

Democracia de emergencia y crisis sanitaria: el caso español

di Jorge Lozano Miralles

Abstract: Emergency democracy and health crisis: the Spanish case – Examination of the normative adopted to deal with emergencies, the specific response adopted by the Spanish State to fight the pandemic and the sentence issued by the Constitutional Court on the case is examined. Next, it is studied if the fundamental rights of democracy have been violated or affected during the state of alarm and the Government-Parliament relationship.

Keywords: State of emergency; Pandemic; Democracy; Fundamental rights; Institutional response.

1. Premisa

Como premisa queremos señalar que este trabajo se centra, desde el punto de vista ‘temporal’, en el primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020) y en el proceso de “desescalada” (o vuelta a la nueva “normalidad”) que duró hasta la segunda declaración del estado de alarma (el 25 de octubre de 2020). No se aborda específicamente el segundo estado de alarma ni su posterior desescalada ni las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional al respecto (aunque se harán hacer referencias), pues no solo constituyen un ámbito temporal todavía en acto en el momento de presentar este trabajo, sino también porque exceden los límites impuestos para la redacción de este artículo.

1. Los estados de emergencia en la Constitución española

La particularidad de esta situación de emergencia es que lo ha sido a nivel global, aunque la respuesta lo ha sido a niveles nacionales, marcando así diferencias entre los distintos ordenamientos sobre la forma o modo de abordar el problema.

La Unión Europea ha llevado a cabo un importante esfuerzo para coordinar las diferentes respuestas dadas por los Estados miembros, lo cual ha sido patente en materia de vacunación o en el régimen de entradas y salidas de viajeros o viajes entre los Estados miembros o adquisiciones de mascarillas o en materia de investigación. Sin embargo, como también es

sabido, las respuestas, formas, instrumentos y restricciones de los Estados miembros han sido diferentes.

El Consejo de Europa, a través de la Comisión de Venecia, se ha preocupado por el tema, pues uno de sus objetivos es garantizar la seguridad pública en democracia y con pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales. En la denominada “Lista de verificación del Estado de Derecho” se dice en el apartado 51 que “la seguridad del Estado y de sus instituciones democráticas, así como la seguridad de sus funcionarios y de la población, son intereses públicos y privados vitales que merecen protección y pueden conducir a una suspensión temporal de ciertos derechos humanos y a una división extraordinaria de poderes. Sin embargo, los gobiernos autoritarios han abusado de los poderes de emergencia para mantenerse en el poder, silenciar a la oposición y restringir los derechos humanos en general. Por lo tanto, es esencial establecer límites estrictos a la duración, las circunstancias y el alcance de esos poderes. La seguridad del Estado y la seguridad pública sólo pueden garantizarse eficazmente en una democracia que respete plenamente el Estado de derecho. Ello requiere un control parlamentario y una revisión judicial de la existencia y duración de una situación de emergencia declarada para evitar abusos”.¹

Las respuestas de los Estados, aunque dictadas desde la tradicional óptica de la soberanía interna de los mismos, trascienden, van más allá de las fronteras. Y es, precisamente, esa mezcla entre producto interno con proyección externa lo que hace que sea muy interesante y oportuno el análisis comparado.

El debate político y jurídico que subyace a este problema es casi una consecuencia normal que deriva de la tradicional tensión que existe cuando se abordan situaciones excepcionales, es decir, cuándo es necesario fortalecer los poderes del Ejecutivo y restringir ciertos derechos fundamentales para hacer frente a la crisis. Se produce una centralización de los poderes ejecutivos en la figura del presidente del Gobierno o incluso una centralización de los poderes territoriales en el poder central, o un uso todavía más abundante de la figura del Decreto Ley (con la correlativa

¹ [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-spa) p. 25.

Cfr. para una muy buena síntesis de la posición del Consejo de Europa, así como de las distintas medidas adoptadas, J.J. Castellà Andreu, *La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la COVID-19*, en P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, 2020: www.fundacionmgimenezabad.es/es/los-efectos-horizontales-de-la-covid-19-sobre-el-sistema-constitucional-estudios-sobre-la-primera; el Prof. Castellà también reproduce como conclusiones de su trabajo el citado apartado 51 del *check list* del Estado de Derecho del Consejo de Europa. El libro puede obtenerse en la siguiente web:

Cfr. también M. Díaz Crego, *Uso (y ¿abuso?) del derecho de excepción en los estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia*, en *Teoría y realidad constitucional* n. 48/2021, ver conclusiones, 430-431.

disminución del poder legislativo del Parlamento), o la intervención del poder público en el ámbito de la libertad de empresa y de la actividad económica o la restricción de la libertad.

La diferencia en esta situación de crisis es que la restricción a la libertad no se ha hecho en nombre de la seguridad sino en nombre del derecho a la vida. Esa es seguramente la razón por la que la población ha asumido sin excesivas quejas la fuerte restricción a la libertad establecida por el Real Decreto que declaraba el estado de alarma. Y, seguramente, es una razón hasta ahora no conocida como causa (o hecho habilitante) de la declaración excepcional de un estado de emergencia.

Entre las dos formas de hacer frente a situaciones excepcionales, la Constitución española -al igual que otras constituciones de nuestro entorno²- opta por la propia de un Estado constitucional de Derecho, es decir por aquella en la que la norma suprema regula el ejercicio del poder en los estados excepcionales, frente a la teoría denominada ‘soberanista’ en la que el Poder

² Nueve Estados miembros de la UE declararon el estado de emergencia en virtud de las disposiciones pertinentes de sus constituciones: Bulgaria, la República Checa, Finlandia, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Rumanía y España: en Bulgaria, Portugal fueron los parlamentos quienes declararon el estado de emergencia y en los otros siete países fueron los respectivos Gobiernos.

Otros cinco Estados miembros de la UE declararon el estado de excepción en virtud de leyes ordinarias: Francia, Alemania, Italia, Letonia y Eslovaquia. En este grupo, algunos países han optado por leyes ordinarias para declarar el estado de emergencia, aunque sus constituciones tienen disposiciones detalladas que cubren varios tipos de estados de emergencia. Recurrir a esta opción se puede deber a razones históricas o para evitar aplicar un mecanismo con la aureola de represivo o por otras razones, como tener un mecanismo que se refiere expresamente al riesgo de una epidemia como motivo para declarar el estado de emergencia. En Francia, en particular, una ley creó el “estado de emergencia sanitaria (*l'état d'urgence sanitaire*)”, que organiza los poderes y competencias de las autoridades y faculta al ejecutivo para actuar por decreto en determinados asuntos. Otros países han optado por una solución híbrida para hacer frente a la crisis de la COVID-19, tras una combinación de medidas introducidas en virtud de la legislación ordinaria y algunas en virtud de disposiciones constitucionales (por ejemplo, Italia).

