

EPÍLOGO

Manuel Aragón Reyes

Catedrático emérito de Derecho Constitucional.

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

Cómo citar este artículo / Citation: Aragón Reyes, M. (2020). Epílogo. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0025>

Escribo este epílogo atendiendo a la generosa invitación que me han hecho los directores de la obra. En realidad, poco puedo añadir a lo ya expuesto tan atinadamente por sus autores y, en especial, por Paloma Biglino en su excelente introducción. No obstante, quizás sea oportuno expresar algunas consideraciones constitucionales acerca de las medidas adoptadas por los poderes públicos para hacer frente a la extraordinaria gravedad de la crisis originada por la pandemia covid-19, que es la materia objeto del presente libro.

Comenzaré por las medidas tomadas mediante la declaración del estado de alarma y sus prórrogas. En mi opinión, tales medidas suscitan algunas reflexiones. De un lado, la discusión acerca de la diligencia en adoptarlas, pues, al parecer, según los datos suministrados por diversas entidades, internas e internacionales, la gravedad de la pandemia en el territorio nacional ya podía haber sido conocida por nuestras autoridades públicas con antelación a la fecha de la declaración del estado de alarma. Este problema, importante, no tiene una fácil solución, como sucede con toda actuación discrecional de los poderes públicos, lo que no quiere decir que sea de imposible control, político y jurisdiccional. Como el asunto está ya judicializado, habrá que esperar a la resolución que adopten los tribunales. De todos modos, cabe formular un principio general: las medidas excepcionales deben adoptarse lo más inmediatamente posible al surgimiento de la situación de riesgo que las habilita.

De otro lado, la adecuación de las medidas adoptadas. A mi juicio, algunas de las restricciones de derechos fundamentales (a las libertades de circulación, reunión y manifestación) establecidas por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma (y mantenidas por sus prórrogas de 27 de marzo, 10 y 24 de abril) cabría entenderlas más como suspensión que como limitación de derechos, y por ello propias del estado de excepción (donde también encajaría el supuesto de esta gravísima pandemia, dados los términos del artículo 13 LO 4/1981: “grave alteración” de cualquier “aspecto del orden público”) y no del estado de alarma. Además de que en dicho artículo y en el 10 del mismo Real Decreto se contienen medidas restrictivas del derecho de libertad de empresa que, también, cabría considerar que lo suspenden y no sólo que lo limitan, con el problema añadido de que ese derecho ni siquiera (art. 55.1 CE) puede ser suspendido durante el estado de excepción.

Esto último conduce a una reflexión sobre la LO 4/1981, e incluso sobre el artículo 116 CE, que se hará después. Ahora, lo que me importa señalar es que la protección de los derechos fundamentales exige una cuidadosa utilización del artículo 116 CE, así como que no hay por qué tener reparos en decretar el estado de excepción si se dan las circunstancias que lo habilitan y si las medidas cuya adopción sea necesaria para hacerle frente con eficacia así lo requieren. No podemos estar presos de la imagen del pasado sobre los estados de excepción preconstitucionales, pues, afortunadamente, las garantías democráticas que, a partir de la Constitución, están previstas para el estado de excepción no son de menor entidad que las establecidas para el estado de alarma. De todos modos, en el presente caso, las dudas acerca de si la intensidad de las medidas adoptadas mediante la declaración del estado de alarma exigía acudir al estado de excepción habrán de ser resueltas por el Tribunal Constitucional en la sentencia que pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso frente a esa declaración.

Dicho lo anterior, creo que, desde la prórroga del estado de alarma acordada por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, y continuada por la prórroga de 5 de junio, hasta que, al finalizar esta última, el estado de alarma se levantó el 21 de junio, las restricciones de derechos se atenuaron, de manera que, durante ese periodo, ya no cabría hablar de suspensión, sino de limitación de derechos.

Las prórrogas fueron todas por 15 días, pese a la pretensión del Gobierno (y más concretamente de su presidente) de que la prórroga que se preveía adoptar el 22 de mayo lo fuera por 30 días, lo que al final no sucedió. Dicha pretensión, a mi juicio, hubiera entrado en conflicto con la Constitución. Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el artículo 116.3 CE, que fija expresamente que la prórroga del estado de excepción habrá de serlo por el mismo plazo de 30 días dispuesto para la declaración, el artículo 116.2 CE, después de determinar que el plazo máximo del estado de alarma será de 15 días, únicamente especifica que sin la autorización del Congreso no podrá ser prorrogado “dicho plazo”.

Ello ha suscitado la discusión de si la prórroga del estado de alarma habría de serlo, necesariamente, por el mismo plazo de la declaración (15 días) o cabría hacerlo por un plazo superior. En mi opinión, la interpretación correcta del precepto constitucional conduce, de manera razonable, a sostener que (análogamente a lo que sucede con el estado de excepción) la prórroga del estado de alarma ha de ceñirse también al mismo plazo de la declaración inicial. Y ello por los siguientes motivos.

La literalidad del precepto, en cuanto que “dicho plazo” no puede estar referido más que al plazo ya fijado para la declaración, y en cuanto que prorrogarlo, significa, en principio, “repetirlo” y no “ampliarlo”, salvo que expresamente el precepto constitucional así lo hubiera dispuesto, cosa que no ha hecho.

