orden público del Antiguo Régimen, quebrantado en numerosas ocasiones, se posicionaba más en una función preventiva, con la esperanza de no ser sacudido por una revuelta social.

¹⁷ “La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón. El estado de sitio y la Constitución”, cit., pág. 229.

¹⁸ “La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón. El estado de sitio y la Constitución”, cit., pág. 232.

La Constitución francesa de 1791 va a reflejar en su Título I (Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución) la garantía de los derechos que en el texto constitucional se recogen, tales como el derecho a ser admitido en un puesto de trabajo sin tener en cuenta nada más que sus virtudes y talentos, el derecho a ser penado de la misma manera, independientemente de la persona, la libertad personal, la libertad de imprenta o la libertad de reunión. Se destaca este reconocimiento de derechos y libertades durante la Revolución Francesa porque, previo a la regularización del Derecho de excepción, se deben establecer las garantías constitucionales en torno a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, ya que, aún durante la vigencia de un estado de necesidad, el Estado de Derecho debe velar por las garantías constitucionales.

Por último, tras la soberanía absoluta del monarca del Antiguo Régimen, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 va a fijar la soberanía en relación con el orden público en torno a una fuerza pública dependiente del Estado, lo que más tarde se observará en la regulación del derecho de excepción español¹⁹.

Después de analizar la importancia del Antiguo Régimen, la Revolución francesa y su influencia futura en el derecho de excepción español, nos centramos en los inicios del constitucionalismo español y su relación con los estados de necesidad.

2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA EN ESPAÑA

A pesar de que situamos el primer texto constitucional español en 1812, el Estatuto de Bayona firmado en 1808 es para un sector de la doctrina la primera obra constitucional²⁰. Se trata de una Carta Otorgada en la que Napoleón quiso reflejar un régimen autoritario y a su vez un reconocimiento de libertades²¹. El artículo 38 de dicho texto (*“En caso de sublevación a mano armada, o de inquietudes que amenacen la seguridad del Estado (...) podrá suspender el imperio de la Constitución...”*) va a abordar el asunto de la suspensión de garantías constitucionales en caso de amenaza para la seguridad del Estado, incluyendo así una referencia a las situaciones de amenaza y a la posible intervención del Estado.

Ya en la Constitución de Cádiz de 1812, el artículo 308 establece que *“si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese la suspensión de alguna*

¹⁹ Asamblea Nacional. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789.

²⁰ Fernández Sarasola, R, “La primera constitución española”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 26, 2006, pág. 90.

²¹ “La primera constitución española”, cit., pág. 90.

de las formalidades (...) para el arresto de delincuentes, podrán las cortes decretarla...". Se observa en este caso que el texto constitucional ofrece la posibilidad a las Cortes de suspender ciertas garantías en relación a las detenciones. Ramón Salas se opone a esta suspensión, señalando que si existen leyes que recojan todos los casos posibles, *"no puede haber circunstancias en que convenga suspender las garantías de la libertad individual"*.²² Tanto el Estatuto de Bayona como la Constitución de Cádiz establecen la posibilidad de suspensión de garantías, lo que entendemos se trata de un instrumento jurídico para la posible defensa del Estado en situaciones excepcionales.

En el período de vigencia de la Constitución de 1812, y antes de promulgarse el texto de 1837, destacamos la ley de 17 de abril de 1821, la cual pretendía castigar *"delitos contra la Constitución, seguridad interior o exterior del Estado, o contra la sagrada e inviolable persona del Rey constitucional"*.²³ Se recogen delitos que podríamos calificar como alteraciones del orden público, y son precisamente las competencias que otorga dicha ley a la jurisdicción castrense para conocer sobre dichos delitos contra el orden público las que justificarían que se pueda hablar de esta como la primera ley de Orden público. No es lo mismo una ley de orden público que una norma que forme parte del Derecho de necesidad ya que el orden público conlleva un estado de legalidad normal mientras que el Derecho de necesidad trata situaciones excepcionales.

La misma línea regulatoria en cuanto a las garantías frente a las detenciones se estipula en el artículo 7 y 8 de la Constitución de 1837, los cuales establecen que *"no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, si no en los casos que las leyes prescriban"*, y *"si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley"*. En este caso el constituyente otorga mayores poderes al rey que en 1812, el cual tiene la potestad para garantizar el orden público y la seguridad exterior del Estado²⁴.

²² Salas, R., *Lecciones de Derecho público constitucional, tomo II*, Madrid, 1821, pág. 217.

²³ Fernández Segado, F., "Las disposiciones de excepción en la década moderada", *Revista de estudios políticos*, núm. 205, 1976, pág. 92.

²⁴ Bilbao Ubillos, J. y Cano Flores, E., "Historia del Constitucionalismo Español", *Junta de Castilla y León. Materiales formativos para profesores*. (Disponible en <https://www.educa.jcyl.es/profesorado/es/constitucion.ficheros/1248053-H%20del%20constitucionalismo%20espa%C3%B1ol.pdf>; última consulta el 4/4/2021).

Tal y como señala el autor Fernando Mellado en torno a los preceptos citados de la Constitución de 1837, *“el tener que hacerse la suspensión por medio de una ley constituye una verdadera dificultad, porque puede suceder que la alteración del orden público se produzca en momentos en que las Cortes no se hallen reunidas, y aunque fueran convocadas de inmediato a este objeto, siempre se perdería un tiempo que pudiera ser de gran importancia para el restablecimiento del orden”*²⁵. En contraposición esto supone una garantía frente a la libertad del poder ejecutivo para tomar medidas suspensivas de garantías a su antojo, siendo el poder legislativo el capacitado para ello.

El Catedrático Francisco Fernández Segado, señala que recurrir asiduamente a la suspensión de garantías como medida de control excepcional no tiene sentido ya que, *“denota una clara insuficiencia del texto constitucional en vigor para regir pacíficamente la vida ciudadana, sin necesidad de tener que recurrir a medidas de excepción, que deben constituir siempre la instancia última”*²⁶.

Más tarde, en 1845 y con el general Narváez al frente, se elabora un nuevo texto constitucional que va a replicar los artículos 7 y 8 de la anterior constitución. Estos preceptos constitucionales establecen situaciones de excepcionalidad, ya que en situación normal se trataba de imponer a través del texto constitucional un estado garantista en el cual no se cometieran abusos frente a los arrestados, tal y como se cometían en épocas anteriores²⁷.

El general Narváez llega al poder tras un golpe de Estado, y en una época convulsa, debido a que dos años atrás un grupo de generales moderados había conseguido derrotar al Regente Espartero. Joaquín María López, Salustiano Olózaga y Luis González Bravo van a gobernar durante 1843 y 1844, antes de que en mayo de 1844 Narváez logre hacerse cargo del Ejecutivo. En febrero de 1844 se van a suceder diferentes motines progresistas a lo largo de la costa este de España y el ambiente estaba caldeado. Es en ese mismo momento, cuando varios de los territorios en conflicto se declaraban en estado de excepción a través de la anteriormente citada ley de 17 de abril de 1821²⁸.

²⁵ Mellado, F., *Tratado Elemental de Derecho político*, Madrid, 1891, pág. 449.

²⁶ “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, cit., pág. 97.

²⁷ Alzaga Villaamil, O., “La justicia en la constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pág. 250.

²⁸ “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, cit., pág. 87.

Contextualizamos el momento para dar a entender la conflictividad del momento y la necesidad de poder disponer de instrumentos jurídicos de excepción.

Durante su gobierno, el general Narváez promovió la elaboración de la Ley de poderes extraordinarios. En su artículo primero el mismo proyecto de ley recogía que se “*autorizaba al Gobierno para que, si las circunstancias lo exigieren, pueda adoptar las disposiciones que estime conducentes para la conservación de la tranquilidad y del orden público, declarándose para dicho caso en suspenso las garantías individuales que concede el artículo 7º de la Constitución de 1845, con arreglo al artículo 8º*”²⁹. Además, el artículo segundo de la norma legal establecía la duración de la autorización, incluyendo una referencia al control de las Cortes hacia el Gobierno.

El texto legislativo va a ser sancionado por la Reina el 15 de marzo de 1848, tras un largo debate en las Cortes con relación a la amenaza que suponía la revuelta francesa frente a la Monarquía de Orleans, y la necesidad de establecer una norma contundente para promover la estabilidad de España. Además, el diputado Cortina se va a mostrar contrario a la redacción de la ley, ya que reivindica su opinión contraria a otorgar al gobierno la capacidad para imponer medidas excepcionales cuando no sean estrictamente oportunas.

Juan Bravo Murillo llega al gobierno en 1851, con ímpetu de renovar la Constitución y de elaborar una ley sobre seguridad de las personas. Ambos proyectos son rechazados por las Cortes, pero son interesantes de cara a nuestro análisis histórico ya que Bravo Murillo trató de otorgar competencias legislativas al ejecutivo, en aras de tomar decisiones excepcionales en momentos de urgencia, y a su vez incluyó en el proyecto de ley sobre seguridad de las personas un precepto que posibilitaba al Gobierno suspender dicha ley para conservar el orden y la seguridad pública³⁰.

Los años siguientes, durante los gobiernos de Federico Roncali y Luis José Sartorius, los preceptos de excepción van a ser aplicados en cuantiosas ocasiones, tal y como recoge Fernández Segado³¹.

Observamos que, durante la década de 1840 y hasta la constitucionalización de los estados de excepción, se van a suceder diferentes acontecimientos en torno a los Estados de

²⁹ “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, cit., pág. 94.

³⁰ Los proyectos legislativos se recogen en Sainz de Varanda, R., *Colección de leyes Fundamentales*, Acribia, Zaragoza, 1957, pág. 205.

³¹ Trataremos estos acontecimientos en el apartado de precedentes.

Necesidad y el carácter oportuno de su regulación. A partir de la segunda mitad del siglo XIX y hasta la actual CE de 1978 se vienen regulando los Estados de Necesidad.

Cruz Villalón proclama que la verdadera constitucionalización y posterior legalización de la legislación excepcional en España se encuentra en los años 1869 y 1870³². A pesar de ello, ya en 1867 se promulga la primera Ley de Orden Público en España, con el objetivo de regular los supuestos de suspensión de garantías constitucionales.

Retomamos la opinión de Cruz Villalón en torno a la Constitución de 1869. El artículo 31 de dicho texto regula las garantías susceptibles de suspensión con ocasión de circunstancias extraordinarias que alteren la seguridad del Estado. El precepto constitucional amplía (respecto a textos constitucionales anteriores) los derechos susceptibles de ser suspendidos, entre los que se incluyen las garantías frente a detenciones, inviolabilidad de domicilio, libertad de residencia, y libertades de expresión, reunión y asociación. Este punto es relevante ya que nuestro constitucionalismo histórico, con excepción de los constituyentes de 1978, ha permitido las leyes de suspensión de garantías en aplicación directa de la norma constitucional, tal y como han señalado Fernández Segado y Cruz Villalón³³.

Del mismo modo, y con objeto de aplicación durante la suspensión de garantías, se dicta la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, la cual distingue entre el estado de prevención y alarma, y el estado de guerra. Esta ley no varió apreciablemente su contenido frente a la promulgada en 1867.

Ya en el régimen de la Restauración y con Cánovas del Castillo como inspirador, se va a promulgar la Constitución de 1876, de carácter moderado. El artículo 17 va a regular el derecho de excepción. El precepto establece que *“las garantías expresadas (...), no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias”*. A pesar de la importancia del carácter temporal de las medidas, lo verdaderamente destacable es que en este caso no va a hacer mención a ley de orden público alguna, lo que en opinión de Cruz Villalón, se trata de *“un aspecto del degradado parlamentarismo de nuestra Restauración y la consecuencia necesaria de un régimen*

³² *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., pág. 23.

³³ Cruz Villalón, P., “El nuevo derecho de excepción: (ley orgánica 4-1981, de 1 de junio)”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 2, 1981.

político que se ha acostumbrado para sobrevivir, al recurso regular a los estados de excepción”³⁴.

Tras la Restauración borbónica, llega la Segunda República y con ello un cambio en la legislación del derecho de necesidad. El artículo 42 de la Constitución de 1931 junto con la Ley de Orden Público de 1933 establecen el estado de prevención civil y el estado de alarma civil, los cuales se diferencian por que el primero de ellos no supone la suspensión de garantías, lo que si preceptúa el segundo. Además, contempla el estado de guerra como estado de excepción bajo los mandos del cuerpo militar.

A lo largo del régimen dictatorial dirigido por el General Franco se va a promulgar la Ley de Orden Público de 1959, que va a distinguir entre el estado de excepción y el estado de guerra. Es curioso cuanto menos que durante una dictadura se llegue a hablar de estado de excepción, dado que el propio régimen entraña de por sí una situación de excepcionalidad. Esto puede apreciarse en la innecesaria diligencia para regular dichos estados de excepción durante 30 años, ya que como es conocido, la dictadura franquista comenzó en el año 1939, tras ganar la Guerra Civil Española y no es hasta 1959 cuando se promulga dicha ley. Esta ley va a quedar derogada por la disposición derogatoria de la Constitución de 1978.