Sin embargo, catorce Estados miembros de la UE no han declarado el estado de emergencia *de jure* durante la crisis de la COVID-19: Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Eslovenia, Suecia (y Reino Unido), recurriendo la mayoría de ellos a la legislación ordinaria (en su mayoría leyes de salud pública), si bien todos ellos tuvieron que recurrir a medidas especiales para hacer frente a esta crisis: así, por ejemplo, Austria y Malta adoptaron nuevas leyes que modifican la legislación existente para hacer frente a la crisis de la COVID-19 o para proporcionar una base jurídica para las medidas de emergencia.

Y, la mayor “anomalía” la representó Suecia, que inicialmente se basó principalmente en recomendaciones en lugar de leyes, pero luego las complementó modificando ciertas leyes existentes para aplicarlas a la crisis.

Cfr. Interim Report *On the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and their Impact on Democracy, The Rule of Law and Fundamental Rights* Adopted by the Venice Commission at its 124th online Plenary Session (8-9 October 2020), Ref. CDL-AD(2020)018, Council of Europe, Strasbourg, 20208-16, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)018-e).

ejecutivo absorbe todo el poder sin ningún límite a fin de hacer frente a la situación de riesgo (Karl Schmitt)³.

La regulación de los estados excepcionales en España está contenida en los arts. 116 y 55 de la Constitución, si bien su entendimiento ha de hacerse junto con la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma excepción y sitio, que según jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional forma parte del bloque de la constitucionalidad a la hora de interpretar el texto de la Constitución.⁴

En el artículo 116 CE se prevén tres estados de excepción que aluden a la existencia de unas causas que motivan la adopción de uno u otro estado de emergencia. Así para el caso de catástrofes naturales o pandemias habría que declarar el estado de alarma; cuando el problema fuera una grave alteración del orden público (de carácter político) la fórmula a adoptar sería la del estado de excepción; mientras que en una situación pre-bélica la respuesta sería el denominado estado de sitio.

Por su parte el artículo 55 CE establece cuáles son los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos en los estados de excepción y de sitio⁵, no diciendo nada sobre los derechos afectados en el caso del estado de alarma.

El artículo 55 CE establece una clara diferencia entre el estado de alarma y los otros dos estados excepcionales: primera, durante el estado de alarma los derechos fundamentales no podrán ser ‘suspendidos’, pues al no preverlo expresamente es claro que no cabe su suspensión; el artículo 116.1 CE establece que una “ley orgánica regulará los estados de alarma, de

³ Cfr., entre otros, P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984; H. Fix-Zamudio, *Los estados de excepción y la defensa de la Constitución*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 111/2004; L.López Guerra y E. Espin Templado, *La defensa de la Constitución*, Valencia, 2004.

Más recientemente R. Canosa Usera, *Ordenación de las fuentes del derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español*, en D. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca, M.E., Guimaráes Teixeira Rocha (Coords.), *Covid 19 y Parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, México DF, 2020: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6225/27.pdf.

⁴ Por todos I.Gómez Fernández, *¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales*, en C. Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021, 11, www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/3_itziar_gomez_limitacion_o_suspension.pdf.

La autora se muestra así de tajante: “Ningún sentido tiene introducir dudas sobre la naturaleza de parámetro de constitucionalidad de la LO 4/1981 alegando que posee el mismo rango que los Reales Decretos de proclamación de los estados excepcionales”.

⁵ Los derechos que pueden ser suspendidos en los estados de excepción y de sitio son los relativos a la libertad personal entendida en su relación con el poder público o como seguridad: detención preventiva, derechos relativos a la detención, asistencia letrada, habeas corpus, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de circulación (deambulatoria) y residencia, libertad de expresión, libertad de información o secuestro de las publicaciones, derechos de reunión y manifestación, derecho de huelga o las medidas de conflicto colectivo.

excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”, en consecuencia, durante el estado de alarma se podrán limitar pero no suspender los derechos fundamentales; segunda, al señalar los derechos fundamentales que pueden ser afectados mediante la declaración del estado de excepción y de sitio (ver nota al pie) se deduce claramente que se trata de situaciones relativas al orden público de carácter político pues los derechos que se suspenden son los propios de la actividad política, reforzando así la idea de que cada uno de los tres estados previstos constitucionalmente tienen una causa u origen distinto.⁶

Junto a esa regulación constitucional el legislador ordinario ha previsto igualmente mecanismos sectoriales para hacer frente pandemias o epidemias (así la legislación de salud pública habilita instrumentos o mecanismos para hacer frente a crisis sanitarias: Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad del año 1986, modificada en el año 2003) así como para catástrofes naturales o graves accidentes (así la legislación sobre emergencias y catástrofes: Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil). En ambas legislaciones se prevén limitaciones de derechos fundamentales, si bien se consideran puntuales, es decir, que afectan a concretos destinatarios o, al menos, a grupos limitados.

Entre las distintas opciones disponibles, a la luz de la gravedad de la situación, así como ante la aparición de respuestas distintas por parte de las Comunidades Autónomas, el Gobierno español decidió la utilización de la declaración del estado de alarma, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, dando inmediata cuenta de la adopción del mismo al Congreso de los Diputados (tal y como preceptúa el art. 116.2 CE); a los diez días el Gobierno solicitó al Congreso de los Diputados la prórroga de la declaración del estado de alarma por otros 15 días y así sucesivamente hasta la terminación del mismo (21 de junio); en las sucesivas prórrogas se fueron introduciendo modificaciones en los Decretos del Gobierno a instancias del

⁶ Esta ha sido la posición predominante mantenida hasta el momento por la doctrina, incluyendo al magistrado Ponente de la STC 148/2021, posición que cambia en la citada resolución.

En el manual del Ponente de la STC 148/2021 y Profesor de Derecho Constitucional, P.J. González-Trevijano, escrito con J. de Esteban, (*Curso de Derecho Constitucional español II*, Madrid, 1993, 427) se dice: “El estado de alarma está pensado para hacer frente, fundamentalmente, a las catástrofes y desgracias naturales; el estado de excepción, para los casos de graves alteraciones del orden público; y, finalmente, el estado de sitio, cuando se halla en peligro la soberanía o independencia del Estado español, así como su ordenamiento constitucional.”

También cfr. entre la “primigenia” doctrina P. Cruz Villalón, voz *Estado de alarma* en *Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II*, Madrid, 1995, o F. Fernández Segado, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, en *Revista de Derecho Político*, 11/1981, que ha sido trasladada a los distintos manuales de la disciplina que omitimos referenciar por ser unánime la posición.