La finalidad del precepto, que no es otra que la de asegurar la necesaria intervención del Congreso autorizando la prórroga, con el objeto de que sobre la misma (y sobre las posibles prórrogas futuras) aquel ejerza su control. Es cierto que es el Congreso y no el Gobierno el que autoriza la prórroga, pero también lo es que de la Constitución cabe derivar la garantía de que, necesariamente, no deban transcurrir más de 15 días sin que el Congreso intervenga. Garantía que no puede quedar a la libre disposición de la mayoría de la Cámara, entre otras razones porque entonces se hurtaría a la minoría su derecho al ejercicio del control parlamentario, y a la opinión pública el conocimiento del debate que, sobre la prórroga, en la Cámara habrá de realizarse. La periodicidad, pues, de los 15 días debe considerarse, por ello, una exigencia constitucional ineludible.

La LO 4/1981 no dice nada sobre el plazo de la prórroga del estado de alarma, pues únicamente expresa (art. 6.2) que el Congreso, al autorizar la prórroga, “podrá establecer” su “alcance y condiciones”, sin referirse para nada a la duración temporal. Es razonable entender que el término “alcance” se refiere a la extensión territorial y el de “condiciones” a la intensidad de las medidas, que son algo bien distinto a su “duración” o “plazo”; prueba de ello es que ese mismo precepto que sí se refiere a la “duración” como contenido necesario de la declaración, no hable de “duración” cuando se refiere a la prórroga.

De todos modos, si se entendiera que existe en el artículo 6.2 de la LO una imprecisión sobre el plazo de la prórroga, tal imprecisión de la LO habría que resolverla interpretando la LO conforme a la Constitución, y de esta se desprende, como ya se ha visto, que el plazo de la prórroga no debiera exceder de 15 días.

No valdría como razón el hecho de que el estado de alarma declarado hace diez años para hacer frente a la huelga de controladores aéreos fuese prorrogado (Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre) por treinta días, pues si, como cabría sostener, ello se hizo contraviniendo la Constitución, la inconstitucionalidad pasada nunca podría servir para sanar una inconstitucionalidad futura.

Otro problema que merece una reflexión es el hecho de que por órdenes ministeriales se hayan adoptado medidas limitativas de derechos. El artículo 6.2 de la LO 4/1981 dispone con claridad que el decreto de declaración del estado de alarma “determinará” sus “efectos”, y que las prórrogas establecerán igualmente “las condiciones” de las mismas, lo que significa que dichas disposiciones fijarán las medidas a tomar. De manera que tales medidas, en lo que fueran limitativas de derechos (o de competencias autonómicas), sólo por los decretos de declaración y prórroga podrían adoptarse. Y ello creo que es así porque esos decretos tienen la fuerza de la ley, como acertadamente ha resuelto el Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril), y únicamente una norma con fuerza de ley puede limitar derechos y, de manera excepcional, centralizar competencias de las comunidades autónomas (otra cosa es que los reglamentos puedan complementarla a esos dos efectos, pero siempre de manera auxiliar y adjetiva, nunca sustantiva). Me parece que esa conclusión es clara en Derecho español y avalada por la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, la realidad es que se han dictado multitud de órdenes ministeriales que, por sí solas, han venido a limitar determinados derechos (e incluso determinadas competencias autonómicas), así, por poner un ejemplo (y hay más), las órdenes ministeriales reguladoras de las condiciones de las diversas fases del llamado “desescalamiento”. No parece que esa facultad se inserte en el apoderamiento a la “autoridad competente” para adoptar ciertas medidas, previsto en el artículo 12.1 de la LO 4/1981 y en artículo 4.3 del RD 463/2020 (aquí a favor de los ministros allí designados).

E incluso es discutible que lo pudieran hacer los decretos a los que alude el artículo 8 de dicha Ley (pese a que de ellos deberá darse cuenta al Congreso de los Diputados) y a los que el RD de declaración también se refiere en su disposición final segunda, pues tales decretos es posible que puedan complementar a los de declaración y prórroga, pero no modificar las limitaciones de derechos o de competencias autonómicas en ellos establecidas ni decidir otras sobre derechos distintos de aquellos.

No puede dejar de señalarse que ese tipo de decretos se ha usado, así el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que introduce modificaciones en el RD 463/2020, de declaración del estado de alarma dictado cuatro días antes, lo que puede suscitar el problema al que acaba de aludirse, en cuanto que tales modificaciones afectan a la limitación de derechos establecida en este RD. Y resulta que el RD 465/2020, a diferencia del RD 463/2020, no es una disposición con fuerza de ley, única norma capaz de limitar derechos o de modificar o ampliar limitaciones de derechos legalmente establecidas.