La Constitución española recoge los Estados de Necesidad en el artículo 116. Éste enumera los supuestos de excepción y además remite a una ley orgánica su regulación, en cumplimiento del artículo 81.1 de la CE³⁵. Esto supone, en palabras de Cruz Villalón, que el derecho constitucional de excepción quedaba sin posibilidad de aplicación inmediata, estableciendo un sistema de doble reserva de ley³⁶.

La LODES se va a encargar a lo largo de su contenido de regular el derecho de excepción. Por último, establece que la declaración de cualquiera de los estados de emergencia no dará lugar a la modificación del principio de responsabilidad del Gobierno.

³⁴ *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., pág. 25.

³⁵ Debido a la exigencia de este rango para las leyes que regulen derechos fundamentales y libertades públicas.

³⁶ “El nuevo derecho de excepción”, cit., pág. 103.

3. PRECEDENTES DE APLICACIÓN DE LOS ESTADOS DE NECESIDAD EN ESPAÑA

Durante la crisis del covid 19 ha cobrado vital relevancia el Derecho de Necesidad en nuestro país, por haberse tratado de una situación excepcional debido al grave riesgo para la población por la facilidad con la que el virus se ha expandido. No obstante, no ha sido la primera vez en la historia que ha sido necesario hacer frente a una situación de emergencia.

Ya en el año 1844, y bajo las revueltas que los progresistas acometieron en la costa este de España, el General Narváez declaró el estado excepcional en muchas localidades de la zona, mediante la ley de 17 de abril de 1821³⁷. En 1848 fue aplicada por primera vez la Ley de Poderes Extraordinarios, mediante el Real Decreto de 26 de marzo de 1848 y en la misma fecha, se declaraba el estado de sitio en Madrid³⁸. Años más tarde, el 20 de febrero de 1854, se declaraba el estado excepcional en Zaragoza³⁹. Todo ello coincide con la convulsa época del general Narváez y de Bravo Murillo.

Durante la primera mitad del siglo XX se vivieron en España situaciones de excepcionalidad en las que se tomó provecho de los instrumentos jurídicos previstos, como en la “Revolución de Octubre” de 1934⁴⁰ o la declaración del estado de guerra en 1936⁴¹. En la primera, tuvo lugar un posicionamiento radical de los actores políticos, Calvo Sotelo fundó el Bloque Nacional como alternativa a la República mientras que los partidos de izquierda formaron el Frente Popular, antecedente de la Guerra Civil española⁴². Por la declaración del estado de guerra de 1936 quedaron sometidos bajo la jurisdicción de Guerra los delitos de rebelión, atentados, contra las personas o delitos de imprenta, la incautación de vehículos, o la prohibición de funcionamiento de radio⁴³.

³⁷ “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, cit., pág. 86.

³⁸ “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, cit., pág. 86.

³⁹ Gaceta de Madrid (BOE 23 de febrero de 1854).

⁴⁰ Gaceta de Madrid (BOE 7 de octubre de 1934).

⁴¹ Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España (BOE 30 de julio de 1936).

⁴² Calzado, F., “Describe las causas, desarrollo y consecuencias de la revolución de octubre”, *Materiales para el estudio de geografía e historia*, (disponible en <https://geografiaehistoria.org/hesp-estandares/bloque10/1007-121-describe-las-causas-desarrollo-y-consecuencias-de-la-revolucion>; última consulta el 4/4/2021).

⁴³ Bando de 28 de julio de 1936, núm. 3 (BOE 30 de julio de 1936).

No menos importante fueron las ocasiones durante la dictadura franquista que fue declarado el estado de excepción, tales como el 4 de mayo de 1962⁴⁴ o el 24 de enero de 1969⁴⁵, entre otros, motivados por la paralización del trabajo en zonas mineras para salvaguardar el interés general y por acciones minoritarias perturbadoras de la paz en España, respectivamente.

Tras la primera mitad del siglo XX, y hasta el final de la dictadura en España, se vivió en España una etapa de la historia nacional y mundial muy convulsa, atravesando dos guerras mundiales, una guerra civil y tres cambios de régimen político, pasando de la Monarquía a la República, para más tarde establecerse una dictadura. Es por ello por lo que no es de extrañar la necesaria figura del Derecho de excepción durante el siglo XX. Tras esta época, y ya bajo un régimen democrático, España comenzará una etapa de constante auge social y económico⁴⁶.

No será hasta el año 2010 donde se aplique por primera vez el estado de alarma, tal y como lo conocemos actualmente en España, durante la llamada “crisis de los controladores aéreos”, a través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

A propósito de este primer precedente democrático, este no ha estado exento de polémica.

Contextualizando los antecedentes de hecho, el conflicto se desencadenó por el abandono por parte de los controladores aéreos de sus obligaciones, lo que provocó el cierre del espacio aéreo nacional y la posterior declaración del estado de alarma junto a su publicación en el Boletín Oficial del Estado⁴⁷. Tal y como se puede leer en el Real Decreto citado supra, “*todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública*”.

La justificación que ampara la declaración del estado de alarma se encuentra en la LODES, que establece en su artículo cuarto apartado c) que “*el gobierno (...) podrá declarar el estado de alarma cuando se produzca la paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad (...)*”. Su objeto era recuperar la normalidad en la prestación del servicio público y restablecer los derechos fundamentales quebrantados de

⁴⁴ Decreto-ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales (BOE 5 de mayo de 1962).

⁴⁵ Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional (BOE 25 de julio 1936).

⁴⁶ A pesar de las acciones de la banda terrorista ETA, las cuales suponían un grave peligro para la sociedad.

⁴⁷ Motivados por las diferencias surgidas entre AENA y los controladores en la negociación del segundo convenio colectivo del sector. Concretamente surgieron problemas por el cómputo de horas laborales.

los ciudadanos⁴⁸. Esto supuso la militarización del control aéreo (reflejado en el artículo 3 del Real Decreto 1673/2010) que conllevaba la sumisión de los controladores a las órdenes del jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire. Al estar sometidos a las leyes penales y disciplinarias militares, aquellos controladores que no acudieran al trabajo bajo dicho estado de alarma estaban cometiendo un delito de desobediencia sancionado con pena de cárcel, de acuerdo con el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Mediante el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, se prorrogó el estado de alarma, tal y como contempla el artículo 6 LODES, atendiendo a la autorización expresa del Congreso de los Diputados.

En el capítulo dos del presente trabajo analizaremos la controversia en torno a la prórroga del estado de alarma, teniendo en cuenta que el artículo 1.2 de la ya mencionada LODES preceptúa que *“las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias”*, lo que se podría poner en duda en la gestión de la crisis del covid 19.

Ahora bien, la verdadera polémica se presentó ante la desestimación por parte del Tribunal Constitucional del recurso de amparo presentado por los controladores aéreos en virtud del artículo 42 de la Ley Orgánica del TC, con objeto de la impugnación⁴⁹ del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados para autorizar la prórroga del estado de alarma⁵⁰.

El Tribunal Constitucional estimó que el acto del Pleno del Congreso por el cual se autoriza la prórroga tiene valor de ley y por lo tanto no se encuadra dentro de los actos recogidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica del TC, rechazando así el recurso de amparo. Ahora bien, los fundamentos jurídicos del Auto 7/2012⁵¹ señalan que el acto por

⁴⁸ En concreto, se menoscabó el derecho fundamental de los ciudadanos a la libre circulación del artículo 19 de la CE debido a la paralización del servicio de transporte aéreo.

⁴⁹ La justificación de impugnar el acuerdo del Pleno por la vía de recurso de amparo descansa en que los controladores entienden que el acto del Pleno con objeto de la prórroga no tiene valor de ley, y a su vez, dicho acto está violando derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo tales como la libertad de expresión, la tutela judicial efectiva, la libertad sindical y el derecho de huelga, el derecho de asociación y el derecho de petición, todos ellos recogidos en la sección primera del capítulo segundo de la CE.

⁵⁰ Pleno del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

⁵¹ Auto 7/2012, de 13 de enero, (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

el que se prorroga el estado de alarma, aunque no esté revestido de forma de ley, repercute en “*el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las provistas de rango de ley*”, y que por ello se considera un acto con valor de ley.

Además, el Tribunal Supremo, al entender que no entraba dentro de su jurisdicción, también declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido por la Unión Sindical de Controladores Aéreos contra el Real Decreto 1673/2010 (por el que se declara el estado de alarma)⁵².

CAPÍTULO 2. DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DERECHO COMPARADO.

1. MODELOS DE ESTADOS DE NECESIDAD

Como primera aproximación vamos a analizar los diferentes modelos de estados de necesidad que podemos encontrar. En primer lugar, encontramos un primer modelo constitucional que no contempla el derecho de necesidad. Este modelo engloba textos constitucionales como la Constitución de Bélgica de 1831 y 1994 y la Constitución de Luxemburgo, las cuales establecen la prohibición expresa de suspender cualquier norma constitucional. Del mismo modo, la Constitución italiana de 1947 tampoco hace alusión al derecho de excepción como tal, a pesar de que entre sus preceptos constitucionales se hace referencia al estado de guerra, el cual otorga al Ejecutivo los poderes necesarios para actuar en aras de recobrar la normalidad. Cruz Villalón describe este modelo señalando que el riesgo que emana de no prever un derecho de excepción para nuestro ordenamiento jurídico es mucho menor que el riesgo de posibilitar la suspensión de los preceptos constitucionales, como garantía constitucional⁵³.

Este modelo en ocasiones puede quedar desamparado, teniendo en cuenta que las situaciones de crisis ocurren en todo el mundo. Es por ello por lo que los ordenamientos, en torno a este modelo, contemplan la cláusula de exoneración parlamentaria, por la cual

⁵² Carece de jurisdicción por que el acto provenía del Gobierno, no como órgano administrativo sino como órgano constitucional del Estado, y por lo tanto, se puede ver en Auto 553/2010, del Tribunal Supremo de 10 de febrero, fundamento jurídico cuarto: *"La conclusión final tiene que ser, pues, que esa decisión asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA "*.

⁵³ Cruz Villalón, P., *Los estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 28.

los poderes públicos quedarán exonerados de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa tras aplicar las medidas necesarias para afrontar la situación excepcional⁵⁴.

En segundo lugar, contemplamos un modelo conocido como dictadura constitucional⁵⁵. Su nombre se debe a que el gobierno va a poder tomar todas las medidas necesarias con el objetivo de enfrentar el conflicto excepcional. Este caso se da en Venezuela.

Por último, y en línea con el ordenamiento jurídico español, el modelo más común es el texto constitucional que contempla el derecho de excepción, el cual establece una serie de situaciones generales para justificar su aplicación y una remisión a la ley para desarrollar el propio derecho de necesidad⁵⁶. Esto ocurre en Portugal o España. Nos referimos a situaciones generales tales como epidemias, alteraciones de orden público, etc.

2. BREVE ACERCAMIENTO A LAS MEDIDAS APLICADAS DURANTE LA CRISIS DEL COVID 19

Antes de analizar el régimen jurídico del derecho de necesidad en España, Chile, Finlandia y Portugal, es interesante reflejar los estados de necesidad desde una aplicación práctica y actual. La razón por la que hemos elegido estos países para su análisis se debe a que son los que han aplicado el derecho de necesidad durante la pandemia. La crisis del covid 19⁵⁷ ha provocado que el derecho de excepción sea aplicado por algunos ordenamientos a lo largo del mundo, pero nos centraremos en estos cuatro.

En primer lugar, el Ejecutivo acudió a la aplicación del derecho de excepción. En concreto, desde que comenzó la pandemia en nuestro país ha sido declarado el estado de alarma en numerosas ocasiones, a través de reales decretos ya citados a lo largo del presente trabajo. El estado de alarma permite restringir los derechos y libertades de los ciudadanos, pero en ningún caso suspenderlos. Esto supone un claro interés por preservar

⁵⁴ Las *indemnity bills* inglesas seguían este modelo hasta la segunda mitad del siglo XIX. Esto se puede ver en: Aba Catoira, A., “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pág. 319.

⁵⁵ “El estado de alarma en España”, cit., pág. 320.

⁵⁶ “El estado de alarma en España”, cit., pág. 320.

⁵⁷ Según la Organización Mundial de la Salud, el covid 19 es una enfermedad causada por el coronavirus denominado SARS-CoV-2. El primer caso data del 31 de diciembre de 2019, y fue declarado como pandemia el 11 de marzo de 2021. Ver en Organización Mundial de la Salud, “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID 19)”, (disponible en <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>; última consulta 04/04/2021).

el Estado de Derecho. Sin embargo, son varios los derechos y las libertades que se han visto afectados, poniendo en jaque los preceptos de la Constitución y del derecho de excepción. El Abogado del Estado Guillermo Enríquez Malavé transmitió que las limitaciones a la libertad de circulación “*constituyen una suspensión absoluta de la libertad de circulación, nunca permitida en el estado de alarma*”⁵⁸.

El debate sobre la idoneidad de la declaración del estado de alarma existe y será el Tribunal Constitucional el que debe determinar si el Ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones, ha sobrepasado los límites y tuvo que declarar el estado de excepción, entendiendo entonces que se han llevado a cabo suspensiones de derechos y libertades fundamentales y no limitaciones, como así lo entiende el Gobierno al no haber declarado otro instrumento de excepción más que el estado de alarma⁵⁹.