Congreso de los Diputados.⁷

2. Los derechos fundamentales afectados por la primera declaración de alarma

Los derechos afectados por la declaración del estado de alarma se reflejan en los arts. 7 a 11 del Real Decreto 463/2020 y son los siguientes: la libertad de circulación⁸, derecho a la educación, libertad de empresa, derecho de culto y asistencia a ceremonias civiles y religiosas, y derecho a la tutela judicial efectiva (al suspenderse los plazos procesales).

A primera vista, la democracia no se ve afectada por la limitación de esos derechos, si bien la limitación del derecho a deambular puso en evidencia que éste era el presupuesto de otros, como por ejemplo el derecho de reunión o de manifestación de forma directa por el denominado efecto dominó⁹ o, incluso, el derecho de sufragio¹⁰.

Sin embargo, ninguno de los derechos fundamentales del art. 21 o del 23 CE fueron ‘formalmente’ derogados, aunque ‘materialmente’ lo fueron. Fueron afectados materialmente porque la situación epidémica así lo aconsejaba, no porque hubiera un fundamento jurídico-formal en la denegación de posibles reuniones o manifestaciones basado en la limitación impuesta por el art. 7 del RD 463/2020. Podría ser un ejemplo de lo Jellinek denominó la “fuerza normativa de lo fáctico”.

De hecho, el aplazamiento de las elecciones legislativas autonómicas, lo fue por decisión de los respectivos Presidentes de Gobierno de Galicia y

⁷ Así, por ejemplo, en la primera prórroga concedida por el Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de marzo de 2020, se acordó solicitar –y así lo refleja el Decreto del Gobierno– la inclusión de una nueva disposición adicional de “la obligación del Gobierno de remitir semanalmente al Congreso información sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para alcanzar los objetivos propuestos”.

⁸ Un estudio serio y riguroso sobre esta libertad en J.F. Durán Alba, *Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis «COVID-19»*, en P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales*, cit.

⁹ Cfr. J.M. Bilbao Ubillos, *La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia*, en P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales*, cit. En este artículo se hace un interesante y ameno recorrido sobre las distintas resoluciones adoptadas por los tribunales de justicia, así como un análisis del Auto de 30 de abril de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional que aun inadmitiendo el recurso de amparo presentado lo hace tras ponderar que no se había vulnerado el derecho de reunión. En todo caso, parece evidente que el Decreto 463/2020 que decreta el estado de alarma, en su art. 7, no limita el derecho reunión; otra cosa distinta es que las resoluciones adoptadas se apoyen en el mismo para justificar la prohibición de la reunión o de la manifestación, pero más como argumento *ad abundantiam* que como argumento de autoridad.

¹⁰ Se han producido también aplazamientos de elecciones en Alemania, Francia, Italia (referéndum), Austria, la República Checa y Polonia. En España el aplazamiento de las elecciones fue a nivel autonómico, en Galicia y en el País Vasco.

Para un análisis detallado cfr. O. Sánchez Muñoz, *El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia*, en P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales*, cit.

País Vasco, no fue acordado como una medida del estado de alarma declarado por el Gobierno de la Nación.

Igualmente hay que afirmar que las manifestaciones (o reuniones políticas) no fueron restringidas, ni limitadas, si bien los jueces, ante las denegaciones de su celebración como consecuencia de la previa decisión administrativa no autorizando la manifestación por encontrarse en una situación de pandemia, en ocasiones confirmaron la resolución administrativa, mientras que en otras la revocaron; incluso hubo algunas manifestaciones que fueron autorizadas. La razón para confirmar la decisión administrativa denegatoria era la situación pandémica; la *ratio decidendi* no se basaba en algún precepto del Real Decreto 463/2020.

En conclusión, la democracia no se vio afectada por la declaración jurídica de la emergencia, aunque sí que lo fue por los efectos devastadores de la emergencia. Pero esos efectos devastadores afectaron a otros muchos derechos, a otras muchas situaciones, incluso a la estabilidad emocional de muchas personas. En nuestra opinión, ni la democracia, ni el Estado de Derecho se vieron perjudicados, si bien siempre habrá que tener en cuenta las opiniones que ayudan a mejorar la respuesta frente a estas graves situaciones.

El Decreto que declaró el estado de alarma fue recurrido ante el Tribunal Constitucional considerar que invadía esferas de derechos fundamentales cuyo instrumento de formalización debía de ser la declaración del estado de excepción. A la sentencia que resuelve esa impugnación dedicamos el siguiente epígrafe.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021

La Sentencia enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, así como sus posteriores modificaciones y prórrogas, como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

La Sentencia examina la validez de los preceptos que introducen medidas restrictivas de diferentes derechos fundamentales como la libertad de circulación (y la libre elección de residencia de forma indirecta), el derecho de reunión en su vertiente social (no en la política), el derecho a la educación y libertad de empresa y fue estimado parcialmente: se declaró la nulidad de los preceptos que restringen la libertad de circulación (art. 7 del Real Decreto 463/2020).

Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto y para justificar posteriormente su argumentación sobre la necesidad de la declaración del estado de excepción, para motivar la existencia del presupuesto fáctico (el presupuesto habilitante de la emergencia) contemplado en la Constitución para el estado de excepción, la sentencia declara que la gravedad y extensión

de la epidemia causada por el coronavirus imposibilitaron un normal ejercicio de los derechos, impidieron un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturaron los servicios sanitarios y no permitieron mantener con normalidad la práctica totalidad de actividades públicas, incluidas las educativas. De modo que el ‘orden público constitucional’ (entendido en el más amplio sentido comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) se vio afectado (FJ 11).

Este orden público en sentido lato justificaba la declaración de un estado de excepción, atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que al origen o la causa de ellas. Según el Tribunal una opción diferente hubiera llegado a desfigurar la distinción constitucional entre estado de alarma y estado de excepción, pues se estaría convirtiendo la alarma en un suceso de la excepción, pero sin previa discusión y autorización de la representación popular, y con menos condicionantes de duración (FJ 11).

En el ámbito de la restricción de derechos fundamentales, la sentencia declara la inconstitucionalidad de la prohibición general de circular por las vías de uso público. La restricción de la libertad deambulatoria excede los límites del estado de alarma, según resultan de su configuración en la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio: no se trata de una “limitación” de las circunstancias espaciales y temporales del ejercicio del derecho sino una “privación o suspensión” general de las facultades de ejercicio del derecho. Y la suspensión de los derechos fundamentales señalados en el art. 55 CE solo puede efectuarse, concluye el Tribunal, mediante la declaración del estado de excepción¹¹.