Otro asunto a destacar es el gran número de decretos-leyes, 15, dictados durante la vigencia del estado de alarma. Lo primero que se desprende de esta cifra es el amplísimo uso del decreto-ley durante el estado de alarma. Esa auténtica avalancha de sucesivos decretos-leyes, que en su mayor parte lo que vienen es a introducir constantes modificaciones sobre los previamente dictados unos días atrás, son expresivos de una legislación, no ya “motorizada”, sino de producción “al día”, apremiada, quizás, por lo cambiante de la situación que pretendían regular. De todos modos, no cabe descartar que esa dinámica constante de cambios normativos pueda ser en parte producto de la improvisación.

Hecha la anterior salvedad, el número tan alto de decretos-leyes en tan corto espacio de tiempo quizás podría comprenderse si, por la situación excepcional, las Cortes Generales no hubieran podido subvenir a esa necesidad normativa mediante el ejercicio de su potestad legislativa. Pero cabría plantearse si, aun con las condiciones en que las Cortes han debido de ejercer sus funciones debido al confinamiento general, ello no hubiera impedido que algunas de las medidas adoptadas por decreto-ley fuesen aprobadas como leyes por el procedimiento legislativo de urgencia. Téngase en cuenta que, como dispone el artículo 116 CE, el funcionamiento de las Cortes, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia del estado de alarma.

Lo segundo que cabría analizar es si efectivamente el presupuesto del artículo 86.1 CE, de la extraordinaria y urgente necesidad, se ha dado en todos esos decretos-leyes. En mi opinión, si nouviésemos en cuenta el problema que acaba de aludirse, tal presupuesto se cumpliría en todos los decretos-leyes dictados, con una excepción: el caso de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, que modifica la composición de un órgano del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), respecto de lo cual no hay razón alguna para apreciar que se daba un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad.

La tercera cuestión que puede plantearse es si, aun dándose (con la excepción antes señalada) esa extraordinaria y urgente necesidad, no hubiera sido posible adoptar por decreto, y no por decreto-ley, algunas de esas medidas porque no hubieran entrado en la materia reservada a la ley o no hubieran supuesto modificaciones de leyes. El cabal entendimiento de los decretos-leyes obliga a considerarlos como una excepción a la potestad legislativa del parlamento, de manera que no debiera ser objeto de un decreto-ley una materia que pudiera regularse mediante el ejercicio por el Gobierno de su potestad reglamentaria. Esta característica parece darse en ciertas medidas adoptadas por algunos de estos decretos-leyes y ello debiera ser objeto de reflexión, pese a que la jurisprudencia constitucional no haya impedido que los decretos-leyes incorporen decisiones que pueden ser perfectamente adoptadas por reglamentos. En mi opinión, la Constitución impone que el uso del decreto-ley sea interpretado restrictivamente, de manera que el Gobierno únicamente pudiera dictar legislación de urgencia cuando no le cupiera hacer frente a la situación a través de su ordinaria (y propia) potestad reglamentaria.

La cuarta observación se refiere al problema de si esos decretos-leyes han respetado las materias excluidas a esa legislación de urgencia, según el artículo 86.1 CE. En este punto, sin entrar en un examen detallado de todos los decretos-leyes dictados, que sería impropio del presente epílogo, lo que sí puede decirse es que algunas de las medidas adoptadas en estos decretos-leyes (entre otras, y a título de ejemplo, en materia tributaria, procesal o de organización de la administración de justicia) afectan a las restricciones materiales que a los decretos-leyes impone el artículo 86.1 CE. Aparte de que ciertos decretos-leyes modifican e incluso amplían medidas adoptadas en los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma. Este último es, sin duda, uno de los problemas importantes que han surgido a lo largo de la vigencia del estado de alarma, por lo que conviene insistir sobre él.

De nuestro sistema constitucional se deriva con claridad que los decretos-leyes son Derecho de la normalidad, no de la excepción, esto es, que siendo normas de uso restringido en cuanto que sustituyen la potestad legislativa de las Cortes Generales, y por ello pueden calificarse de normas extraordinarias, o para situaciones extraordinarias (en casos de extraordinaria y urgente necesidad, como expresa el artículo 86.1 CE), no están previstas, sin embargo, para hacer frente a las situaciones excepcionales. No es el artículo 86.1 CE el que prevé un Derecho de excepción, sino el artículo 116 CE. De ahí que lo que sí pueden hacer los decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales, en este caso del estado de alarma, no puedan hacerlo los decretos-leyes.

Debe advertirse que las reflexiones que anteceden están dedicadas a los decretos-leyes dictados durante el estado de alarma. Una vez finalizado este y, hasta ahora, se han dictado otros 8 decretos-leyes, respecto de los cuales pueden ser de aplicación algunos de los problemas ya apuntados, aunque no, obviamente, el que se refiere a la difícil compatibilidad entre los decretos-leyes y las medidas dictadas en el ejercicio del Derecho de la excepción.

Paso ahora al examen de las medidas adoptadas con posterioridad a la situación de estado de alarma con el objetivo de hacer frente a posibles rebrotes de la pandemia, previsión que se ha convertido en una realidad de extrema gravedad desde el verano hasta el momento (12 de octubre) en que este epílogo se redacta, al punto de que ya es generalmente aceptado que estamos sufriendo una “segunda ola” de la pandemia. La característica más general de estas medidas ha sido la práctica sustitución del Estado por las

comunidades autónomas en cuanto a su adopción. Analizar con detalle este problema excede del objeto y la limitada extensión que ha de tener este epílogo, pero tiene sentido que, al menos, se cuestione aquí, en líneas generales, la pretensión de descargar en esas comunidades aquella tarea, pues, respecto de ella ni el Estado deja de tener competencias de obligatorio ejercicio ni los poderes autonómicos las poseen para adoptar, por sí solos, las medidas que la grave situación requiere.