Retomando las medidas, mediante los diferentes reales decretos ya citados, el Gobierno declaró el estado de alarma concretando las medidas restrictivas de derechos y libertades, limitando así la circulación de personas y vehículos, la asistencia presencial en el ámbito educativo y de formación, el desarrollo de la actividad comercial no esencial, la celebración de eventos culturales, limitaciones a la asistencia a lugares de culto, o la apertura al público de establecimientos de hostelería y restauración de manera presencial⁶⁰. Por otro lado, se suspendieron procesos y plazos judiciales. A su vez, el Gobierno aprobó reforzar el Sistema Nacional de Salud y permitió la práctica de requisas temporales de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias⁶¹. Estas medidas suponen la limitación inmediata a la libertad de circulación, religión y culto, empresa, el derecho de reunión, el derecho de manifestación y derecho a la propiedad privada. En otras palabras, la mayor limitación de derechos ha sido el confinamiento que la población española tuvo que aguantar durante tres meses, además de las limitaciones para acceder a otras comunidades autónomas dentro del territorio nacional y el “toque de queda” revestido de limitación a la libertad de circulación.

⁵⁸ Enríquez Malavé, G., “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma”, *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.

⁵⁹ Entre otros, se puede ver como el Tribunal Constitucional admitió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso. Se puede ver la incoación del recurso en: Recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020, de 17 de noviembre (BOE 26 de noviembre de 2020).

⁶⁰ Ver Real Decreto 463/2020, cit., artículos 7,9-11.

⁶¹ Ver Real Decreto 463/2020, cit., artículos 8,12.

En este sentido, y tras la última prórroga del estado de alarma (de la primera fase de la pandemia) declarada mediante el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio⁶², es preciso recalcar que el Gobierno se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, pudiendo aplicar normas pertenecientes a la legislación ordinaria, sin otorgar poderes excepcionales al Ejecutivo. Esto hubiera dado pie a un mayor control parlamentario, el cual ha sido relativo durante el estado de alarma, teniendo en cuenta que durante la última prórroga, de duración de seis meses, el Gobierno solo ha tenido que comparecer cada dos meses.

En cuanto al Tribunal Constitucional, este no funcionó regularmente durante el confinamiento. Este tribunal suspendió sus plazos procesales y se reunió dos veces desde el mes de marzo al mes de junio, ninguna de ellas de forma presencial. La primera de ellas para admitir recursos de inconstitucionalidad contra el decreto de prórroga del estado de alarma y la segunda de ellas para el Auto por el que se inadmitió el recurso de amparo planteado contra la prohibición de manifestarse en vehículos cerrados, todo ello recogido por Enrique Arnaldo Alcubilla⁶³.

En segundo lugar, Chile también hizo frente a la crisis del coronavirus mediante el derecho de excepción. El país chileno declaró el estado de catástrofe, decretado por el presidente de la República, imponiendo un toque de queda de diez de la noche a cinco de la madrugada, lo que se traduce en una limitación a la libertad de circulación de personas y vehículos. Según la Declaración Presidencial D.O. de 18/3/20⁶⁴, el toque de queda tiene como fundamento hacer cumplir las cuarentenas, proteger las fronteras, ordenar el acopio y reserva de alimentos, controlar la entrada y salida de bienes, e incluso limitar el derecho de propiedad.

Al igual que ocurre con el estado de alarma en España, el estado de catástrofe permite aplicar las medidas en diferentes zonas del país, tal y como dice José Antonio Ramírez Arrayás, *“la política sanitaria adoptó en un primer momento la tesis de focalizarse en determinadas áreas, incluso comunas o una porción de estas”*⁶⁵. Esta diferencia de

⁶² Real Decreto 555/2020, cit.

⁶³ Arnaldo Alcubilla, E., “España: Tres meses y una semana bajo el estado de alarma” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 291.

⁶⁴ Declaración Presidencial D.O., de 18 de marzo, de Estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile (Diario Oficial de la República de Chile 18 de marzo de 2020).

⁶⁵ Ramírez Arrayás, J., “Estados de excepción en Chile en tiempos de pandemia” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 99.

criterio en torno a las medidas se realiza, al igual que en nuestro país, teniendo en cuenta la incidencia del virus en la población del territorio en cuestión.

Tras una primera fase de medidas, el Ministro de Salud, autoridad competente durante esta crisis, fue cesado. Esto provocó una generalización de las medidas en todo el país. Además del toque de queda se impusieron restricciones al derecho de propiedad y a la libertad de actividad económica. Al igual que en España, los productos y servicios esenciales si que podían ser comercializados.

El país chileno optó por otorgar permisos temporales para adquirir dichos productos y servicios. Dichos permisos se pedían a través de internet, y se denominó Instructivo para Permisos de Desplazamiento⁶⁶.

Una vez la incidencia de contagios se vio reducida, las medidas tendieron a aplicarse de manera regional, aplicando restricciones en torno al aforo de los cines, restaurantes o teatros, con una capacidad del 25% del aforo total, con un máximo de 10 personas en eventos deportivos cerrados o con la realización de cirugías no críticas de manera electiva. El toque de queda ha continuado en todo el país.

En el primer trimestre de 2021 se ha aprobado el “Plan Paso a Paso”, mediante el cual se ha pretendido diferenciar en cinco fases según la situación de cada región, distinguiendo entre la fase de cuarentena, transición, preparación y apertura inicial⁶⁷. Desde la primera a la última, las medidas se van moderando según se avanza de fase, y así por ejemplo en la primera fase no se permiten reuniones de personas en residencias habituales mientras que en la última se podrán reunir hasta 30 personas en una residencia. Asimismo, en la fase de transición, preparación y apertura inicial se indica que toda la población podrá salir a la calle, pero no podrán acudir a lugares que se encuentren en cuarentena, mientras que la fase de cuarentena, no permite tal libertad de circulación.

El plan Paso a Paso recoge de manera concreta y con exactitud las medidas a aplicar durante las fases correspondientes. A su vez, al comenzar el mes de marzo de 2021, el

⁶⁶ Gobierno de Chile, “Instructivo para Permisos de Desplazamiento”, 2020 (disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/documentos/>; última consulta 11/04/2021).

⁶⁷ Gobierno de Chile, “Plan Paso a Paso”, 2021 (disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>; última consulta 11/04/2021).

Gobierno chileno incrementó las medidas, dando lugar al plan “Paso a Paso, nos cuidamos en marzo”⁶⁸, ante la espera de un repunte durante dicho mes.

El problema en Chile surge porque el derecho a la salud no es un derecho fundamental como tal y por lo tanto, no está garantizado por la Constitución y solo podrán los chilenos elegir si se quieren acoger a un sistema público o privado. En el caso de que se quieran tomar acciones contra el Gobierno por no atender al ejercicio de la atención médica, los pacientes deberán invocar el derecho a la vida y a la integridad física, lo que no provoca arbitrariedad e inseguridad jurídica. Además, la declaración del estado de catástrofe permite al Gobierno librarse del control previo de la denominada Contraloría General de la República, por lo que tampoco ha sido posible controlar el gasto realizado en torno a la crisis sanitaria, lo que provoca de nuevo irregularidades.

En cuanto al control constitucional, se dieron varios recursos de protección. Se trata de un amparo constitucional en determinados derechos interpuestos ante las Cortes de Apelaciones del país⁶⁹. La Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique desestimó uno de los recursos al estimar que en situaciones de emergencia estaba justificada la vulneración de derechos, lo que otorga cierta inseguridad jurídica⁷⁰.

En cuanto a Portugal, desde el mes de marzo de 2020 se han dado numerosas fases en torno a la gestión de la crisis sanitaria. En un primer momento se declaró en todo el país el estado de alerta, que tuvo vigencia hasta el 9 de abril de 2020⁷¹. A través de esta declaración se reforzaron los medios en torno a la salud pública, y se establecieron límites a los eventos multitudinarios al aire libre y limitaciones de aforo en restauración y hostelería. Además, las regiones autónomas de Azores y Madeira decretaron también el estado de alerta en el mismo instante⁷².

Del mismo modo, y durante la vigencia del estado de alerta, el presidente, bajo la situación de calamidad pública, declaró el estado de emergencia, con autorización previa

⁶⁸Gobierno de Chile, “Plan Paso a Paso, nos cuidamos en marzo”, (disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso#planMarzo/>; última consulta 11/04/2021).

⁶⁹ Ramírez Arrayás, J., “Estados de excepción en Chile en tiempos de pandemia” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 101.

⁷⁰ Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique n°. 228-2020, de 12 de octubre.

⁷¹ Despacho n° 3298-B/2020, de 13 de marzo.

⁷² D’Oliveira Martins, M. y D’Oliveira Martins, A., “Los derechos fundamentales y la crisis sanitaria: El caso portugués” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 353.

de la Asamblea de la República y con dictamen del Consejo de Estado⁷³. Este estado de emergencia tuvo vigencia desde el 19 de marzo hasta el 2 de abril de acuerdo con el decreto⁷⁴ del presidente de la República y su aplicación fue regulada por el Gobierno a través del decreto nº2-A/2020, de 20 de marzo. Durante su declaración tuvo lugar la suspensión parcial del derecho a circular por el territorio nacional, derechos de los trabajadores, derecho de propiedad e iniciativa económica privada, libre circulación internacional, derecho de reunión y manifestación y libertad de culto. La población portuguesa hizo frente a un confinamiento durante este período. Además, se suspendieron plazos y procesos en torno a la administración de justicia, tal y como ha ocurrido en España.

Al igual que en España, el estado de emergencia se prolongó en numerosas ocasiones, siendo la primera de ellas hasta el 17 de abril de 2020. En esta prórroga tuvieron lugar nuevas limitaciones, como en el ámbito de la formación, y a su vez se reforzó el sistema de ayudas a las residencias de ancianos. Tuvieron lugar nuevas prórrogas del estado de emergencia, el cual tuvo vigencia hasta el 2 de mayo, momento en el que se declaró la situación de calamidad hasta el 17 de mayo⁷⁵. Esta situación de calamidad se recoge en la Ley de Bases de Protección Civil, y permite mediante resolución del Consejo de Ministros adoptar medidas para hacer frente a la situación de riesgo, siempre atendiendo a los principios de proporcionalidad y necesidad. Al igual que en España y en Chile, dicha ley contempla la posibilidad de delegar a nivel regional el ejercicio de la aplicación de las medidas, dependiendo de la incidencia del virus. Dicha declaración mantuvo las limitaciones de derechos anteriormente citadas, recogiendo entre otras medidas el confinamiento obligatorio, el cese de las actividades comerciales con excepción de los servicios esenciales o la adopción del teletrabajo. Dicha declaración tuvo tres prórrogas hasta el 28 de junio.

Más adelante se han ido adoptando diferentes medidas dependiendo de la incidencia del virus en las distintas regiones del país, pero se ha mantenido en todo el territorio portugués no insular el estado de alerta, el cual se ha alargado hasta el 16 de marzo, por ahora.

⁷³ Resolução da Assembleia da República nº. 15-A/2020, de 18 de marzo.

⁷⁴ Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de marzo.

⁷⁵ Resolução do Conselho de Ministros nº 33-A/2020, de 30 de abril.

Entre las restricciones más destacables citamos la prohibición de desplazarse entre municipios los fines de semana, entre las 20.00 horas del viernes y las 5.00 horas del lunes, el confinamiento general salvo justificación dentro de los conceptos recogidos en la ley, o que los gimnasios, peluquerías, espacios culturales y de ocio o instalaciones deportivas quedarán cerrados al público. Además, las ceremonias religiosas siguen sin celebrarse⁷⁶. En cuanto al control judicial, este no fue suspendido en Portugal, con independencia de la existencia de medidas aplicables al funcionamiento de los tribunales. Además, se consideró la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a que “la pandemia actual, así como las medidas restrictivas adoptadas por los Estados en todo el mundo ponen a prueba cualquier declaración de derechos humanos”⁷⁷. En Portugal se han dado decisiones de inconstitucionalidad, siendo la primera de ellas decretada el 15 de mayo de 2020, por el Tribunal Judicial de la Comarca de Aores (Sala de Investigación Criminal de Ponta Delgada)⁷⁸. Se trata de una decisión de Habeas corpus contra una decisión de confinamiento obligatorio en un hotel, concluyendo que era una violación de la libertad personal. Citamos este caso como ejemplo de que el control constitucional estuvo presente durante el confinamiento.

En cuanto a Finlandia, la aplicación del derecho de excepción durante la crisis del covid 19 ha tenido menor incidencia, a pesar de haber sido aplicado en dos ocasiones diferentes. En primer lugar, el Gobierno del país nórdico declaró el estado de emergencia el 16 de marzo por primera vez en la historia, a través de una propuesta de ley aprobada por el parlamento, cerrando fronteras, colegios, centros de ocio y cultura, bares y restaurantes. Además, impuso aislamiento a la región de Helsinki y se impusieron límites al derecho de reunión, con un máximo de diez personas. Al contrario de otros países, Finlandia permitió a sus habitantes mantener los comercios abiertos y salir a la calle⁷⁹.