Adicionalmente, añade el Alto Tribunal, la suspensión de ese derecho conlleva una amputación ‘material’ de mantener reuniones privadas (derecho de reunión) incluso en la esfera doméstica y la exclusión del derecho a elegir libremente la propia residencia, toda vez que impone a su titular, como

¹¹ Este punto (limitación *versus* suspensión) ha sido objeto de debate entre nuestra doctrina, encontrándose dividida la misma; cfr. a favor de la “suspensión”, entre otros, M.J., Carazo Liébana, *Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19: el caso español*, en *Democrazia e diritti sociali*, fasc. spec. *Pandemia, normazione dell'emergenza e modelli d'intervento socio-economici*, G. Scalese (a cura di), 2020: www.democraziaedirittisociali.it/wp-content/uploads/2021/01/Covid19.pdf; L. Cotino Hueso, *La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la COVID*, en C. Garrido López (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021.

A favor de la “limitación”, *ex plurimis*, I. Gómez Fernández, *¿Limitación o suspensión? ¿Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales?* en C. Garrido López (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho*, cit., 11, www.fundacionmgimenezabad.es/es/excepcionalidad-y-derecho-el-estado-de-alarma-en-espana). E. Carmona Cuenca, *Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿limitación o suspensión?*, en *Revista de Derecho Político*, 112/2021; M. Revenga Sánchez, J.M. López Ulla, *El dilema limitación/suspensión de los derechos y otras «distorsiones» al hilo de la pandemia*, en *Teoría y realidad constitucional*, 48/2021, 215-239.

residencia inamovible, la del lugar en el que venía residiendo¹².

En conclusión, la inconstitucionalidad que se declara no deriva del contenido ‘material’ de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad se aceptan, sino del instrumento jurídico utilizado para la suspensión del derecho fundamental directamente concernido: la declaración del estado de alarma en vez del estado de excepción.

La sentencia cuenta con 5 votos particulares discrepantes, que votaron contra la opinión de la mayoría formada por seis magistrados, al encontrarse conformado en ese momento el TC por 11 miembros en lugar de los 12 previstos constitucionalmente pues uno de ellos renunció en octubre de 2020.

La argumentación en contra del planteamiento de la mayoría se contiene en los votos particulares discrepantes podría sintetizarse en los siguientes argumentos:

- El estado de alarma permite ponderar constitucionalmente las limitaciones con juicio de proporcionalidad que no se daría en el estado de excepción; en éste, la privación completa del derecho supone abatir las garantías, mientras que en el de alarma se mantienen (Votos de Xiol, Conde-Pumpido y Balaguer).

- No cabe hablar de ‘suspensión’ cuando se admiten algunas excepciones al confinamiento, como en efecto previno el decreto regulador del estado de alarma (en este punto coinciden los 5 votos particulares, aunque el magistrado Ollero lo hace desde la perspectiva del ‘contenido esencial’ de los derechos fundamentales). La suspensión implica la desaparición del derecho, mientras que la limitación implica su mantenimiento, aunque limitado. La sentencia habla de limitación o restricción de “altísima densidad” así como de restricción “general en cuanto a sus destinatarios”, lo cual implica introducir un criterio que implica inseguridad jurídica, pues no se establecen las pautas para determinar cómo se limita en más o en menos un derecho fundamental. Carece de un “test” de nivel de limitación del derecho. No cabe un entendimiento material de la suspensión, que es la consecuencia de una declaración formal que suprime temporalmente el derecho y le priva de eficacia.

- Desde el punto de vista de las causas o motivos que originan uno u otro estado, la ley 4/1981 prevé la alarma precisamente cuando se produzcan crisis sanitarias, tales como epidemias. Mientras que el estado de excepción está previsto para hacer frente a crisis de orden público; pero no crisis institucionales originadas por una causa no política como un virus. Se incumple el supuesto de hecho habilitante, crisis sanitarias y epidemias, que determina claramente la Ley Orgánica 4/1981, olvidando que esta norma es

¹² La sentencia, sin embargo, rechaza la inconstitucionalidad aducida respecto de las restricciones a la actividad comercial de las empresas, la presencia en lugares de culto y los derechos de reunión y educación, al no estimarse las restricciones desproporcionadas. Es decir, que en este caso el instrumento utilizado (alarma) ha sido el correcto, pues habiendo realizado el test de proporcionalidad, las medidas adoptadas eran proporcionales.

parte del bloque de la constitucionalidad y, en consecuencia, parámetro de control de la constitucionalidad. En este punto también coinciden los 5 votos discrepantes.

Había una gravísima alteración económica y social, pero esa alteración no era de carácter político, sino consecuencia de las desgracias naturales de las cosas.

- En ambos estados de emergencia (alarma y excepción) puede dictarse el confinamiento domiciliario. Imponer el estado de excepción es un atajo para obviar un juicio de proporcionalidad de las medidas.

- Las restricciones adoptadas han sido semejantes en todos los Estados y carecen de repercusión en el Estado de Derecho.

La conclusión a la que se llega tras exponer los argumentos de la mayoría y de la minoría en la sentencia 148/2021 son dos:

Primero, que, a partir de ahora, el presupuesto habilitante del estado de excepción también lo constituye una epidemia o pandemia; sin embargo, no queda claro cuál es límite entre suspensión y limitación de un derecho¹³.

Segundo, que sentada jurisprudencia, corresponde a la doctrina su análisis. Desde esta perspectiva considero que puede ser compartida la crítica enunciada por el Prof. García Roca en una editorial publicada en el diario El País el 30 de julio de 2021 “Una controvertida decisión” y que reproduzco a continuación (y en nota a pie de página, la crítica ‘contraria’ del Prof. Soriano a fin de tener una visión “dual”):

- Sobre el presupuesto habilitante: “A mi entender, es acertado distinguir entre catástrofes y crisis sanitarias (alarma) y atentados al normal funcionamiento de las instituciones democráticas (estado de excepción) como hace la Ley Orgánica, pues permite despolitizar la alarma, facilitando su declaración, autorización y prórroga. No deberían confundirse. El orden público, como cláusula limitativa de derechos, no debe crecer en democracia mediante interpretaciones expansivas, aprendiendo de la experiencia adquirida en la dictadura”.

- Sobre las diferencias garantistas de la alarma y de la excepción: “Toda suspensión entraña un acto formal y normativo de derogación temporal de un derecho, de privación de su eficacia, como ilustra el procedimiento seguido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mientras la proporcionalidad de las restricciones puede revisarse jurisdiccionalmente”¹⁴.