Efectivamente, una vez pasado el periodo del estado de alarma, y pese a la imprudente afirmación del Gobierno estatal de que “se había vencido al virus”, la gravedad de la pandemia volvió a surgir, pero, a diferencia de lo sucedido con la “primera ola”, ahora, para hacer frente a la “segunda”, ese mismo Gobierno decide descargar en las comunidades autónomas la responsabilidad de adoptar las medidas que considerasen necesarias, provocando una situación caracterizada por la descoordinación, la confusión e, incluso, el enfrentamiento territorial en algunos casos, que no contribuye a la eficacia de las decisiones autonómicas que se han ido tomando. Uno de los problemas que están en la raíz de esta situación es, me parece, de carácter sanitario, dada la inadecuación de combatir un mal general, que se extiende (con mayor o menor gravedad) en todo el territorio nacional, con medidas territorialmente limitadas al ámbito de cada comunidad autónoma. La pandemia, se ha dicho con frase gráfica, no conoce fronteras, menos aún dentro del territorio estatal.

El otro problema ya no es sanitario, sino netamente jurídico, aunque uno y otro están enlazados. Tiene que ver con las competencias respectivas del Estado y las comunidades autónomas. Para combatir la situación sanitaria que, desde el pasado julio, se está produciendo, el Estado, de acuerdo con las reglas constitucionales, tiene unas competencias (irrenunciables, esto es, de obligatorio ejercicio, según doctrina del TC) que no puede endosar a las comunidades autónomas. Y aquí nos hemos encontrado con determinadas afirmaciones del Gobierno estatal que no casan con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así se ha dicho (por el presidente del Gobierno) que un nuevo estado de alarma sólo se declararía si lo solicitasen, para su territorio, las comunidades autónomas, con olvido de que esa declaración, según determinan la Constitución y la LO 4/1981, es de la exclusiva responsabilidad del Gobierno estatal, que puede determinar el ámbito, nacional o territorialmente limitado, de tal declaración, y que la solicitud de una comunidad

autónoma (prevista en la LO 4/1981) ni es preceptiva (sino facultativa) ni es vinculante.

También se ha dicho, por cualificados portavoces del Gobierno, de manera sorprendente, que el Estado ordinariamente “carece de competencias en sanidad y educación porque ambas están transferidas por completo a las comunidades autónomas”. Tal afirmación es completamente errónea, pues la Constitución atribuye al Estado competencias exclusivas en ambas materias.

Así el artículo 149.1.16^a atribuye al Estado las “bases y coordinación general de la sanidad”, lo que le obliga a, y no solamente le faculta para (STC 98/2004, FJ 7), adoptar una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio nacional destinada a la preservación de los intereses generales que en la sanidad concurren, mediante normas legales y, excepcionalmente, reglamentarias (SSTC 69/1988, FJ 5, 54/1990, FJ 3, 233/1999, FJ 5, entre otras), e incluso para adoptar “decisiones y actuaciones” “que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas” (STC 98/2004, FJ 7). Y el artículo 149.1.30^a CE atribuye al Estado, en materia educativa, además de la regulación de las condiciones de obtención y homologación de títulos académicos y profesionales, las “normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución”, es decir, del derecho a la educación, que permitan disfrutarlo a todos los españoles en condiciones de igualdad, normas que no sólo se contendrán en las leyes orgánicas (reserva establecida por el artículo 81.1 CE) sino que podrán también incluirse en reglamentos “cuando sea obligado y necesario para completar” ese “desarrollo normativo” (entre otras, STC 101/1991, FJ 3, con cita de la STC 77/1985).

En consecuencia, ni el Estado puede rehuir su responsabilidad en la adopción de medidas sanitarias y educativas para hacer frente a la pandemia, ni las comunidades autónomas, que sí tienen reconocida competencia para desarrollar y ejecutar las bases estatales, pueden sustituir la obligación de regulación (e incluso a veces de ejecución) básica que sólo al Estado corresponde. La llamada “cogobernanza”, que puede indicar una loable actuación conjunta del Estado y las comunidades autónomas en estos tiempos de crisis, no puede inducir a la confusión de que el Estado sólo puede actuar a través de tal colaboración, ya que tiene determinadas competencias que, por sí solo, y no supeditado a la voluntad concorde de una comunidad autónoma (o de todas ellas), ha de ejercer, necesariamente.