⁷⁶ Visit Portugal, “covid 19. Medidas implementadas en Portugal”, 2021 (disponible en <https://www.visitportugal.com/es/content/covid-19-medidas-implementadas-en-portugal>; última consulta 04/04/2021).

⁷⁷ D’Oliveira Martins, Margarida y D’Oliveira Martins, A., “Los derechos fundamentales y la crisis sanitaria: El caso portugués” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 364.

⁷⁸ Resolução do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores nº1076/20. OT8PDL., de 15 de mayo.

⁷⁹ EFE, “Finlandia anuncia que ha frenado la pandemia y ya ha superado su pico”, *Agencia EFE*, 15 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/finlandia-anuncia-que-ha-frenado-la-pandemia-y-ya-superado-su-pico/10001-4247394>; última consulta 11/04/2021).

Más adelante, (por segunda vez en su historia) el 1 de marzo de 2021 el Gobierno finlandés declaró el estado de excepción por el crecimiento de la incidencia del virus en el país nórdico. A través de este estado excepcional el Ejecutivo pudo imponer restricciones temporales sobre derechos y libertades. Entre otros derechos, se imponen limitaciones a la formación presencial. Además, para poder cerrar bares y restaurantes el Gobierno presentó una propuesta de ley que ha fue aprobada en el parlamento finlandés, denominado Eduskunta. Como hemos analizado anteriormente, el ordenamiento finlandés no regula expresamente los supuestos de emergencia, pero sí establece que las medidas de excepción se tramitarán mediante norma de ley⁸⁰. De la misma manera se cancela el ocio y la actividad deportiva en espacios cerrados para todas las personas mayores de doce años y se limita el derecho de reunión a un máximo de seis personas.

Al igual que ocurre en España, Portugal y Chile, no todas las zonas de Finlandia van a tener las mismas medidas restrictivas. EL país esta dividido en 21 distritos hospitalarios de los cuales a fecha de 1 de marzo solo cuatro se libran de las medidas, al tener una incidencia muy baja.

En este caso, observamos cómo las medidas impuestas por Finlandia han sido en ocasiones menos incidentes en torno a la restricción de derechos y libertades, a pesar de que se hayan cerrado los negocios de restauración, así como locales de ocio y colegios. La gran restricción a la libertad de circulación vivida en España, Portugal y Chile no fue tan tajante en este país ya que, a pesar de aislar ciertas regiones, no se impuso un confinamiento domiciliario como tal.

3. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. REGÍMEN JURÍDICO DE DERECHO DE NECESIDAD DE ESPAÑA, CHILE, FINLANDIA Y PORTUGAL.

En el presente apartado analizamos el derecho de necesidad de España, Chile, Portugal y Finlandia, tras haber recogido las medidas aplicadas durante el covid 19. El derecho de necesidad supone potenciar las facultades del Gobierno para lidiar con una situación en la que resulta *“imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”*, tal y como señala la LODES. El Letrado de

⁸⁰ EFE, “Finlandia declara el estado de excepción para cerrar bares y restaurantes”, *Agencia EFE*, 1 de marzo de 2021 (disponible en <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/finlandia-declara-el-estado-de-excepcion-para-cerrar-bares-y-restaurantes/10001-4477016>; última consulta 11/04/2021).

las Cortes Fabio Pascua Mateo señala que⁸¹, no solo se pretende superar y hacer frente a las situaciones que dan pie a los estados de necesidad, pero también mantener el sistema institucional y una serie de libertades fundamentales, en la medida de lo posible⁸². Lo dicho va a inspirar el contenido del artículo 15 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950.

A continuación, se profundiza sobre algunos aspectos a comparar en los diferentes ordenamientos.

3.1. Figuras de excepción

En este apartado se recogen los distintos estados de necesidad que recogen los ordenamientos en relación a diferentes supuestos. Esta diferenciación se debe a los distintos grados de intensidad de las situaciones excepcionales.

En España, según Cruz Villalón, el derecho de necesidad está diversificado, teniendo en cuenta que la LODES recoge tres figuras constitucionales de derecho de necesidad, las cuales hacen referencia a situaciones de emergencia distintas⁸³. La LODES contempla tres instrumentos jurídicos para hacer frente a las situaciones de excepción, los cuales son el estado de alarma, de excepción y de sitio. En primer lugar, el estado de alarma atiende a calamidades o desgracias públicas. En segundo lugar, el estado de excepción prevé cuestiones de orden público y en tercer lugar el estado de sitio se aplicará ante actos de fuerza contra el ordenamiento constitucional o insurrección.

Concretamente, el artículo 4 del capítulo II se encarga de recoger los supuestos contemplados por la ley para declarar el estado de alarma, supuestos que la ley menciona como alteraciones graves de la normalidad⁸⁴. Se trata de “*catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud*”, “*crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones*

⁸¹ Pascua Mateo, F., “Sinopsis del artículo 116”, *Congreso de los Diputados*, 2003 (disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>; última consulta 05/04/2021).

⁸² “*La declaración del estado excepcional como acto político que ha de quedar sometida a Derecho y por tanto ser susceptible de control. Solo así cabe asegurar el mantenimiento del Estado de Derecho*”. Ver en: “El estado de alarma en España”, cit., pág. 321.

⁸³ Arnaldo Alcubilla, E., “España: Tres meses y una semana bajo el estado de alarma” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 280.

⁸⁴ Estos supuestos actualizan la lista ejemplificativa de situaciones en las que se podía declarar el estado de alarma según el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

de contaminación graves”, *“paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (...) y por último “situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”*. Tal y como señala Cruz Villalón, lo que el legislador ha efectuado con estos supuestos es una despolitización del estado de alarma, ya que dicho instrumento constitucional va a ser destinado a combatir catástrofes naturales y tecnológicas, al margen de situaciones de desorden público o conflictividad social. Esta afirmación vislumbra ciertas dudas en torno a la aplicación del estado de alarma durante la crisis del covid 19⁸⁵.

Por otro lado, el artículo 13 señala que el gobierno podrá pedir autorización al Congreso y declarar el estado de excepción cuando *“el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”*. De estos supuestos observamos que el legislador ha tratado de relacionar el estado de excepción con las crisis de orden público. En esta línea, Cruz Villalón señala que la redacción de este precepto constitucional es el resultado de dos concepciones. La primera de ellas resultado de equiparar el estado de excepción con las alteraciones de orden público y la segunda de ellas resultado de dar a ese orden público un contenido expreso, es decir, citando las situaciones concretas de alteración de orden público⁸⁶. El estado de sitio es el último de los estados previstos por el derecho de excepción en el ordenamiento jurídico español. Este implica la militarización de la situación excepcional y según el artículo 32 LODES se podrá declarar *“cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios”*. Se trata de supuestos muy concretos, aunque como se observa en el precepto, se pretende que la declaración del estado de sitio siempre se produzca en última instancia, al decir *“que no pueda resolverse por otros medios”*.

⁸⁵ “El nuevo derecho de excepción”, cit., pág. 96.

⁸⁶ “El nuevo derecho de excepción”, cit., pág. 99.

De manera muy similar al ordenamiento español, en Portugal se contemplan tres estados de necesidad, los cuales son el estado de emergencia, excepción y sitio, recogidos en el artículo 19 de la Constitución portuguesa⁸⁷.

Los estados de sitio y excepción serán declarados en casos de “*real e iminente agresión de fuerzas extranjeras, o de grave amenaza o alteración del orden constitucional democrático o de desastre público*” (19.2 de la Constitución portuguesa), mientras que el estado de emergencia se podrá declarar cuando, teniendo lugar los supuestos anteriores, estos se den con menos gravedad, retomando el concepto gradualista. A pesar de ello, se trata de una regulación muy ambigua debido a que habrá que atender a la gravedad de los hechos⁸⁸.

Los artículos 8 y 9 de la Ley 44/86, del régimen del estado de sitio y del estado de emergencia (en adelante Ley 44/86) contemplan el estado de sitio y el de emergencia respectivamente⁸⁹. A diferencia de la propia Constitución, establecen que el estado de emergencia solo se declarará cuando “*existen o amenazan con ocurrir casos de calamidad pública*”⁹⁰. Además, la gran diferencia entre un estado y otro es que el estado de emergencia solo podrá determinar de forma parcial la suspensión de derechos⁹¹.

Encontramos también en el ordenamiento jurídico portugués la Ley de Bases de Protección Civil⁹², otro instrumento jurídico para hacer frente a situaciones de anormalidad. Esta ley contempla los supuestos de situación de alerta, situación de contingencia y situación de calamidad. Recogemos esta ley en nuestro estudio ya que permite limitar y restringir derechos de los ciudadanos. Se trata de una concepción gradualista de las situaciones de emergencia, tal y como señala el párrafo 2º del artículo 8º de la Ley de Bases de Protección Civil, “*(...) corresponden al reconocimiento de la*

⁸⁷ A pesar de ello, la ley que regula los preceptos constitucionales de los estados de necesidad solo va a contemplar el estado de sitio y el de emergencia.

⁸⁸ Ver doctrina sobre este punto en Bacelar Gouveia, J., *El estado de excepción*, Lisboa, 1984, pág. 11.

⁸⁹ Lei núm. 44/86, de 30 de Setembro, Regime do estado de sítio e do estado de emergência (Diário da República núm. 225/1986, Série I de 1986-09-30).

⁹⁰ Recordemos que la Constitución portuguesa establece los mismos supuestos de declaración, pero simplemente señala que el estado de emergencia se declarará cuando dichos supuestos sean menos graves. En este caso la ley 44/86 habla de calamidad pública.

⁹¹ El autor portugués Jorge Bacelar Gouveia analiza los estados de excepción en relación con el COVID 19 en Bacelar Gouveia, J., “Portugal y COVID 19: balanço e perspectivas de uma Ordem Jurídica de Crise”, *Revista do Ministério Público*, número especial COVID 19, 2020, pág. 100.

⁹² Lei núm. 27/2006, de 3 de Julho, aprova a Lei de Bases da Proteção Civil (Diário da República núm. 126/2006, Série I de 2006-07-03). Traducción propia.

adopción de medidas adecuadas y proporcionales a la necesidad de afrontar grados crecientes de peligro, actual o potencial”. El artículo 3 de dicha ley se encarga de definir que se entiende por accidente mayor y por catástrofe, mientras que el artículo 9 recoge los supuestos de declaración⁹³:

1 - La situación de alerta podrá declararse cuando, ante la ocurrencia o inminente ocurrencia de alguno o algunos de los hechos a que se refiere el artículo 3, se reconozca la necesidad de adoptar medidas preventivas y / o medidas especiales de reacción.

2 - Se podrá declarar la situación de contingencia cuando, ante la ocurrencia o inminente ocurrencia de alguno o algunos de los hechos a que se refiere el artículo 3, se implique la necesidad de adoptar medidas preventivas y / o medidas especiales de reacción no movilizables a nivel municipal.

3 - La situación de calamidad podrá declararse cuando, ante la ocurrencia o peligro de ocurrencia de algunos o algunos de los hechos a que se refiere el artículo 3, y su previsible intensidad, la necesidad de adoptar medidas excepcionales para prevenir, reaccionar o restablecer la normalidad de las condiciones de vida en las zonas afectadas por sus efectos.

A pesar de poder restringir derechos y libertades, el ordenamiento jurídico no contempla este texto legal dentro del derecho de excepción. Este punto es interesante debido a que el ordenamiento portugués contempla leyes que permiten restringir los derechos y libertades fundamentales fuera del derecho de excepción propiamente dicho.

La Constitución de Chile de 1980, caracterizada por lo que la doctrina conoce como cesarismo presidencial⁹⁴, recoge en su capítulo IV, los Estados de Excepción Constitucional, los cuales son cuatro: estado de asamblea, estado de sitio, estado de emergencia y estado de catástrofe. Precisamente el artículo 39 es el que va a establecer los supuestos en los que los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos

⁹³ El accidente grave es un evento inusual con efectos relativamente limitados en el tiempo y el espacio, capaz de afectar a las personas y otros seres vivos, bienes o el medio ambiente. La catástrofe es un accidente grave o una serie de accidentes graves que pueden ocasionar elevadas pérdidas materiales y, eventualmente, víctimas, afectando intensamente las condiciones de vida y el tejido socioeconómico en áreas o en todo el territorio nacional. Ver en: Artículo 3 Lei núm. 27/2006, de 3 de Julho, aprova a Lei de Bases da Proteção Civil (Diário da República núm. 126/2006, Série I de 2006-07-03).

⁹⁴ Ramírez Arrayás, J., “Estados de excepción en Chile en tiempos de pandemia” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 96.

pueden ser restringidos, y estos son guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública⁹⁵.

Por último, la Constitución de Finlandia de 1999 (Perustuslaki) recoge en su artículo 23 la posibilidad de suspender temporalmente los derechos fundamentales, cuando así requiera por *“los compromisos internacionales de Finlandia sobre derechos humanos, durante ataques armados contra Finlandia, así como durante estados de excepción que amenacen a la sociedad equiparados por su violencia, en virtud de Ley, con un ataque armado”*⁹⁶. Sin embargo, no distingue expresamente entre diferentes estados de excepción. Observamos como Finlandia da suma importancia a los ataques contra su propia nación, y requiere de interpretación lo que la Constitución equipara a ataque armado. Se trata de una regulación amplia que da pie a una mayor oportunidad de aplicación del estado de excepción.