¹³ Esto va suponer una importante actualización de todos los manuales de derecho constitucional, así como de nuestras explicaciones en clase cuando abordemos el tema de la defensa de la constitución a través de las declaraciones de los estados de emergencia.

¹⁴ Para el Prof. José Eugenio Soriano esta afirmación es equivocada, en cuanto “hay que afirmar, con rotundidad, que la Constitución no se suspende en ningún estado excepcional. No estamos como la pobre Weimar. No hay abrogación, ni derogación imperfecta, ni siquiera eclipse parcial de la Norma Primera, que sigue completamente operativa, aplicando su propia concepción de las crisis, sin necesidad de acudir a una realidad fuera de la Constitución. Continúa siendo una íntegra norma jurídica, controlable tanto por la Justicia como, eventualmente, por el TC, cualquier situación sea alarma, excepción o sitio y sus aplicaciones

- Sobre la idoneidad de la medida atendiendo a su duración: “El estado de excepción tiene unas limitaciones temporales –30 días prorrogables por otro plazo igual– que hubieran hecho imposible afrontar con eficacia una pandemia tan prolongada. La opción que se ofrece por la mayoría es irreal y sólo este motivo debería bastar para rechazarla”¹⁵.

- Sobre el alcance de la limitación: “Las limitaciones a la libertad de circulación contemplaban una decena de excepciones con causas bastante amplias, lo que permitía ciertos movimientos y corrobora que no se produjo la privación absoluta del derecho. No había otras medidas alternativas según los científicos”¹⁶.

- Sobre el papel del Tribunal: “No puede imponer una única exégesis al legislador orgánico que habilita la Constitución, invadiendo sus funciones”¹⁷.

a la población. Y todas las instituciones siguen funcionando: «La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado» (artículo 1.4 LO 4/1981”).

Añadiendo a mayor abundamiento: “En el estado de excepción (y en el de sitio) al igual que en el de alarma, también se aplica cabalmente el principio de proporcionalidad. Y lo dice de forma expresa la propia Ley, en el artículo 1-2: «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». Cabe pues en el estado de excepción aplicar por completo el principio de proporcionalidad. No se acaba de entender la crítica a utilizarlo. Proporcionalidad que, formando parte de los principios constitucionales, se aplica no solo a las medidas concretas, sino a la propia definición que haga el Gobierno, que por fuerte que sea su componente política, no resucita el maledetto acto político”. J. Eugenio Soriano, *Crónica de una sentencia imprescindible*, en *El Mundo*, 5/Agosto/2021.

¹⁵ Para el Prof. Soriano: “La caducidad se da en el estado de excepción, pero, transcurrido su plazo y prórroga, el Congreso puede autorizar un nuevo supuesto. Y así hacer frente a la peste. Lo hace el Congreso, no la cúpula directorial de un partido y su jefe”. *Ibidem*.

¹⁶ Seguimos reproduciendo las razones en contra del Prof. Soriano (que no se hacen formalmente contra el art. o editorial del Prof. García Roca, pero que cabe aplicarlas): “La suspensión material del ejercicio de los derechos se produjo durante el estado de alarma aquí discutido. Se nos encerró totalmente, dentro de lo que el mínimo vital permite. Porque en efecto hubo matizaciones, tales como ir a la compra, al trabajo... ¿Pero se le ha ocurrido a alguien en serio que no se pueda ir a por comida? ¿O a trabajar para producirla? Incluso en el estado de sitio hay que alimentarse, producir energía, atender la salud, mantener servicios esenciales y desde luego seguir produciendo muchas veces presencialmente. No se entiende bien que se argumente que esas excepciones al confinamiento supongan romper seriamente el campo de concentración en que quedaron convertidas las ciudades y pueblos. Siempre y en todo caso, inclusive en el añejo estado de guerra había que salir para atender estas necesidades absolutamente mínimas para conservar la vida. No tiene ningún sentido pretender que gracias a estas salidas limitadas de algunas personas fuera del recinto de su piso, se estaba realmente atendiendo a un estado que en caso de excepción no podrían tener lugar. Es absurdo. Lo que sí conviene subrayar es que en el Decreto «se permitían» esas salidas, cuando el estado natural de libertad es, precisamente, salir sin pedir permiso ni acogerse a excepción alguna. La libre circulación no existía”. *Ibidem*.

¹⁷ Y termina el Prof. Soriano: “Las limitaciones fueron de un rigor y severidad nunca vistos. Absolutamente necesarias, como bien reconoce el pobre TC. Pero ello no lleva nunca a

- Sobre el futuro del derecho de emergencia: “Para implementar la sentencia no creo sea necesario reformar la Constitución ni la Ley Orgánica 4/1981. No puede codificarse con exhaustividad el Derecho de emergencia. Podríamos regular esta crisis, pero no la siguiente cuyos perfiles ignoramos; cierta indeterminación es inevitable. El Derecho excepcional debe acomodarse a la nueva realidad con la necesaria flexibilidad y no desde una predictibilidad que deviene imposible en situaciones de excepcionalidad y urgencia. Cuando la siguiente emergencia sobrevenga, bastará con interpretar la intensidad de las restricciones a los derechos que se adopten según el contexto, el supuesto habilitante y los efectos”.

4. La relación Gobierno Parlamento durante el estado de alarma

La relación Gobierno-Parlamento (que nos permite comprobar la incidencia del estado de emergencia en el juego democrático-institucional) fue un ‘poco’ bochornosa en sus inicios, pues las Cortes (y también los parlamentos autonómicos) ‘desaparecieron’ de la escena política a pesar del papel que constitucionalmente tienen asignadas como garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos en un estado de emergencia. La más alta institución del Estado huyó, como el resto de los ciudadanos, ante el miedo al virus.

Como señala Dueñas Castrillo: “En una situación donde el Gobierno ha contado con un poder mucho mayor, su fiscalización debería haber sido sumamente relevante desde el inicio del estado de alarma, más aún si se tiene en cuenta el papel que otorga el artículo 116 CE al Congreso de los Diputados en cualquiera de los estados que contempla dicho precepto. Sin embargo, debido al contexto generado por la pandemia, el Parlamento casi desapareció en los primeros días de estado de alarma, aunque con el paso de las semanas y las sucesivas prórrogas de tal estado se fue volviendo a una situación donde la fiscalización al Ejecutivo pasó a ser más significativa”¹⁸;

amputar la Constitución ni a apelar a una realidad fuera de ella. Nunca, jamás, en ningún caso, cabe acudir a remedios fuera de la misma. Sería la muerte constitucional.