Competencias exclusivas del Estado que también incluyen la capacidad normativa prevista en los arts. 149.1.1ª y 149.1.13ª CE. Además de que la potestad de coordinación (prevista, incluso expresamente, en el artículo 149.1.16ª en relación con la sanidad) que, por cierto, no se ha usado con la amplitud debida, sólo abarca los supuestos en que tanto el Estado como las comunidades autónomas actúen en el ámbito de sus respectivas competencias y no cuando cuándo aquellas no las tengan respecto de decisiones que sólo el Estado puede, en exclusiva, adoptar. No me estoy refiriendo ahora a las medidas excepcionales, obviamente de exclusiva responsabilidad estatal, sino a las que permite el Derecho de la normalidad, que apodera al Estado para limitar derechos fundamentales (más exactamente, los previstos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I CE) mediante leyes orgánicas e incluso, en el caso de la libertad de empresa, mediante leyes ordinarias. Esas decisiones normativas no pueden trasladarse a las comunidades autónomas.

Porque lo que en realidad ha sucedido es que la abstención del Estado en el cumplimiento diligente de sus competencias frente a la nueva ola de la pandemia, endosándoselas a las comunidades autónomas, ha propiciado que estas hayan adoptado determinadas y muy intensas medidas limitativas de derechos fundamentales (a la libre circulación, a la libre reunión y a la libertad de empresa, entre otros) para las que es muy dudoso que tengan competencias, sin que esa cuestión esté resuelta, creo, por las previsiones contenidas en el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, en los arts. 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Además, las posibles actuaciones autonómicas ante crisis sanitarias, en principio previstas para restricciones individualizadas, con previa autorización de la autoridad judicial, es muy discutible que quepan para limitaciones de derechos indiscriminadas como las que están adoptando determinadas comunidades autónomas, pese a que, de manera harto discutible, la reforma de la LJCA producida por la Ley 3/2020, de 28 de septiembre, haya extendido la autorización judicial a los supuestos en que los destinatarios de la restricciones de derechos no “estén identificados individualmente”.

Esta reforma, repentina y poco meditada, de la LJCA plantea al menos dos problemas. El primero es su posible contradicción con la función constitucional

del poder judicial, cuyas competencias (incluidas las que por ley cabe atribuirle según el art. 117.4 CE) no pueden invadir las que son propias del poder legislativo y el poder ejecutivo, en este caso dictar normas generales (de ámbito nacional o territorial). En definitiva, el poder judicial no puede co-legislar, que es lo que sucede si para que una norma pueda entrar en vigor se exige la previa autorización judicial. El segundo problema es que una norma de carácter procesal, como es la previsión legal de ese control previo, no puede servir como título atributivo de competencia material al poder (en este caso autonómico) del que emana la medida susceptible de control.

Pero es que, además, tales limitaciones autonómicas de derechos, indiscriminadas o generales aunque circunscritas a determinadas zonas o territorios, si dados su ámbito y su notable intensidad restrictiva tuviesen un carácter excepcional, como es el caso de algunas de ellas, ni siquiera, al menos en la situación actual de nuestro ordenamiento, podrían ser adoptadas hoy por el propio Estado de manera ordinaria, y menos aún, en esos casos, por los poderes autonómicos, pues, a mi juicio, no cabrían dentro del Derecho de la normalidad, sino del Derecho de la excepción: ya sea mediante la declaración del estado de alarma, si se trata únicamente de limitaciones de derechos, o del estado de excepción, si estos derechos se suspendieran. Realmente, y de modo insólito, estamos asistiendo a una especie de “estados de alarma” no adoptados por el Gobierno estatal sino por las comunidades autónomas, con evidente desvío de lo constitucionalmente previsto.

Lo que acaba de decirse requiere de una explicación sobre el estado de alarma. A diferencia de lo que sucede con el estado de excepción, única vía para suspender derechos de manera general, en el estado de alarma las limitaciones de derechos que pueden establecer su declaración y sus prórrogas están supeditadas a que con las previstas en el Derecho de la normalidad no fuera posible (art. 1.1 LO 4/1981) hacer frente con eficacia a la situación crítica que se haya producido. De manera que, si el Derecho ordinario habilitase para la adopción de las necesarias limitaciones de derechos, sólo podría declararse el estado de alarma si también fuese necesaria la centralización territorial de competencias (algo que, eso sí, a través del Derecho ordinario no puede conseguirse). Nuestro problema, como después se verá, es que el actual Derecho de la normalidad no contiene (ni en marzo de 2020 ni ahora) la habilitación constitucionalmente requerida para las limitaciones de derechos

fundamentales adoptadas por las medidas ordinarias (no excepcionales) que se han tomado para hacer frente a pandemia. De manera que, mientras la legislación ordinaria no se reforme, tales limitaciones de derechos sólo a través del estado de alarma pueden, a mi juicio, establecerse.

Lo sucedido estos días en relación con la Comunidad de Madrid es un buen ejemplo de este problema, que ha conducido a que el Tribunal Superior de Justicia, por Auto 128/2020, de 8 de octubre, haya rechazado las medidas adoptadas por la Orden de la Consejería de Sanidad 1273/2020, de 1 de octubre, en cumplimiento de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020 del Ministerio de Sanidad (sin publicidad en el BOE, fórmula que se viene usando pero que no deja de ser criticable) por la que se aprueba la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública (prevista en el artículo 65 de la Ley 16/2003) a propuesta de la Comisión Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (publicada en el BOE por Resolución del Secretario de Estado de Sanidad el mismo día 30 de septiembre).