España, Portugal y Chile cuentan con diferentes estados excepcionales, siendo similar su regulación en este caso, a diferencia de Finlandia, país que no recoge diferenciación alguna en su Constitución. Se debería concretar más en torno a los supuestos que van a dar pie a una posible declaración de algún estado excepcional, ya que por ejemplo en España las crisis sanitarias están contempladas bajo el estado de alarma, pero más adelante veremos como el estado de alarma no permite suspender derechos y libertades fundamentales (artículo 55.1 CE contrario sensu) y en ocasiones las crisis sanitarias requieren de una suspensión de derechos.

Además, es resaltable la ambigüedad con la que el ordenamiento portugués establece los supuestos para la declaración de los diferentes estados de excepción.

Con todo, concluimos que los tres ordenamientos que recogen distintos supuestos tienen una regulación similar pero que en este caso el ordenamiento chileno, al recoger cuatro estados de excepción es una referencia por el mero hecho de abarcar diferentes supuestos en diferentes estados de excepción, lo que lleva a una mayor seguridad jurídica en la declaración.

⁹⁵ García Pino, G., “Los Estados de Excepción Constitucional: un Nuevo Derecho de Excepción”, en Zúñiga Urbina, F. (coord), *Reforma Constitucional, Libro Colectivo*, LexisNexis, Santiago, 2005, pág. 451.

⁹⁶ World Intellectual Property Organization, “Constitución finlandesa”, 1999 (disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/fi/fi099es.pdf>; última consulta 12/04/2021).

Como hemos citado ya, generalmente, los países contemplan distintos estados de excepción para diferentes supuestos. En este caso, tanto España como Chile y Portugal así lo van a reflejar. Por el contrario, Finlandia no lo va a hacer. Estas expresiones diferentes del derecho de necesidad se deben a los distintos grados de intensidad de las situaciones a las que el derecho de excepción hace frente.

3.2. Normas que desarrollan el derecho de necesidad

El Derecho de excepción en España está regulado por el artículo 116 de la CE, desarrollado por la LODES⁹⁷. De estos artículos, es remarcable el 116.1, el cual señala que el estado de alarma se regulará a través de una ley orgánica, regulando las competencias y limitaciones. Va a regular el estado de alarma en su capítulo segundo, desde el artículo cuarto al decimosegundo. Además, el capítulo primero va a regular los tres estados de excepción, en sus tres primeros artículos⁹⁸. Por otro lado, el artículo 116.1 remite a la LODES el desarrollo del estado de excepción, que va a recoger la regulación del estado de excepción desde el artículo 13 al 31, ambos incluidos. En cuanto al estado de sitio, son los artículos 32, 33, 34, 35 y 36 de la LODES los encargados de desarrollar el estado de sitio.

Al igual que en España, el ordenamiento jurídico portugués también desarrolla los estados de necesidad en una ley. El legislador decreta el desarrollo del derecho de excepción a la Ley 44/86, de 30 de septiembre, sobre el Régimen de estado de sitio y el estado de emergencia⁹⁹. Esta ley está compuesta por 28 artículos, recogiendo los estados que se contemplan, la declaración, la ejecución de la declaración y el proceso de declaración.

Del mismo modo el derecho de excepción chileno se va a desarrollar en la Ley Orgánica Constitucional número 18.415¹⁰⁰. Esta ley es analizada por parte de la doctrina, la cual cuestiona su vigencia por considerar que esta quedó derogada al modificarse la

⁹⁷ Como el artículo 116 se encuentra desarrollado en una ley, la doctrina habla de una primera reserva de ley. A su vez, el derecho que contiene la LODES necesita que el poder legislativo vuelva a intervenir, a través del Congreso de los Diputados, y por lo tanto, se trata entonces de lo que se conoce en la doctrina como doble reserva de ley. El sistema de derecho de excepción en nuestro ordenamiento jurídico se configura en base a una doble reserva de ley en la que, la constitución se desarrolla por una ley y dicha ley requiere de nuevo la intervención del poder legislativo. Es cierto que hay una excepción y es el estado de alarma durante los primeros quince días de su declaración. Ver “El nuevo derecho de excepción”, cit. pág.120.

⁹⁸ Tal y como denota su nombre, “*disposiciones comunes a los tres estados*”.

⁹⁹ Lei núm. 44/86, de 30 de Setembro, Regime do estado de sítio e do estado de emergência (Diário da República núm. 225/1986, Série I de 30 de Setembro de 1986).

¹⁰⁰ Ley Orgánica 18.415, de 12 de junio, de los estados de excepción constitucional (Junta de Gobierno de 14 de junio de 1985).

Constitución chilena. Por ello, algunos autores señalan que en Chile existe un “imperfecto sistema de normas constitucionales”¹⁰¹. A pesar de ello, la crisis del covid 19 ha puesto en evidencia su vigencia al haber sido aplicada. La ley se compone de 22 artículos.

Por el contrario, a pesar de ser contemplados, la Constitución finlandesa no contiene una regulación específica de los estados de excepción.

España, Chile y Portugal desarrollan los estados de necesidad en diferentes normas con rango de ley (siendo en España Ley Orgánica) mientras que Finlandia no cuenta con ninguna ley específica que desarrolle el derecho de excepción. En este caso, y a pesar de que Finlandia requiera de una ley para poder declarar el estado de excepción, creemos que es oportuno desarrollar el derecho de excepción de los estados en una ley ya que el legislador, al elaborar la ley, va a ser consciente de la importancia de los estados de necesidad, mientras que elaborar la ley en el momento de emergencia puede llevar a confusiones o equivocaciones. Además, contar con una ley desarrolladora aportará a su vez seguridad jurídica.

3.3 Duración

El ordenamiento jurídico español no establece un límite de prórrogas ni tampoco parece establecer un límite máximo de días por cada prórroga (a diferencia de los 15 días iniciales) para el estado de alarma, lo que se contrapone al límite fijado para el estado de excepción de 60 días, previa prórroga a los 30 días. Parte de la doctrina señala que “cualquier prórroga del Estado de Alarma ha de serlo de 15 días o menos, pero nunca de más, ya que si se mantiene el estado de alarma es porque se ha prorrogado su plazo, que no es otro que el concreto de quince días impuesto como límite propio de la declaración”¹⁰². Además, tampoco prevé un límite para el estado de sitio (cuya duración es determinada por el Congreso de los Diputados). A pesar de ello se entiende que el Ejecutivo y el Congreso de los Diputados atenderán ante todo a los principios de proporcionalidad y necesidad, en línea con el artículo 1.2 LODES que señala que “las

¹⁰¹ Williams, G. y Truffello, P., Causales para decretar el estado de excepción constitucional de emergencia. Doctrina e historia de la ley, *Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, núm. 122899, 2019 (disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27946/1/BCN_estado_de_emergencia_02.pdf; última consulta 15/04/2021).

¹⁰² Gallego, G., “Sobre las prórrogas del estado de alarma”, *Revista de Jurisprudencia*, 2020 (disponible en <https://elderecho.com/sobre-las-prorrogas-del-estado-de-alarma>; última consulta 16/04/2021).

medidas así como la duración (...) serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad”.

No sucede lo mismo en el ordenamiento jurídico portugués, que fija una duración máxima de 15 días, sin perjuicio de renovación (19.5 de la Constitución portuguesa y artículo 5 de la Ley 44/86). Esto supone que cada quince días se tendrá que renovar el estado de necesidad en cuestión.

El ordenamiento finlandés, al no recoger expresamente una regulación de excepción (la Constitución recoge la posibilidad de suspender derechos y declarar el estado de excepción, pero no lo regula como tal) tampoco va a contemplar una duración máxima de los estados de necesidad como es lógico.

Por otro lado, el legislador chileno ha establecido una duración intermedia entre el ordenamiento español y portugués. Al igual que en España, la duración va a ser diferente dependiendo del estado de necesidad que se declare. Por un lado, decreta que la declaración del estado de sitio, estado de emergencia y estado de asamblea tendrán una duración máxima de noventa días, sin perjuicio de su renovación si así fuera necesario. Por otro lado, la Ley Orgánica Constitucional recoge que el estado de catástrofe se podrá declarar por un año siempre que el Congreso lo autorice. Por lo tanto, será diferente el plazo de duración del estado de catástrofe en comparación con los otros tres estados.

En este punto surge la polémica ya que el estado de alarma en España ha sido prorrogado durante seis meses. Es de obligada reflexión considerar un cambio en la legislación en cuanto a la prórroga del estado de alarma y su duración, ya que la declaración de este estado otorga poderes excepcionales al Gobierno, que podrían actuar libremente durante tiempo indefinido si el Congreso de los Diputados autorizara dicha prórroga, como así ha ocurrido durante la crisis del covid 19 en España. Como podemos comprobar, otros ordenamientos contemplan límites más estrictos, así lo hace Chile y Portugal. Por el contrario, Finlandia vuelve a no contemplar duración. Debemos atenernos a la racionalidad del Ejecutivo para que cumpla con el principio de proporcionalidad y necesidad, pero la ley debe fijar un límite de tiempo menor al actual. Tomemos el ejemplo de Portugal.

3.4. Formalidad y competencia para su declaración

Tanto el ordenamiento español como el portugués hacen alusión al principio de proporcionalidad y necesidad. En primer lugar, el principio de necesidad defiende que el

Ejecutivo acudirá a los instrumentos de excepción cuando esto sea solo indispensable por la situación extraordinaria que justificaría modificar el régimen ordinario. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad. Las medidas que supone declarar los estados de necesidad tienen que ser totalmente razonables y proporcionales, siempre aplicando las que menos derechos quebranten.

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico portugués hace referencia al principio de proporcionalidad y necesidad en el artículo 19.4 de su constitución. La declaración de estados de necesidad debe ir acompañada de motivación y especificación de los derechos que se suspenden. Este artículo señala, además, en línea con el principio de proporcionalidad, necesidad y la búsqueda de la normalidad constitucional, que en caso de renovación de la declaración del estado de sitio, se deberá declarar el estado de emergencia siempre que así sea posible.

En cuanto a la competencia de declaración en España, la LODES en su artículo 11 señala que va a ser el Gobierno exclusivamente el órgano con potestad para declarar el estado de alarma¹⁰³. Vemos aquí el único caso en el que el Gobierno en exclusiva puede adoptar un estado de necesidad que le va a otorgar poderes excepcionales. Se va a declarar en todo o parte del territorio nacional mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, de oficio o a petición del presidente de la Comunidad Autónoma afectada. Tal y como señala el artículo 162.1 RCD, una vez el Gobierno declara el estado de alarma debe remitir inmediatamente al presidente del Congreso una comunicación junto con el Decreto acordado en Consejo de Ministros.

A pesar de ello, en el caso de que se quiera prorrogar la declaración del estado de alarma pasados quince días desde su declaración, entonces no tendrá el Gobierno competencia exclusiva para realizar dicha prórroga si no que va a ser el Congreso de los Diputados el que tenga que autorizarlo siguiendo las normas establecidas en el artículo 74.2 RCD (debate calificado como de totalidad)¹⁰⁴. En el Congreso se acordarán el alcance y las condiciones de dicha prórroga y las sucesivas, tal y como ha sucedido durante la crisis del covid 19, en las sesiones del Pleno celebradas para la autorización de las prórrogas.

¹⁰³ Todo ello sin detrimento de que el Ejecutivo de explicaciones al Congreso de los Diputados en torno a la declaración del estado de alarma, lo cual es meramente informativo. Sin embargo, y por su carácter informativo, esta explicación no varía la exclusividad del Ejecutivo para declarar el estado de alarma. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/2016, de 28 de abril.

¹⁰⁴ Lo que Pedro Cruz Villalón llama estado de alarma parlamentario. Ver “El nuevo derecho de excepción”, cit. pág. 105.

En cuanto a la jurisprudencia,¹⁰⁵ el TC en la Sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016, se pronuncia sobre un recurso de amparo¹⁰⁶ y concluye, en aras del objeto del tema a tratar, que el acto de declaración del estado de alarma¹⁰⁷ es una decisión con rango o valor de ley, citando esta que, *“en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma”*.

La CE hace referencia al estado de excepción en el artículo 116.1 y 116.3, el cual señala lo siguiente; *“el estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos”*.

Tal y como está redactado en el artículo 116.3 CE, en relación con el artículo 13 LODES, el Gobierno solicitará autorización detallada al Congreso de los Diputados de manera previa a su declaración. En dicha autorización, el Congreso se mostrará a favor o en contra de aquello que el gobierno a determinado en su solicitud, que contiene los efectos de la declaración del estado de excepción, la duración del estado de excepción¹⁰⁸ y su ámbito territorial, las medidas a tomar en torno a los derechos que pretende suspender (las cuales se podrán modificar posteriormente según lo establecido en el artículo 15.1 LODES) y el límite máximo de la cuantía de las sanciones que se pueda imponer a aquellos que quebranten las medidas del estado de excepción. La autorización por parte del Congreso se llevará a cabo a través de un debate a la totalidad (artículo 74.2 de la CE). Una vez autorizado, el estado de excepción se declara por el Gobierno a través de decreto acordado en Consejo de Ministros.