Si reclamándose a esta necesidad de encerramiento, indiscutible, se falsea la calificación que de los estados extraordinarios de crisis se realiza, nos topamos con una instrumentación nociva, abusiva y fraudulenta de la norma que desarrolla la Constitución. Y no todo vale”.
Ibidem.

¹⁸ A. I. Dueñas Castrillo, *Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por covid-19*, en P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dir.), *Los Efectos Horizontales*, cit., 1-2. Cfr. también D. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca, M.E., Guimarães Teixeira Rocha (Coords.), *Covid 19 y Parlamentarismo*, cit.; E. Ortea García, *Cortes Generales y emergencia sanitaria: labor parlamentaria en un contexto distópico. Una panorámica de la adaptación práctica del derecho parlamentario español a la crisis de la COVID-19*, Zaragoza, 2021.

Para una visión de la actividad parlamentaria de las asambleas autonómicas *vid.* J. Tudela Aranda (ed.), *El parlamento ante el COVID-19, Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad –monográficos*, 8, Zaragoza, 2020.

creo que es un resumen muy correcto de la actuación del parlamento español.

En el Congreso de los Diputados (que es la Cámara encargada de vigilar al Ejecutivo en las situaciones de emergencia) la Mesa suspendió las sesiones de la semana del 10 de marzo y la actividad parlamentaria se redujo a mínimos durante un mes¹⁹. Durante ese tiempo también se suspendieron los plazos de las iniciativas que se encontraban en tramitación.

El Congreso para paliar la situación adoptó alguna de las soluciones ofrecidas por las Asambleas Legislativas autonómicas, acordando la Mesa el 19 de marzo la posibilidad del voto por el procedimiento telemático en las sesiones plenarias (esto también sucedió en el Senado), si bien se rechazó la posibilidad de intervenir por videoconferencia en las sesiones plenarias²⁰.

Para los parlamentos iberoamericanos y argentinos cfr. J.O. Bercholz, *Parlamento y Covid: una visión iberoamericana: la perspectiva argentina* y J.C. Cervantes Gómez, *Parlamento y Covid: una visión iberoamericana*, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 22/2021.

En el ámbito de la doctrina italiana, Fulvio Pastore propone también medidas para que la institución parlamentaria haga frente a la situación de crisis en F. Pastore, *Alcune brevi considerazioni sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito dell'emergenza Covid-19*, en *Democrazia e diritti sociali*, fasc. spec. *Pandemia, normazione dell'emergenza*, cit., 281-289.

¹⁹ Este Acuerdo fue objeto de recurso de amparo por parte del Grupo parlamentario Vox en el Congreso y ha sido resuelto mediante la STC 168/2021; se otorga el amparo por vulneración del derecho de participación política.

El Alto Tribunal considera que el funcionamiento del Congreso de los Diputados no se puede interrumpir durante la vigencia de un estado de emergencia, y el ejercicio del derecho de participación política debe quedar garantizado incluso con más intensidad que en situaciones ordinarias.

Corresponde a la Mesa de la Cámara proteger de modo especial la función de control y de exigencia de responsabilidad política al Gobierno por su gestión —guarde o no relación con la situación excepcional—, a fin de preservar el Estado de Derecho.

La suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias sin prever excepciones, límites temporales ni medidas alternativas y quedando la vigencia de la suspensión al albur del criterio de la propia Mesa, impidió el ejercicio de la función representativa de los diputados.

Todo ello con independencia de la duración —aproximadamente un mes— de la suspensión, la existencia de una matizada actividad parlamentaria en ese lapso temporal y de que otros órganos constitucionales adoptaran medidas similares.

La sentencia cuenta con tres votos particulares discrepantes, uno de ellos suscrito por dos magistrados.

Cfr. M. I. Álvarez Vélez, *Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio; a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre; y a la sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre*, en *Revista de las Cortes Generales*, 111/2021, 567-570.

²⁰ Como ha señalado P. García-Escudero Márquez “las SSTC 19 y 45/2019 han subrayado la inmediatez y presencialidad de la actividad parlamentaria, aun admitiendo la posibilidad de que los Reglamentos prevean el voto en ausencia cuando concurren circunstancias excepcionales o de fuerza mayor”, lo que justificaría ese rechazo (P. García-Escudero Márquez, *Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19*, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, -monografías- 8/2020, 19,

El 7 de abril la Mesa del Congreso acordó levantar la suspensión del cómputo de plazos en la tramitación de iniciativas (pero con efecto desde el 13 de ese mes) y así se reactivó la labor parlamentaria. Es decir, que durante un mes el Congreso, prácticamente, desapareció de la escena política.

Como señala Dueñas Castrillo se pueden distinguir dos momentos en la función de control al Gobierno durante el estado de alarma por Covid-19: “El primero, cuando aún estaban vigentes los acuerdos de las Mesas de Congreso y Senado que suspendieron las sesiones plenarias y de comisiones, en el que tan sólo se celebraron los Plenos en el Congreso de prórroga del estado de alarma y de convalidación de decretos-leyes. Y un segundo momento, a partir del levantamiento por las Mesas de la suspensión del cómputo de plazos con efectos desde los días 13 de abril -en el Congreso- y 14 de abril -en el Senado, que conllevó que a partir de entonces se añadieran al orden del día de los Plenos las preguntas e interpelaciones a los miembros del Gobierno”.

En el primer momento, que es cuando ‘desaparece’ el Parlamento de la escena política, se realizaron tres Plenos en el Congreso de los Diputados con las medidas de seguridad oportunas (limitaciones en la asistencia a aquellos diputados que debían intervenir y voto telemático para los restantes, en el caso de que fuera necesario) y tan sólo para ventilar temas relacionados con el estado de alarma por Covid-19: en dichos Plenos solo se trataron cuestiones que eran constitucionalmente obligadas: prorrogar el estado de alarma o convalidar los Decretos-leyes adoptados.

El Parlamento no solo olvidó su cometido sino también su institucionalidad, al asumir que como personas que son los parlamentarios también les afectaban las limitaciones de circulación impuestas por el Real Decreto 463/2020. Sin embargo, el alto rol que desempeñan obligaba a que fueran los últimos “en abandonar el barco”.

Durante ese primer mes (o momento de material ‘desaparición’ del Parlamento) la única ‘otra’ actividad que se llevó a cabo y que entra dentro de las categorías del control parlamentario al Gobierno fueron las comparecencias semanales del Ministro de Sanidad ante la Comisión correspondiente²¹. Esas comparecencias fueron, no solo la única forma de control, sino principalmente la única fuente de información de la actividad del Gobierno ante la crisis, era la única forma de acceder al contenido de los acuerdos del Consejo Interterritorial de Salud como puede comprobarse con la lectura del Diario de Sesiones.

www.fundacionmgimenezabad.es/es/publicaciones?field_fecha_publicacion_value%5Bvalue%5D%5Byear%5D=&field_tipo_value=7&title=

²¹ A. García de Enterría Ramos, I. Navarro Mejía, *La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del COVID-19*, en *Revista de las Cortes Generales*, 108/2020, 264.