Las razones del Auto para rechazar la autorización judicial requerida por la Consejería se basan en que el artículo 65 de la Ley 16/2003 no presta cobertura para las restricciones indiscriminadas de derechos que en la Orden autonómica se adoptan (aunque fuesen requeridas por la Orden comunicada del Ministerio de Sanidad y propuestas por la Comisión Interterritorial), así como que tampoco la presta el Real Decreto-ley 21/2020 (sobre posibles medidas ante el riesgo de rebrotes de la pandemia). El Tribunal Superior de Justicia advierte que, en apoyo de la necesidad, cierta, de actuar ante una situación, como la que se da en la Comunidad de Madrid, lo que no cabe es hacerlo fuera del Derecho, cuanto resulta que ese riesgo puede combatirse a través de los instrumentos constitucionalmente previstos para ello. Instrumentos que (como apunta el Auto) son de la exclusiva competencia del Estado. En resumen, que sólo el Estado puede, de modo ordinario o excepcional, imponer ese tipo de restricciones de los derechos fundamentales.

Es cierto que otros tribunales (e incluso, anteriormente, el mismo que ha dictado el Auto) han producido, en supuestos similares, resoluciones distintas, apreciando que las medidas autonómicas podían tener cobertura en la Ley Orgánica 3/1986, en lugar de en la Ley 16/2003, que fue la vía señalada en esta nueva ocasión por el Gobierno estatal. Esta disparidad de decisiones judiciales, que pone de manifiesto un serio problema de incoherencia, e incluso

de inseguridad jurídica, es expresiva también de la confusión ante el problema jurídico principal sobre la cobertura legal, pues a mi juicio, siendo cierto que la Ley 16/2003 no ofrece cobertura para la limitación autonómica de derechos fundamentales, tampoco la ofrece, como antes apunté, la Ley Orgánica 3/1986 por su falta de determinación acerca de las condiciones esenciales a que han de someterse las posibles limitaciones de derechos (limitaciones a las que, por cierto, ni siquiera alude), sin que baste con señalar únicamente la causa (graves problemas sanitarios) que avalaría las actuaciones públicas.

No puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de habilitación en blanco efectuada por la ley orgánica a favor de otras normas (según doctrina constante del TC), y menos a simples órdenes de las consejerías autonómicas. Además de que, como acaba de señalarse, tal habilitación para limitar derechos no está prevista, de manera expresa, en la propia LO 3/1986. En definitiva, nuestro ordenamiento constitucional no permite una especie de “ley de plenos poderes” para la adopción de “cualquier medida” que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria. Ni el fin justifica los medios, ni los derechos fundamentales pueden estar supeditados al viejo axioma de *salus publica suprema lex esto*. El Estado no se encuentra inerme, por supuesto, ya que dispone sobradamente de los instrumentos jurídicos necesarios para combatir dicha crisis, eso sí, respetando las reglas y procedimientos exigidos: habilitaciones legales suficientes y, cuando ello no existe, declaración de los estados excepcionales. Ambos instrumentos son de exclusiva titularidad estatal y de obligado ejercicio, sin posibilidad de suplencia por las comunidades autónomas.

El Auto del TSJ, al privar de eficacia a las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid, ha conducido al Gobierno estatal a declarar, al día siguiente, el estado de alarma para hacer frente a la gravedad de la situación mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que reproduce el ámbito (el municipio de Madrid y otros 8 de la Comunidad Autónoma) y las medidas que el TSJ rechazó. Al margen de la crítica política que pudiera hacerse acerca de las circunstancias y la oportunidad de esta actuación del Gobierno, esa declaración de alarma de ámbito territorial restringido creo que está correctamente amparada en las normas reguladoras de nuestro Derecho excepcional, pero ha sido precedida de un enfrentamiento nada ejemplar entre el Gobierno estatal y el Gobierno autonómico, así como seguida de la denuncia

política por este de supuestos agravios o discriminaciones territoriales basadas en la comparación de los datos de Madrid con los de otros municipios u otras comunidades autónomas. No es este, pues, el mejor modo de hacer frente a los gravísimos riesgos, de muy diverso orden, que la pandemia origina.

Todos los problemas que se han venido examinando conducen, de manera inevitable, a una reflexión general acerca del Estado autonómico. De igual manera que sucede con la apresurada imputación que algunos hicieron en su día referida a las carencias de nuestro Derecho de excepción para abordar la nueva realidad de la pandemia (sobre lo que se volverá después), ahora ha surgido la idea de que la organización de nuestro Estado autonómico no es la más adecuada para hacer frente a la crisis que aquella ha originado. Ambas opiniones merecen ser rebatidas.