¹⁰⁵ En el capítulo anterior hemos tratado con detenimiento los antecedentes jurisprudenciales, y por lo tanto en esta ocasión nos limitaremos a citar lo esencial del caso.

¹⁰⁶ Recurso de amparo del Tribunal Constitucional núm. 4703-2012, de 28 de abril.

¹⁰⁷ Decreto del Consejo de Ministros.

¹⁰⁸ El artículo 15 de la LODES señala que se podrá poner fin al estado de excepción antes de finalizar el período por el que fue declarado, a través de decreto acordado en Consejo de Ministros.

El artículo 116.4 CE recoge que *“el estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones”*.

En este último estadio, será el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta el encargado de declarar el estado de sitio, siempre previa propuesta del Gobierno en exclusiva, a diferencia del estado de alarma, como hemos visto anteriormente. Cruz Villalón cita que este es el único procedimiento de declaración del estado de sitio, sin contemplar la Constitución las declaraciones de urgencia, previstas en las anteriores leyes de orden público¹⁰⁹. El Congreso será el encargado de determinar el ámbito territorial, duración y las condiciones del estado de sitio. Cabe resaltar que la Constitución no pone límites a la duración del estado de sitio.

En relación al ordenamiento portugués, será competente para dicho la declaración el presidente de la República, previa audiencia del Gobierno y autorización de la Asamblea de la República. Del mismo modo, la Ley 44/86 señala que *“la declaración del estado de sitio o del estado de excepción toma la forma de un decreto del Presidente de la República y necesita el referéndum del Gobierno”*. La **declaración** va a contener la motivación del estado de necesidad, el ámbito territorial, la duración, los derechos a restringir y las facultades de la autoridad competente en cada estado. Se entiende por tanto que el estado de emergencia deberá ser autorizado por la Asamblea. Observamos una cierta semejanza con el ordenamiento español. Sin embargo, el estado de sitio y de excepción van a requerir de referéndum, lo que a nuestro parecer es excesivo en términos de agilidad de aplicación.

En el caso de Finlandia, al no contemplar expresamente el derecho de excepción, hay que atender a las situaciones en las que el derecho de excepción ha sido aplicado. La crisis del covid 19 ha dado lugar a la declaración del estado de excepción. La primera ministra Sanna Marin ha señalado que *“el Gobierno, en cooperación con el presidente, ha manifestado que existen circunstancias excepcionales en el país”*¹¹⁰. Estas declaraciones nos muestran que, a pesar de no tener una regulación concreta de los estados de necesidad, las autoridades finlandesas han observado para la declaración de un estado de necesidad la concurrencia de circunstancias excepcionales. Además, esta medida ha tenido que ser

¹⁰⁹ “El nuevo derecho de excepción”, cit., pág. 108.

¹¹⁰ “Finlandia declara el estado de emergencia ante el repunte de los casos de coronavirus”, *Europa Press*, 1 de marzo de 2021 (disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-finlandia-declara-estado-emergencia-repunte-casos-coronavirus-20210301131718.html>; última consulta 12/04/2021).

aprobada por el parlamento finlandés, algo que la constitución finlandesa no recoge¹¹¹. Cabe mencionar que esta medida llega tras la elaboración por parte del ejecutivo de una propuesta de ley, aprobada en el Parlamento. Por lo tanto, la declaración del estado de excepción requiere de una elaboración de propuesta de ley y su aprobación en el Parlamento, además de la existencia de una situación excepcional.

Vemos como España, Portugal y Finlandia en líneas generales deben tener control de su parlamento para poder aplicar el derecho de excepción. Sin embargo, el caso chileno, pese a tener similitudes, presenta alguna diferencia. Esta radica principalmente en que, además del Congreso, surge otra institución que debe aprobar para algunos supuestos la declaración.

En el ordenamiento chileno, el presidente de la República va a poder declarar cualquiera de ellos, y además lo va a poder hacer conjuntamente si así lo requieren las circunstancias excepcionales. El artículo 40 de la Constitución establece que será el presidente de la República el encargado de declarar los estados de necesidad, pero dependiendo del supuesto, tendrá que ser de acuerdo con distintos órganos.

El presidente deberá llegar a un acuerdo con el Consejo de Seguridad Nacional en caso de declaración del estado de asamblea (guerra externa). Del mismo modo, tendrá que estar de acuerdo con el Congreso en caso de declaración del estado de sitio (guerra interna o conmoción interior), el cual en caso de no pronunciarse se entenderá como un silencio positivo.¹¹² A su vez, tendrá que ponerse de acuerdo también con el Consejo de Seguridad Nacional en caso de grave alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, lo que lleva a la declaración del estado de emergencia, al igual que tendrá que acordar con el Consejo de Seguridad Nacional si se diera el caso de calamidad pública, para la declaración del estado de catástrofe.

En cuanto a la forma de declaración, la Ley Orgánica Constitucional de Chile establece que los estados de necesidad se declaran mediante decreto supremo firmado por el presidente de la República y los ministros del Interior y de Defensa Nacional. Como vemos, ni el ordenamiento finlandés, ni el chileno, contemplan que el Gobierno por sí solo pueda declarar estado de necesidad alguno. Por último, a excepción de Chile, el resto

¹¹¹ “Finlandia declara el estado de excepción para cerrar bares y restaurantes”, cit.

¹¹² La Constitución establece que el presidente podrá declarar el estado de sitio de manera inmediata mientras el Congreso delibera en el plazo de diez días, siempre que antes haya acordado dicha declaración con el Consejo de Seguridad Nacional.

de países analizados son partes contratantes del Convenio de Roma de 1950, el cual en su artículo 15.3, establece la obligación de informar al secretario general del Consejo de Europa la declaración del estado de excepción y de sitio, junto con su motivación.

En cuanto a la formalidad y competencia, los ordenamientos analizados coinciden en que será el Gobierno el competente, pero siempre mediante autorización de diferentes instituciones (excepto el estado de alarma inicial en España). Por lo tanto, en este apartado no sacamos ninguna conclusión contraria a lo existente a pesar de que, en cuanto a la primera declaración del estado de alarma en España, si que podría plantearse que el Congreso tuviera participación.

3.5. Autoridad competente durante la vigencia del estado de necesidad

En España, el estado de alarma supone que las autoridades civiles de la Administración Pública pertenecientes al ámbito territorial de declaración del estado de alarma estén a disposición directa de la autoridad competente, es decir, el Gobierno o el presidente de la Comunidad Autónoma en cuestión. Esta concentración de poderes en el estado ha sido justificada por el Tribunal Constitucional por tratarse de situaciones de interés general¹¹³.

En cuanto al ámbito territorial, simplemente hay que mencionar el artículo 31 LODES. Este señala el ámbito del estado de excepción en relación con las Comunidades Autónomas. En el caso de que la declaración del estado de excepción afecte solo a una Comunidad Autónoma, la autoridad gubernativa se coordinará con el Gobierno de la Comunidad en cuestión.

En segundo lugar, el artículo 33 establece que será autoridad competente durante la vigencia del estado de sitio la autoridad militar que el gobierno designe, en virtud de su posición al frente de la política militar y de la defensa. El artículo 35 de la LODES en relación con el 117.5 de la Constitución establecen que, durante la vigencia del estado de sitio, el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que quedan sometidos a la jurisdicción militar¹¹⁴. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 113/1995, de 10 de julio, la extensión de la jurisdicción militar más allá del ámbito castrense sólo puede producirse excepcionalmente¹¹⁵. Por último, el artículo 36 señala

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 133/1990, de 19 de julio.

¹¹⁴ Ver Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (BOE 18 de julio 1987).

¹¹⁵ “Sinopsis del artículo 116”, cit.

que las autoridades civiles continuarán con sus funciones siempre que no hayan sido conferidas a la autoridad militar, y que además deberán informar a la autoridad militar de aquello que esta última disponga.

En Portugal, tal y como señala el artículo 19.8 de la Constitución lusa, “*las declaraciones de estados de Sitio o de Excepción conferirán a las autoridades públicas competencia y responsabilidad para adoptar las medidas necesarias para el pronto restablecimiento de la realidad constitucional*”. Además, el artículo 19.7 establece que la responsabilidad de los órganos ejecutivos continuará siendo la misma que en situación de normalidad. Todo ello se orienta a una rápida restauración de la situación de normalidad constitucional. No se hace referencia al estado de emergencia entendiendo en este caso que existe analogía.

El constituyente finlandés, en línea con los ataques armados reflejados en el artículo 23 de su Constitución, refleja que será el presidente de la República el responsable de las cuestiones relacionados con la guerra y la paz previo consentimiento del Parlamento¹¹⁶. En este caso la autoridad competente recae sobre el presidente, que debe ser apoyado por el Parlamento.

Por último, el ordenamiento chileno en señala que la autoridad competente bajo el estado de emergencia o de catástrofe va a ser el jefe de la Defensa Nacional que el Gobierno designe. Sus atribuciones vienen reflejadas en el artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, para el caso de los estados de emergencia. Además, el presidente deberá informar al Congreso de las medidas adoptadas bajo la vigencia de estos dos estados. A pesar de este precepto, la ley no recoge cada cuanto tiempo deberá informar. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción señala que el presidente podrá delegar facultades a los comandantes jefe de las unidades de las Fuerzas Armadas durante la vigencia del estado de asamblea. Durante la vigencia del estado de sitio, el artículo 3 de la citada ley contempla que las facultades del presidente podrán ser delegadas a los intendentes, gobernadores o jefes de la Defensa Nacional que el designe.

Es importante señalar que los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica Constitucional establecen que las facultades que tanto el presidente como aquellos sobre los que delega ostenten, se van a ejercer mediante decreto supremo o resoluciones, órdenes e

¹¹⁶Faggiani, V., “Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Comparado Europeo*, núm. 17, 2012, pág. 201.

instrucciones, sin tener que cumplir con el trámite de toma de razón, lo que supone un precepto un tanto dictatorial, y que choca con el deber de informar previamente citado.

Siempre debe haber una autoridad competente en estas situaciones ya que será importante actuar de manera coherente, cohesionada y eficaz, y sin tener claro quién es la autoridad competente la eficacia se vería dañada. De todas formas, planteamos aquí la necesidad de estudiar quien será la autoridad competente dependiendo del supuesto de emergencia. El covid 19 ha puesto en evidencia que, aunque el Gobierno deba ser la autoridad competente y ha sido elegido por la población, quizá sería oportuno considerar la designación de expertos en la materia según la crisis por la que se declara un estado de excepción. En relación con la recuperación de la crisis sanitaria, este supuesto no lo hemos podido observar en ningún ordenamiento analizado, pero sí en ordenamientos como Italia, donde han entrado a tomar decisiones, expertos en materias de economía o sanidad¹¹⁷.

Sería oportuno plantear esta cuestión en España para reflejarlo así en la LODES. La Ley General de Salud Pública señala la existencia de un Consejo Asesor de Sanidad Pública y un Comité Consultivo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pero estos simplemente hacen alusión a cuestiones sanitarias y no recogen las materias que una crisis sanitaria puede englobar, como la economía o la crisis social¹¹⁸.

3.6. Derechos que permite restringir o suspender

Cruz Villalón ha reflejado que el derecho de excepción en España es limitado¹¹⁹ ya que no cabe la suspensión genérica de la Constitución si no que solo existen una serie de derechos susceptibles de suspensión, tal y como se señala en el artículo 55.1 de la Constitución¹²⁰.

¹¹⁷ Se trata de un comité de expertos denominado *Task Force*. Ver Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale., "Task force covid 19. L'utilizzo dei dati per affrontare l'emergenza sanitaria", 2020 (disponible en <https://innovazione.gov.it/dipartimento/cosa-facciamo/task-force-covid-19/>; última consulta 15/04/2021).

¹¹⁸ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre de 2011).

¹¹⁹ Arnaldo Alcubilla, E., "España: Tres meses y una semana bajo el estado de alarma" en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R. (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 280.

¹²⁰ Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

La declaración del estado de alarma no debe nunca suponer la suspensión de ningún derecho ni libertad fundamentales. Así pues, el artículo 11 de la LODES establece que, a causa de la declaración del estado de alarma, se podrán adoptar medidas como limitar la circulación de vehículos o personas, practicar requisas temporales, intervenir industrias o impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, entre otros.

La LODES recoge los derechos susceptibles de ser suspendidos durante la vigencia del estado de excepción.¹²¹ Así pues, el artículo 16 recoge la potestad de la autoridad gubernativa¹²² para ejercitar detenciones, sin detrimento de los derechos reconocidos en el artículo 17.3 CE¹²³, el cual señala las garantías al detenido. También recoge, en su artículo 17.1 CE¹²⁴, la posibilidad de suspender el derecho recogido en el artículo 18.2 CE, sobre la inviolabilidad del domicilio, posibilitando la realización de registros domiciliarios e inspecciones. En este caso la autoridad gubernativa comunicará inmediatamente al Juez los registros que ha realizado y su motivación (17.1 LODES). Además, el artículo 18.3 CE, que garantiza que el secreto a las comunicaciones también podrá ser suspendido por los efectos del estado de excepción, lo que cita la LODES en el artículo 18, permitiendo así la intervención de toda clase de comunicaciones, siempre mediante escrito motivado al juez competente.