Cfr. también A. Cidoncha Martín, *Derecho de excepción y control parlamentario*, en *Teoría y realidad constitucional*, 48/2021, quien también hace un buen examen de la situación (433-462).

La actuación del Congreso (como uno de los dos principales actores del estado de emergencia) y del Senado, así como de las asambleas legislativas autonómicas (téngase en cuenta que el sistema de salud español está en manos de las Comunidades Autónomas al tener estas las competencias en la materia) no podemos definirla en términos elogiosos, sino más bien como poco responsable e, incluso, poco valiente, pues la imagen que se tuvo de los nuestros representantes nacionales y autonómicos fue que pensaron más en sí mismos que en el bien común, en el alto cometido encomendado y en lo que representan²².

Sin embargo, esa actitud no ha supuesto –en este caso sí materialmente– una mengua de la democracia, al encontrarse toda la sociedad en el mismo estado de paralización. Es decir, la falta de actuación del Parlamento se ha correspondido con la ralentización general de la sociedad que infligió el coronavirus, por lo que la inactividad o “desaparición” de la institución parlamentaria no se ha notado en un momento en que el protagonismo lo tenían los médicos, enfermeros y demás personal sanitario, que actuaron de manera honesta, correcta, profesional y sacrificada. Es precisamente ese sacrificio de esos agentes públicos el que contrasta con la falta de sacrificio de nuestros agentes políticos²³.

²² Como narra Tudela Aranda “El 14 de marzo de 2020 se proclamó el estado de alarma, confinándose a toda la población: sustancialmente, la actividad del País quedaba paralizada. El propio Parlamento, todas las Cámaras, se veían afectadas por los protocolos de aislamiento social. Súbitamente, debía responderse a una situación no ya excepcional sino absolutamente inesperada” (...) “La primera respuesta, casi unánime, fue considerar que el Parlamento quedaba radicalmente afectado por las limitaciones sanitarias e incapacitado para reunirse presencialmente” (...) “Esta situación se prolongó durante algunas semanas. En el interregno, se llegaron a adoptar algunas soluciones sorprendentes como derivar la actividad parlamentaria a la Diputación Permanente o cerrar la Institución. El Congreso de los Diputados la limitó drásticamente, circunscribiéndola al debate de la autorización del estado de alarma y a una comparecencia semanal del Ministro de Sanidad en la Comisión correspondiente”.

Añadiendo a continuación: “No tardó mucho en hacerse notar lo evidente. En un momento de máxima concentración del poder, cuando el control era más necesario que nunca, el Parlamento casi desaparecía de la escena. La paradoja de que se llegase a entender que la actividad parlamentaria no tuviese las características necesarias como para, con las precauciones debidas, normalizar cierta presencia como si sucedía alrededor de muchas profesiones, acababa por hacer insostenible la situación”. Cfr. J. Tudela Aranda, *Parlamento y crisis sanitaria - reflexiones preliminares*, en Tudela Aranda (ed.), *El parlamento ante el COVID-19*, cit., 7 y 8.

Cfr. también M. Fernández Gutiérrez, *El Parlamento ante la COVID-19*, en A.I. Dueñas Castrillo, D. Fernández Cañueto, P. Guerrero Vázquez, G. Moreno González (Coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Valladolid, 2021, 82.

²³ A la misma conclusión llegan T. Ginsburg, M. Versteeg, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2021, si bien para ellos la falta de abuso no se deriva de la naturaleza de las cosas, sino del equilibrio entre poderes, es decir, constituye un claro ejemplo de *checks and balances*.

5. La temporalidad de la medida

La limitación de la duración de la declaración de emergencia, siguió lo establecido en la Constitución y Ley Orgánica, 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio: 15 días, prorrogables por otros 15 mediando autorización del Congreso de los Diputados (el Senado no interviene en el acto de autorización de la prórroga) quien puede (como así se hizo desde la primera autorización) introducir modificaciones o requisitos.

La limitación de los derechos fundamentales establecida en el primer Real Decreto se fue modulando paulatinamente hasta su desaparición el 23 de junio de 2020. Tras ese periodo se fueron introduciendo limitaciones a ciertos derechos (sobre todo libertad de empresa y aforos en sitios cerrados) en base a la normativa sectorial de sanidad hasta la segunda declaración ‘general’ de estado de alarma²⁴. En esta última declaración, acordada por 15 días iniciales, se solicitó al Congreso (quien la autorizó) una prórroga de seis meses²⁵. El Real Decreto 926/2020, así como la autorización del Congreso de la prórroga de seis meses fue recurrida ante el Tribunal Constitucional quien en sentencia 183/2021 los ha declarado inconstitucionales parcialmente, pues supone delegar en el Gobierno una competencia que la Constitución atribuye al Parlamento en su función de equilibrio o control del legislativo sobre el ejecutivo y que no puede renunciar ni siquiera por razones funcionales o de eficacia: el control de la duración corresponde al representante del pueblo, no se puede dejar en manos de quien adopta las decisiones que pueden incidir sobre los derechos fundamentales²⁶.

²⁴ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

²⁵ Sobre la inconstitucionalidad de la duración de prórroga cfr. entre otros R. García Mahamut, *La problemática que plantea el segundo estado de alarma y el final de su vigencia: ¿Una vulneración reiterada de derechos fundamentales en la España autonómica*, en *Teoría y realidad constitucional*, 48/2021, 252-257; M. Aragón Reyes, *Epílogo* P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales*, cit.

²⁶ Para el Tribunal Constitucional la extensión de la prórroga desde el 9 de noviembre de 2020 al 9 de mayo de 2021 contraviene el bloque de constitucionalidad sobre el estado de alarma. Corresponde al Congreso de los Diputados determinar y justificar la duración de cada prórroga por el tiempo que sea estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad, atendiendo a cuatro criterios: i) la necesidad de prolongar el estado de alarma; ii) la valoración del período de tiempo que, previsiblemente, estime imprescindible para revertir la situación de grave anormalidad; iii) la correspondencia entre el período de duración de la prórroga a autorizar y las medidas a aplicar en su transcurso; y iv) la prudencia para hacer efectivo el control periódico de la revisión de la actuación del Gobierno.