En la declaración del estado de alarma del pasado marzo (y en sus sucesivas prórrogas), cuya justificación constitucional era clara, puesto que, como ya se ha dicho, el Derecho de la normalidad no permitía las limitaciones de derechos que entonces fueron necesarias, el problema, no era ese, sino que, además de limitaciones, en aquella declaración (y en varias de sus prórrogas) se establecieron suspensiones de derechos, algo que el estado de alarma no permite. Y ese problema no cabe achacarlo a una supuesta obsolescencia de las previsiones de la LO 4/1981, sino a su incorrecta interpretación, pues la suspensión de derechos que, en mi opinión, el estado de alarma produjo, podía haber sido resuelta aplicando debidamente las previsiones de la LO, que, bien entendidas, permitían perfectamente haber tenido a la pandemia, al menos durante los meses de marzo y abril, como un supuesto comprendido en el estado de excepción y no, forzando las cosas, en el de alarma. Un problema que no tiene, creo, el reciente estado de alarma decretado el 9 de octubre, en el que hay limitaciones, pero no suspensiones de derechos.

Lo que acabo de decir sobre la LO 4/1981 no impide que, para el futuro y en vista de la prueba a que ha sido sometido por la pandemia, nuestro Derecho de excepción debiera ser reformado, cuestión de la que se tratará al final de este epílogo. Pero en el presente, y no me importa insistir, la actual regulación de ese Derecho, bien interpretado, era y es suficiente para hacer frente con mayor eficacia a las consecuencias de todo orden (no sólo sanitarias) originadas por la pandemia. No ha fallado, pues, nuestro Derecho de excepción, sino su inadecuada utilización.

Y lo mismo sucede con el ordenamiento del Estado autonómico. El caos, la desorganización y los problemas de eficacia generados por el traslado a las comunidades autónomas de la responsabilidad de hacer frente a los rebrotes del coronavirus no muestran las falencias de nuestro modelo de organización territorial, sino la inadecuada aplicación del mismo. Al margen de que ese modelo deba de ser reformado para dotarlo de mayor eficacia, algo que es claro, lo cierto es que el modelo actual no tenía por qué haber producido la situación antes descrita si se hubiese aplicado de manera correcta. Es decir, si el Estado se hubiera hecho cargo de las responsabilidades a que el modelo le obliga. En resumidas cuentas, si el poder estatal hubiese utilizado las competencias que tiene (entre ellas, la de reformar la legislación sanitaria, orgánica y ordinaria, para habilitar correctamente posibles limitaciones de derechos para hacer frente a la pandemia, cosa que no ha hecho) en lugar de endosar a las comunidades autónomas un problema que excede de las competencias de estas.

Por ello, en tiempos de aflicción, como los de ahora, sin perjuicio de auspiciar reformas estructurales de nuestro ordenamiento constitucional, que pueden ser convenientes, quizás lo más perentorio, de inmediato, sea, probablemente, actuar de conformidad con él. No tenemos un Estado fallido. Lo que tenemos es unos poderes públicos que han fallado en el cumplimiento de sus obligaciones, no acudiendo a los resortes que la Constitución les brinda ni ateniéndose correctamente a los deberes de solidaridad y coordinación territorial que la Constitución les impone (y ello vale tanto para los poderes centrales como para los autonómicos).

Desgraciadamente, en España la pandemia sanitaria (con sus terribles efectos para la salud, la economía y la sociedad) está acompañada de una especie de “pandemia política” incubada hace años y agravada en el presente. Ese es uno de nuestros principales problemas y posiblemente una de las causas por las que estamos hoy entre los países que sufren el mayor impacto de la covid-19.

Las responsabilidades sobre ello pueden estar repartidas, pero sería injusto atribuir las, sin más, a la estructura de nuestro Estado constitucional democrático y autonómico, pues lo que este requiere es que los diversos poderes públicos, a diferencia de lo que ha sucedido, actúen diligentemente con las competencias, la responsabilidad, el espíritu de concordia y la lealtad constitucional que ese Estado les demanda. Ello no aseguraría, por sí solo, la

victoria sobre la pandemia, pero al menos permitiría hacerle frente con mayores posibilidades de éxito.

Las últimas consideraciones que deseo formular en este epílogo no se refieren al presente, sino, como he dicho, al futuro, y están dedicadas a nuestro Derecho de excepción. Creo que, no siendo indispensable, sí que convendría introducir una reforma en la LO 4/1981 que prevea como supuesto del estado de excepción la crisis sanitaria producida por una pandemia que, por su gravedad (superior a la que puedan originar las epidemias más comunes), no pueda ser combatida por los medios del estado de alarma. También podría ser pertinente una reforma del artículo 55.1 CE (a la que seguiría una reforma de la LO 4/1981) que incluyera, entre los derechos que pueden ser suspendidos en el estado de excepción, el de libertad de empresa, que quizás había sido olvidado por el constituyente al redactar dicho precepto constitucional, muy apegado entonces a los problemas del terrorismo, cuando hoy resulta que puede haber crisis de enorme magnitud cuyo origen sea sanitario o climático, por ejemplo, afectando seriamente no sólo a los derechos civiles sino también a los derechos económicos.

Sin perjuicio de que en el futuro se regulen mejor, constitucional y legalmente, los estados de alarma y excepción, nuestro Estado de Derecho tiene que ofrecer la seguridad de que la declaración de los estados de alarma y excepción, y sus prórrogas, se adecúan a la Constitución y a la propia LO. Aquí ya no se trata del control político parlamentario, que subsiste y puede ser eficaz si nuestras cámaras cumplen sus obligaciones, sino del control jurisdiccional, único control objetivado cuyo ejercicio se basa en razones exclusivamente jurídicas.