Una de las libertades fundamentales más importantes de nuestro ordenamiento es la libertad a la libre circulación y residencia, garantizado en el artículo 19 CE. Bajo el estado de excepción, este podrá ser suspendido en virtud del artículo 20 LODES, determinando la hora y el lugar donde se prohíbe la circulación de personas y de vehículos, estableciendo la obligación de comunicar todo desplazamiento fuera de la localidad de

¹²¹ Esta suspensión se sustenta en el artículo 55.1 de la CE y en la LODES.

¹²² No encontramos en la LODES definición alguna en cuanto a autoridad gubernativa. Tal y como nos dice Pedro Cruz Villalón, esto es así porque el concepto ya se definió en el capítulo I del “Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, del que proviene la LODES. En dicho proyecto se atribuye autoridad gubernativa al Gobierno, el Ministro del Interior, al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas, a los Gobernadores civiles y a los Delegados del Gobierno en ámbitos territoriales inferiores a la provincia. Ver “El nuevo derecho de excepción”, cit., pág. 121.

¹²³ Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención (...). Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

¹²⁴ Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, dos, de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá disponer inspecciones, registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público

residencia habitual, trasladando a la población de su residencia habitual o fijando otra residencia temporalmente. Cabe recalcar que la LODES preceptúa que, para que el estado de excepción provoque tales efectos, la autoridad deberá justificarlo en base a la peligrosidad que provoque dicha persona afectada.

No menos importante son los derechos a comunicarse, a recibir información veraz, a expresar y difundir libremente los pensamientos, a reunirse y manifestarse, el derecho de huelga o el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Todos ellos susceptibles de ser suspendidos mientras esté vigente el estado de excepción, tal y como recoge la LODES y el artículo 55.1 CE.

Por último, de acuerdo con el concepto gradualista de las diferentes figuras de excepción, la declaración del estado de sitio podrá autorizar la suspensión de los derechos del detenido, además del resto de derechos y libertades susceptibles de ser limitadas y suspendidas mientras dure la vigencia del estado de alarma y estado de excepción.

La Constitución portuguesa, en su artículo 18.2¹²⁵ establece que el propio texto constitucional es el único que expresará la posibilidad de restringir los derechos y libertades de los ciudadanos, y solo en los términos dispuestos en la propia constitución podrá darse tal situación¹²⁶. Se observa una contradicción con la Ley de Bases ya mencionado, ya que esta ley también permite restringir derechos y libertades.

El artículo 19.1 de la Constitución portuguesa señala que solo mediante el estado de excepción o sitio podrán ser suspendidos los derechos y libertades de los ciudadanos, a pesar de que el artículo 19.3 señale que mediante el estado de emergencia se podrán suspender algunos de los derechos y libertades susceptibles de suspensión. En este caso, el legislador portugués debe revisar la redacción de ambos preceptos.

El artículo 2 de la Ley 44/86 señala que se va a respetar siempre el principio de igualdad y no discriminación en caso de suspensión de derechos y libertades, y además impone una serie de límites a la suspensión de derechos, en materia de establecimiento de residencia, allanamientos domiciliarios, limitación a la circulación de personas y vehículos o medios informativos. En caso de inconstitucionalidad o ilegalidad, la ley

¹²⁵ “La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, y tales restricciones se limitarán a los necesarios para salvaguardar otros derechos e intereses protegidos por la Constitución”.

¹²⁶ En ningún caso, según el artículo 19.6 de la Constitución, los derechos a la vida, a la integridad personal, identidad personal, capacidad civil y ciudadanía, no retroactividad de las disposiciones penales, derecho a la defensa y a defender, o la libertad de conciencia y de religión, podrán ser atacados.

establece que los ciudadanos serán indemnizados (artículo 2.3). Observamos oportuno este precepto del ordenamiento portugués en cuanto limita la suspensión de derechos, promoviendo el estado de Derecho.

La Constitución de Finlandia de 1999 (Perustuslaki) recoge en su artículo 23 la posibilidad de suspender temporalmente los derechos fundamentales. Este artículo nos da a entender que el ordenamiento finés permite la suspensión de derechos y a su vez contempla los estados de excepción. Sin embargo, la suspensión de derechos fundamentales deberá atender a lo recogido en el artículo 73 de la Constitución, la cual *“subordina la limitación del «contenido esencial» de los derechos fundamentales al procedimiento de revisión constitucional ex art. 73 C. Una norma de ley irrazonable o contraria a los principios de la Constitución está sometida al control jurisdiccional”*¹²⁷. Este precepto trata simplemente de hacer cumplir la Constitución ante cualquier otra norma.

La Constitución de Finlandia recoge numerosos derechos y libertades, precisamente en su capítulo segundo. La mayoría de estos derechos remiten a reservas de ley para una mayor regulación. Como hecho meramente ejemplificativo, el artículo nueve recoge la libertad de desplazamiento, la cual contempla que se podrán establecer limitaciones, por ley, a este derecho, para asegurar el cumplimiento del deber de defender a la patria. A su vez el artículo 22 señala que el *“poder público debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales”*.

En cuanto al ordenamiento chileno, el artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional número 18.415. señala que derechos y libertades van a ser susceptibles de suspensión durante la declaración de los diferentes estados, siendo el estado más leve en cuanto a restricciones el estado de emergencia, el cual solo podrá dar pie a la suspensión de la libertad de locomoción y del derecho de reunión.

El ordenamiento español, chileno, portugués y finlandés recoge la posibilidad de suspender derechos y libertades durante la vigencia de los estados excepcionales. Es una situación necesaria debido al sentido de los estados de necesidad, pero debe siempre realizarse en línea con el principio de proporcionalidad y necesidad. El constituyente [art. 55 CE] español debería plantearse si de verdad el estado de alarma debe ser susceptible de suspender derechos y libertades, ya que en relación con los supuestos que valoran su

¹²⁷ “Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo”, cit., pág. 213.

declaración, hay ocasiones en las que la suspensión de derechos llega a ser inevitable tal y como ha ocurrido durante la pandemia. Es indispensable revisar este punto, ya que si no, se deben encuadrar las crisis sanitarias en otro estado de excepción que así lo permita.

3.7. Protección constitucional y control

En cuanto al control de la declaración de los estados de excepción, a pesar de que en España el estado de alarma puede declararse en un primer momento de manera exclusiva por el Gobierno, la prórroga de este y la declaración del resto de estados excepcionales deberá ser autorizado por el Congreso de los Diputados, significando esto un control por parte del parlamento. En cuanto a la protección del constitucionalismo, existen garantías que amparan a los tres estados de necesidad. Durante la vigencia de los mismos no se puede modificar el principio de responsabilidad política del Ejecutivo y de sus agentes, tampoco interrumpir la actividad del funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, se prohíbe la disolución del Congreso de los Diputados¹²⁸ y como es natural se prohíbe la suspensión de derechos fundamentales reconocidos en el capítulo II del Título I de la CE, a excepción de aquellos derechos susceptibles de suspensión. Además, nuestro ordenamiento jurídico contempla los recursos de inconstitucionalidad, de amparo.

En el ordenamiento portugués resulta de vital importancia resaltar que el artículo 28 de la Ley 44/86, denominado evaluación de la aplicación de la declaración, establece el control sobre las medidas que el gobierno ha adoptado durante los estados de necesidad para poder evaluar su función en aras de resolver cualquier conflicto de responsabilidad civil y penal en el que hubiera podido incurrir el Gobierno¹²⁹.

Por otro lado, en materia de control de constitucionalidad, el texto constitucional finlandés señala que *“es función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de Ley y de los otros asuntos que se sometan a su tramitación, así como sobre su relación con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos”*. Además, el Defensor del Pueblo

¹²⁸ Lo cual no supone lo mismo para el Senado.

¹²⁹ Durante el covid 19 el Gobierno ha presentado tres informes que corresponden a cada uno de los periodos del estado de emergencia. Ver Comisión Europea, “Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en Portugal”, *Documento de trabajo de los servicios de la comisión*, 2020 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN>; última consulta 14/04/2021).

del Parlamento se encargará de fiscalizar el respeto de los derechos fundamentales, según el artículo 109.

Por último, a pesar de que la Constitución de Chile otorga amplias facultades al Jefe del Estado, existe el **control de constitucionalidad** por parte del TC y también la Contraloría General de la República puede controlar la utilización de los recursos fiscales.¹³⁰ Por otro lado, y concretamente en el marco de los derechos fundamentales, el artículo 20 de la Constitución recoge los recursos de protección, los cuales son una forma de amparo constitucional sobre ciertos derechos.

Son muchas las medidas de control que durante los estados de necesidad se recogen en los distintos ordenamientos. En primer lugar, y habiendo sido citado anteriormente, todos los ordenamientos contemplan la autorización de alguna institución a excepción de España y el estado de alarma (salvo las prórrogas), por lo que esto merece revisión por parte del constituyente [116 CE].

En segundo lugar, el ordenamiento portugués, en un gran acierto recoge la evaluación de la aplicación de la declaración, lo que el estado español debe plantear para su inclusión en la LODES o en la Constitución. Además, el legislador español debe revisar en que momento la autoridad competente debe dar explicaciones en el Congreso sobre el estado de necesidad declarado, a pesar de que esto se corregiría si se reduce la duración de la prórroga del estado de alarma. Por último, es importante también analizar el gasto realizado durante el estado de necesidad declarado, y es por ello por lo que tomamos del ordenamiento chileno el control de los recursos fiscales como algo a plantear en el ordenamiento jurídico español, todo ello destinado a los estados de necesidad, siendo recogido en la LODES.

CONCLUSIÓN

En este apartado vamos a tratar las principales conclusiones que hemos obtenido al realizar el presente trabajo de investigación. Del análisis histórico efectuado en el Capítulo Primero, se han podido extraer las siguientes conclusiones.

En relación con el origen de los estados de necesidad, este proviene de las situaciones de emergencia y las alteraciones del orden público que durante la historia se han sucedido.

¹³⁰ Ramírez Arrayás, J., “Estados de excepción en Chile en tiempos de pandemia” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 101.

Cabe destacar que de la misma manera que se regulan las situaciones de normalidad, se deben regular las de excepcionalidad. Asimismo, destacamos la relación existente entre los artículos 30.4, 116 y 55 de la Constitución española, reflejando la armonía del texto constitucional en materia de excepción. Del mismo modo, es importante resaltar que el estado de derecho debe prevalecer aún bajo los estados de necesidad. Concluimos señalando que se trata de un estado de derecho que somete al derecho de necesidad bajo las garantías constitucionales que permiten aplicar medidas de excepción.

En segundo lugar, el análisis histórico refleja que el derecho de necesidad en España está influenciado por el derecho francés y la influencia del Antiguo Régimen. Las medidas implementadas por el monarca absoluto para hacer frente a los motines de la época iban a dar lugar a lo que más tarde se denominó derecho de excepción. Además, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 va a dar pie a la regulación del orden público en torno a una fuerza pública dependiente del Estado.

En tercer lugar, hemos analizado el constitucionalismo español en relación con el derecho de necesidad. Concluimos que desde 1812 hubo referencia al derecho de necesidad. En una primera etapa solo se hizo referencia a la suspensión de garantías en torno a las detenciones. Tras este primer período constitucional, el derecho de necesidad fue evolucionando hasta la Constitución española de 1978, que recoge los tres estados de necesidad que hoy conocemos.

Del análisis de las medidas particulares aprobadas frente a la COVID 19 en España, Portugal, Chile y Finlandia, analizadas en el Capítulo 2, podemos concluir que estos cuatro países han aplicado normas de derecho de necesidad recogidas en sus ordenamientos jurídicos. En relación a los estados de necesidad, los cuatro países han limitado derechos y libertades de los ciudadanos con el objetivo de paliar los infortunios de la crisis del coronavirus. En concreto, en España fue declarado el estado de alarma por parte del Gobierno. Hemos podido analizar la polémica de la utilización de esta figura excepcional. Concluimos que será decisión del Tribunal Constitucional dar a conocer su fallo sobre la oportuna aplicación del estado de alarma, o si en cambio tuvo que ser aplicado el estado de excepción. Todo ello en relación a la suspensión o limitación de derechos y libertades fundamentales. Además, hemos analizado la normativa aplicada en Portugal, donde el gobierno declaró el estado de alerta y la situación de calamidad. En Chile, el presidente de la República decretó el estado de catástrofe. Del mismo modo, en Finlandia fue declarado el estado de emergencia pese a no estar regulado como tal en su

ordenamiento jurídico. En cuanto a Finlandia, concluimos que durante la pandemia el gobierno finlandés aplicó el derecho de necesidad en menor medida que el resto de países analizados.