Sin embargo, la duración de la prórroga del estado de alarma se acordó sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en las diferentes partes del territorio nacional. En consecuencia, la fijación de la duración de la prórroga por tiempo de seis meses que estableció el Congreso de los Diputados fue irrazonable y contraria a su irrenunciable potestad constitucional para decidir sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma.

También se declara la nulidad, por conexión o consecuencia, de los diferentes plazos en los que deberían comparecer el Presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad para la rendición

En conclusión, el requisito de la temporalidad entendido como requisito necesario para proteger el equilibrio entre el poder legislativo y el poder ejecutivo se ha cumplido en el primer caso, pero no en la segunda declaración ‘general’ del estado de alarma. De nuevo insistir en que esa falta de control (o dejación de funciones en su competencia de control) creemos que ‘materialmente’ no ha afectado al juego institucional en cuanto no ha supuesto un abuso por parte del ejecutivo en sus potestades desorbitantes (también porque en este segunda declaración se nombraron como autoridades delegadas del Gobierno a los Presidentes de los ejecutivos autonómicos²⁷) pero ese llamémosle “buen hacer” del Gobierno no significa que deban renunciarse a competencias que competen al Parlamento y que son irrenunciables.

6. Conclusiones

Más que de conclusiones, deberíamos hablar de opiniones o, incluso, de percepciones de la realidad. Así una primera percepción es que las cosas a la luz de la perspectiva comparada, han funcionado tan bien (o tan mal) como en todos los países. No he podido apreciar (mejor, percibir) que unos lo hayan hecho mejor que otras. Una constatación que creo conveniente subrayar es que por primera vez en la historia constitucional española la restricción (global, general) de la libertad no se ha hecho en nombre de una pretendida “seguridad” sino en nombre del “derecho a la vida”. Y, seguramente, es una razón hasta ahora no conocida como causa (o hecho habilitante) de la declaración excepcional de un estado de emergencia. Algo que lógicamente debe cambiar la aproximación científica al tema.

Desde la perspectiva del funcionamiento de las instituciones es patente que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado excesivamente tarde sobre un tema que hubiera merecido un pronunciamiento rápido (y, posiblemente, hubiere solucionado problemas de inconstitucionalidad de posteriores declaraciones del estado de alarma), pues si se hubiera sentenciado ‘antes’ que el estado de alarma no puede ser utilizado cuando la limitación del derecho fundamental sea de ‘alta intensidad’ se hubiera declarado el estado de excepción para hacer frente a la segunda ola del coronavirus. Aunque la

de cuentas del Ejecutivo al Congreso, quienes de esta manera aseguraban la agenda de sus comparecencias y limitaban las posibilidades de control sobre su actuación.

²⁷ El Alto Tribunal, precisamente, en la sentencia 183/2021 declaró inconstitucional los preceptos que designan a los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma pues con esa delegación quedaban canceladas las potestades del Congreso de los Diputados para determinar las condiciones y efectos del estado de alarma y controlar su gestión, puesto que eran los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades autónomas quienes podían decidir –en exclusiva– sobre el propio estado de alarma, sin estar sujetos al control político del Congreso.

velocidad casa mal con la justicia, no es menos cierto que una justicia lenta en muchos casos no es justicia. En el presente, no parece que la declaración de inconstitucionalidad haya surtido efectos “para” el momento, sino que estos servirán para el futuro: el Tribunal ha formulado una “teoría” jurídica, pero no ha dado solución al problema que se le planteaba en el tiempo en que hubiera sido correcto. El control constitucional no ha funcionado cuando debía de funcionar.

Los mecanismos de control Gobierno-Parlamento se han diluido, no solo los político-institucionales, sino incluso los informales consistentes en el turno de preguntas tras las ruedas de prensa. Y se han diluido por la “deserción” del Congreso de los Diputados (¿o de sus miembros?) en el momento crucial en el que se necesitaba el mayor liderazgo político para liderar la crisis. Aunque no parece que la dilución haya tenido consecuencias materiales: no ha habido un abuso por parte del Gobierno de sus poderes exorbitantes otorgados.

Se ha producido una efectiva concentración de poderes en manos del Presidente del Gobierno, aunque, como acabamos de decir, no hubo un abuso ‘material’, teniendo en cuenta la “deserción” de las instituciones parlamentarias (nacionales y autonómicas), pero que recuerda la necesidad de una presencia ‘fuerte’ del Parlamento en cualquier circunstancia y momento. La concentración de poder en el Presidente no ha tenido consecuencias materiales significativas (el uso o abuso del decreto-ley, que podría ser un termómetro de esa concentración, es una circunstancia que cabe calificar normal), pero sí una mayor aparición del Presidente en los medios de comunicación, lo cual hoy en día es muy importante.

Desde la perspectiva jurídico-formal del estado de emergencia decretado el estado de excepción (ha sentenciado el Tribunal Constitucional) ya no tiene como presupuesto habilitante el orden público de tipo “político”, sino que puede ser genérico, abriendo así un cuarto hecho habilitante en los tres supuestos de estados de emergencia recogidos en la Constitución.

Al mismo tiempo introduce un margen de incertidumbre sobre el concepto de “limitación” y “suspensión” de los derechos fundamentales para determinar cuál es el estado de emergencia que corresponde declarar, si el de alarma o el de suspensión.

Y en relación con la “temporalidad” de la medida de excepción, el Tribunal Constitucional, con acierto, declaró que no procede autorizar prórrogas de 6 meses, pues ello supone otorgar un papel desorbitante al Ejecutivo y una desnaturalización de la función que compete al Parlamento en las situaciones de emergencia, si bien esta sentencia también llegó con retraso: una vez transcurridos los seis meses. Servirá para el futuro, pero no fue útil para el entonces presente.

Como última reflexión creo que también hay que subrayar (o recordar) que una vez más a pesar del intento racionalizador del orden de las cosas, se ha hecho evidente la fuerza de lo fáctico sobre lo jurídico, como limitación

propia de cualquier ordenamiento jurídico, Aunque la democracia no se vio afectada desde una perspectiva formal por la declaración jurídica de la emergencia, la democracia sí que lo fue desde una perspectiva material por los efectos devastadores de la “propia” emergencia. Esos efectos afectaron a otros muchos derechos además de la vida, a otras muchas situaciones, incluso a la estabilidad emocional de muchas personas, frente a los cuales el ordenamiento no tiene respuesta. Debemos continuar atentos para mejorar la respuesta del ordenamiento frente a estas graves situaciones.

Jorge Lozano Miralles
Dip.to di Derecho Público
Universidad de Jaén
jlozano@ujaen.es