Para que ese control jurisdiccional sea una realidad, fácilmente practicable y de eficaz resultado, como el Estado de Derecho requiere, y dado que los decretos de declaración y sus prórrogas son normas con fuerza de ley, una fórmula útil sería la de atribuir al Tribunal Constitucional el conocimiento de un nuevo proceso para añadirlo a los que ahora tiene (los del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, cuya larga sustanciación e ineludible tardía resolución pueden restar eficacia al control).

Se trataría de establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente los decretos de declaración y prórroga que permitiese, en muy pocos días desde la

impugnación, que el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia. Tales sumariedad y urgencia procedimentales serían absolutamente coherentes con la naturaleza excepcional del Derecho que se ha de controlar y no impedirían un examen más detallado y minucioso del problema, en cuanto que continuaría abierto el procedimiento ordinario del recurso de inconstitucionalidad o el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuya compatibilidad con el recurso urgente (cuando, desestimado este, se adujeran motivos que en él no se hubieran examinado) debería quedar salvada en la propia LOTC.

De este modo, el principio general de control de las actuaciones públicas que se deriva de las previsiones constitucionales, requerido, además, por nuestro sistema de Derecho de excepción, que atribuye a los poderes públicos facultades limitadas y controlables, y que recoge correctamente la LO 4/1981 en su artículo 1.2 (“las medidas a adoptar... serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad”), aparte de verificable políticamente por el Congreso (que participa en las decisiones previstas en el artículo 116 CE), lo será también, jurídicamente, y de manera inmediata, por el Tribunal Constitucional.

Conviene advertir que, pese al hecho de que sólo determinadas instancias públicas puedan acudir al Tribunal Constitucional para impugnar directamente la declaración o la prórroga de los estados de alarma o de excepción, los ciudadanos no quedan indefensos. De un lado, porque el recurso de amparo siempre queda abierto, como hasta ahora, previa utilización de la vía judicial correspondiente, para ser interpuesto por los particulares frente a cualquier medida, ya sea un acto o una norma sin fuerza de ley, adoptada por los poderes públicos, en aplicación de un estado de alarma o de excepción, que estimasen vulneradora de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, con la posibilidad inmediata de suspensión.

De otro lado, porque los ciudadanos no están privados de la tutela jurisdiccional ordinaria, ni en el estado de alarma ni en el de excepción, ya que pueden impugnar desde el primer momento, por la vía contencioso-administrativa (con posibilidades también de suspensión), los actos e incluso los reglamentos que, en aplicación de las medidas de emergencia, entendieran que habían vulnerado sus derechos. Sólo si en esa vía judicial la vulneración no se hubiera remediado, les cabría entonces acudir al recurso de amparo.

En el caso de que tales vulneraciones tuvieran incluso su origen mediato en los decretos de declaración o prórroga, el sistema de garantías que protege a los ciudadanos subsiste, porque los órganos judiciales, ante los que se recurriera por actos o medidas de aplicación de aquellos decretos, pueden plantear ante el Tribunal Constitucional, respecto de ellos, la cuestión de inconstitucionalidad.

Durante las situaciones de emergencia previstas en el artículo 116 CE, el Estado de Derecho no desaparece, como tampoco el Estado democrático. Esa es una de las virtudes de nuestro Derecho constitucional de excepción que es justo reconocer. Así como también debe reconocerse que, en términos generales, ese Derecho dota de suficientes instrumentos al Estado para hacer frente a las crisis que pudiesen poner en grave peligro el normal funcionamiento de las instituciones o perturbar gravemente la convivencia ciudadana, sin perjuicio de que fuesen convenientes algunas reformas normativas para mejorarlo, como más atrás se apuntó.

Termino el epílogo, que quizás, pese a mi propósito inicial, se ha hecho demasiado largo. Sólo me queda felicitar a los directores y autores de esta obra, que constituye un ejemplo excelente de la responsabilidad intelectual de un grupo de constitucionalistas que han asumido, de manera tan completa como razonable, su deber de estudiar los problemas jurídicos originados por un fenómeno, de tan inusitada gravedad y ámbito mundial como es la pandemia covid-19. En España, esa pandemia, así como la necesidad de adoptar medidas para combatirla, han supuesto, posiblemente, como bien dice Paloma Biglino en el comienzo de su “introducción”, el impacto horizontal más intenso que se ha proyectado sobre nuestro orden constitucional en sus cuarenta años de vigencia.

Examinar ese impacto con rigor jurídico significa no sólo constatar la capacidad de nuestro Estado para hacerle frente si se utilizan los medios que el ordenamiento ofrece, sino también detectar los problemas que, por no haberlo hecho así, en la ejecución de esa tarea se han puesto de manifiesto, que es el camino indispensable para evitar que en el futuro esos problemas vuelvan a producirse, máxime cuando resulta que la crisis sanitaria aún no ha terminado, y mucho menos la grave crisis social y económica que la acompañan. Creo que ambas dimensiones están tratadas, de modo suficiente y equilibrado, en este espléndido libro.