Del análisis de Derecho comparado realizado podemos concluir que hemos investigado sobre las normas de derecho de necesidad de los ordenamientos jurídicos de España, Portugal, Chile y Finlandia. Los tres primeros ordenamientos recogen normas de excepción de manera estricta. El ordenamiento finlandés no recoge el derecho de necesidad como tal en su normativa, a pesar de hacer alusión al derecho de excepción en su Constitución.

En cuanto a las figuras de excepción, España, Chile y Portugal recogen diferentes estados de necesidad. Cabe concluir que la diferencia entre estos estados se debe a los distintos grados de intensidad de las situaciones a las que el derecho de necesidad hace frente. Por el contrario, Finlandia no recoge diferentes supuestos de excepción en su ordenamiento. A pesar de ello, hemos podido analizar como durante la crisis del covid 19 ha sido declarado en Finlandia tanto el estado de excepción como el de emergencia.

Por otro lado, resaltamos que los ordenamientos jurídicos de España, Chile y Portugal desarrollan sus preceptos constitucionales de excepción en normas con rango de ley, alcanzando en España el rango de Ley Orgánica. En cuanto a la duración, tanto Chile como Portugal contemplan límites más estrictos, mientras que Finlandia o España tratan límites más amplios o incluso indefinidos. Concluimos que la duración de los estados de necesidad debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad y necesidad.

En cuanto a la competencia y formalidad para la declaración, el ejecutivo de cada país es generalmente el encargado de declarar el estado de necesidad correspondiente, de acuerdo con el parlamento de cada país, o en el caso de Chile, con el Consejo de Seguridad Nacional. Excepcionalmente, en España el estado de alarma inicial será decretado por el Gobierno en exclusiva, a pesar de que pasados quince días tenga que ser aprobado por el Congreso. En cuanto a la autoridad competente, va a variar dependiendo de la figura de necesidad. En España podemos apreciar como en el estado de alarma y de excepción la autoridad va a ser el presidente del Gobierno mientras que en el estado de sitio será la autoridad militar. En este punto, hemos visto como otros ordenamientos diferentes optan por autoridades expertas en la materia, como es el caso de Italia.

El ordenamiento español, chileno, portugués y finlandés recogen la posibilidad de suspender derechos y libertades durante la vigencia de los estados excepcionales. En este punto concluimos que el legislador español debería revisar si el estado de alarma tiene que ser susceptible de suspender derechos o si, por el contrario, se deben encuadrar las crisis sanitarias en otro estado de excepción que así lo permita. En relación a este apartado terminamos concluyendo que, en torno al control del Ejecutivo y el control constitucional, los ordenamientos de los países analizados recogen diversos instrumentos de control.

Todo ello nos permite concluir que el Derecho de necesidad en España ha sido aplicado por segunda vez en nuestra historia constitucional reciente. En esta ocasión, se ha intentado hacer frente a uno de los supuestos que la LODES recoge como justificación para aplicar el Derecho de necesidad; las crisis sanitarias. Es evidente que el legislador debe revisar las normas que decretó hace cuarenta años, adaptándolas a la actualidad.

Esta investigación nos ha permitido obtener enseñanzas de otros ordenamientos jurídicos. Es necesario revisar si son precisos tres estados de necesidad en España, o si por el contrario sería más adecuado recoger más estados de necesidad. Esto permitiría concretar más las situaciones excepcionales, tal y como observamos en Chile. A su vez, el legislador español debe aprender del ordenamiento portugués. Es preciso cambiar el límite de duración de los estados de necesidad en España, incluidas las prórrogas del estado de alarma, hecho polémico durante la crisis del covid 19. Además, el legislador español podría plantear la cuestión de que el Congreso se pronuncie en cuanto a la aplicación inicial del estado de alarma. En cuanto a la autoridad competente durante los estados de necesidad, planteamos la necesidad de obtener enseñanzas de la actuación italiana durante el covid 19. Concluimos que es preciso incorporar a nuestro ordenamiento de excepción la obligatoriedad de constituir un comité de expertos transparente y público que conozca de la materia objeto de crisis. En cuanto al control parlamentario y constitucional, el legislador debe incluir en la normativa española de manera expresa el control para la evaluación de la aplicación de la declaración, tal y como recoge el ordenamiento portugués. Por último, a pesar de que existan las sesiones de control parlamentario, es también preciso revisar la frecuencia de las comparecencias de la autoridad competente en base a las explicaciones que el parlamento requiera en torno a los estados de necesidad vigentes.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Asamblea Nacional. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789.

Bando de 28 de julio de 1936, núm. 3 (BOE 30 de julio de 1936).

Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España (BOE 30 de julio de 1936).

Crisis sanitaria COVID 19. Normativa francesa. (BOE 5 de abril de 2020).

Crisis sanitaria COVID 19. Normativa alemana (BOE 15 de abril de 2020)

Declaración Presidencial D.O., de 18 de marzo, de Estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile (Diario Oficial de la República de Chile 18 de marzo de 2020).

Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de marzo.

Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional (BOE 25 de julio 1936).

Decreto-ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales (BOE 5 de mayo de 1962).

Gaceta de Madrid (BOE 7 de octubre de 1934).

Gaceta de Madrid (BOE 23 de febrero de 1854).

Lei núm. 27/2006, de 3 de Julho, aprova a Lei de Bases da Proteção Civil (Diário da República núm. 126/2006, Série I de 2006-07-03). Traducción propia.

Lei núm. 44/86, de 30 de Setembro, Regime do estado de sítio e do estado de emergência (Diário da República núm. 225/1986, Série I de 1986-09-30).

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre de 2011).

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. (BOE 28 de noviembre de 1997).

Ley Orgánica 18.415, de 12 de junio, de los estados de excepción constitucional (Junta de Gobierno 14 de junio de 1985).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE 5 de junio de 1981).

Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (BOE 18 de julio 1987).

Pleno del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

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 (BOE núm. 86 de 28 de marzo de 2020).

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 (BOE núm. 129 de 9 de mayo de 2020).

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 (BOE núm. 145 de 23 de mayo de 2020).

2. JURISPRUDENCIA

Auto 7/2012, de 13 de enero, (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

Despacho nº 3298-B/2020, de 13 de marzo.

Recurso de amparo del Tribunal Constitucional núm. 4703-2012, de 28 de abril.

Recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020, de 17 de noviembre (BOE 26 de noviembre de 2020).

Resolução da Assembleia da República nº. 15-A/2020, de 18 de marzo.

Resolução do Conselho de Ministros nº 33-A/2020, de 30 de abril.

Resolução do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores nº1076/20. OT8PDL., de 15 de mayo.

Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique nº. 228-2020, de 12 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 133/1990, de 19 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/2016, de 28 de abril.

3. OBRAS DOCTRINALES

Aba Catoira, A., “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 280-319.

Alzaga Villaamil, O., “La justicia en la constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 243-278.

Aragón, M., “Estado de Derecho y Democracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 287-386.

Arnaldo Alcubilla, E., “España: Tres meses y una semana bajo el estado de alarma” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (Dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 271-295.

Bacelar Gouveia, J., “Portugal y COVID 19: balanço e perspectivas de uma Ordem Jurídica de Crise”, *Revista do Ministério Público*, número especial COVID 19, 2020, pp. 93-106.

Bacelar Gouveia, J., *El estado de excepción*, Lisboa, 1984, pp. 11-45

Bingham, T., *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2018, pp. 1-230.

Blas Guerrero, A., *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*, UNED, Madrid, 2010, pp. 30-49.

Cruz Villalón, P., “El nuevo derecho de excepción: (ley orgánica 4-1981, de 1 de junio)”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 240-289.

Cruz Villalón, P., “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.1-2, 1981, pp. 93-130.

Cruz Villalón, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 21-33.

Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984, pp. 13-23

Cruz Villalón, P., *Los estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 1-320.

D'Oliveira Martins, M. y D'Oliveira Martins, A., “Los derechos fundamentales y la crisis sanitaria: El caso portugués” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 349- 368.

Enriquez Malavé, G., “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma”, *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.

Faggiani, V., “Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Comparado Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 201-215.

Fernández Sarasola, R., “La primera constitución española”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 26, 2006, pp. 69-96.

Fernández Segado, F., “La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón, El estado de sitio y la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 229-248.

Fernández Segado, F., “Las disposiciones de excepción en la década moderada”, *Revista de estudios políticos*, núm. 205, 1976, pp. 81-118.

García Pino, G., “Los Estados de Excepción Constitucional: un Nuevo Derecho de Excepción”, en Zúñiga Urbina, F. (coord), *Reforma Constitucional, Libro Colectivo*, LexisNexis), Santiago, 2005, pp. 451-476.

Godicheau, F., “Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional”, *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, núm. 2, 2013, pp. 107-130

Mellado, F., *Tratado Elemental de Derecho político*, Madrid, 1891, pp. 1-568.

Ramírez Arrayás, J., “Estados de excepción en Chile en tiempos de pandemia” en Arnaldo Alcubilla, E y Canosa Usera, R., (dir.), *El Derecho Constitucional ante el covid 19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 93-109.

Sainz de Varanda, R., *Colección de leyes Fundamentales*, Acribia, Zaragoza, 1957, pp. 1-280.

Salas, R., *Lecciones de Derecho público constitucional, tomo II*, Madrid, 1821, pp. 217-220.

4. RECURSOS DE INTERNET

Bilbao Ubillos, J. y Cano Flores, E., “Historia del Constitucionalismo Español”, *Junta de Castilla y León. Materiales formativos para profesores*. (Disponible en <https://www.educa.jcyl.es/profesorado/es/constitucion.ficheros/1248053-H%20del%20constitucionalismo%20espa%C3%B1ol.pdf>; última consulta el 4/4/2021).

Calzado, F., “Describe las causas, desarrollo y consecuencias de la revolución de octubre”, *Materiales para el estudio de geografía e historia*, (disponible en <https://geografiahistoria.org/hesp-estandares/bloque10/1007-121-describe-las-causas-desarrollo-y-consecuencias-de-la-revolucion>; última consulta el 4/4/2021).

Comisión Europea, “Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en Portugal”, *Documento de trabajo de los servicios de la comisión*, 2020 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN>; última consulta 14/04/2021).

EFE, “Finlandia anuncia que ha frenado la pandemia y ya ha superado su pico”, *Agencia EFE*, 15 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/finlandia-anuncia-que-ha-frenado-la-pandemia-y-ya-superado-su-pico/10001-4247394>; última consulta 11/04/2021).

EFE, “Finlandia declara el estado de excepción para cerrar bares y restaurantes”, *Agencia EFE*, 1 de marzo de 2021 (disponible en <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/finlandia-declara-el-estado-de-excepcion-para-cerrar-bares-y-restaurantes/10001-4477016>; última consulta 11/04/2021).

Europa Press, “Finlandia declara el estado de emergencia ante el repunte de los casos de coronavirus”, *Europa Press*, 1 de marzo de 2021 (disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-finlandia-declara-estado-emergencia-repunte-casos-coronavirus-20210301131718.html>; última consulta 12/04/2021).

Gallego, G., “Sobre las prórrogas del estado de alarma”, *Revista de Jurisprudencia*, 2020 (disponible en <https://elderecho.com/sobre-las-prorrogas-del-estado-de-alarma>; última consulta 16/04/2021).

Gobierno de Chile, “Instructivo para Permisos de Desplazamiento”, 2020 (disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/documentos/>; última consulta 11/04/2021).

Gobierno de Chile, “Plan Paso a Paso”, 2021 (disponible en <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>; última consulta 11/04/2021).

Lei núm. 44/86, de 30 de Setembro, Regime do estado de sítio e do estado de emergencia (Diário da República núm. 225/1986, Série I de 1986-09-30)

Ministro per l’innovazione tecnologica e la transizione digitale., “Task force covid 19. L’utilizzo dei dati per affrontare l’emergenza sanitaria”, 2020 (disponible en https://innovazione.gov.it/dipartimento/cosa-facciamo/task-force-covid_19/; última consulta 15/04/2021).

“Novísima Recopilación, Libro III, Tít. XXI, Ley X, art. XXIV” (disponible en <http://fama2.us.es/fde//ocr/2006/novisimaRecopilacionT2.pdf>; última consulta el 5/3/2021).

Organización Mundial de la Salud, “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID 19)”, (disponible en <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>; última consulta 04/04/2021).

Pascua Mateo, F., “Sinopsis del artículo 116”, *Congreso de los Diputados*, 2003 (disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>; última consulta 05/04/2021).

Real Academia Española., *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed.; [versión 23.4 en línea] (disponible en <https://dle.rae.es/globalizaci%C3%B3n?m=form>; última consulta el 29/03/2021).

Visit Portugal, “covid 19. Medidas implementadas en Portugal”, 2021 (disponible en https://www.visitportugal.com/es/content/covid_19-medidas-implementadas-en-portugal; última consulta 04/04/2021).

Williams, G. y Truffello, P., Causales para decretar el estado de excepción constitucional de emergencia. Doctrina e historia de la ley, *Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, n°. 122899, 2019 (disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27946/1/BCN_estado_de_emergencia_02.pdf; última consulta 15/04/2021).

World Intellectual Property Organization, “Constitución finlandesa”, 1999 (disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/fi/fi099es.pdf>; última consulta 12/04/2021).

