

ESTADO AUTONÓMICO Y LUCHA CONTRA LA PANDEMIA

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar este artículo / Citation: De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2020). Estado Autonómico y lucha contra la pandemia. 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.OC20.0005>

SUMARIO: I. LA CAPACIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA ADOPTAR MEDIDAS EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA COMO LA DE LA COVID-19 EN AUSENCIA DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA. 1. Las competencias estatales en ausencia de declaración del estado de alarma. 2. Las competencias autonómicas en ausencia de la declaración del estado de alarma. II. ¿EXISTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL UNA RESERVA DE DETERMINADAS MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LA PANDEMIA AL ESTADO DE ALARMA? III. EL ESTADO DE ALARMA PUEDE SUPONER UNA AFECCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER, PERO NO SUPONE LA SUSTITUCIÓN AUTOMÁTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. IV. BIBLIOGRAFÍA

I. LA CAPACIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA ADOPTAR MEDIDAS EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA COMO LA DE LA COVID-19 EN AUSENCIA DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Una primera cuestión a examinar es la relativa a cuál sería, en ausencia de una declaración del estado de alarma de las previstas en el artículo 116 CE, la capacidad de las comunidades autónomas para afrontar una situación de crisis sanitaria como la desencadenada por la covid-19. Tal situación es la que se habría dado con anterioridad a la adopción por el Gobierno de la nación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19¹, en la que la crisis sanitaria fue afrontada a través del ejercicio de los poderes ordinarios, también por parte de las comunidades autónomas, y es la situación que se ha dado con posterioridad a la pérdida de vigencia del estado de alarma, el pasado 21 de junio de 2020².

Para determinar el alcance de los poderes autonómicos se debe indagar en la distribución territorial de competencias que en nuestro sistema constitucional corresponde concretar a los Estatutos de Autonomía al reservarles la norma fundamental la determinación de las competencias asumidas por las comunidades autónomas dentro del marco establecido en la Constitución.

Sin perjuicio de la importancia que otras competencias puedan tener en la lucha contra la pandemia, es evidente que, a priori, la más directamente concernida es

¹ Disposición que de acuerdo con la doctrina recogida en la STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, «debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma».

² La finalización de la vigencia del estado de alarma el pasado 21 de junio de 2020, ha vuelto a poner el foco en las medidas de las comunidades autónomas.

Ciertamente el Estado a través de la adopción del Real Decreto-ley 21/2020 de 9 de junio ha adoptado “una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aquel.” La norma recoge disposiciones relativas a la obligatoriedad del uso de mascarillas, el mantenimiento de la distancia de seguridad, los aforos de los distintos establecimientos, y los controles en el ámbito de los transportes colectivos entre otras.

la competencia sobre la sanidad, que se ha considerado que incluye no sólo la vertiente asistencial de la curación de la enfermedad sino también una vertiente colectiva de prevención vinculada con el concepto de salud pública. Y en relación con la sanidad el artículo 149.1.16 CE dispone que el Estado tiene competencia sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, lo que ha permitido que todas las comunidades autónomas hayan asumido, en sus respectivos Estatutos, la competencia sobre el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia sanitaria³.

1. Las competencias estatales en ausencia de declaración del estado de alarma

El Estado tiene en primer lugar la competencia sobre las bases de la sanidad. Mediante las bases que corresponde establecer al Estado, se garantiza la existencia de una regulación uniforme y mínima y de vigencia en todo el territorio español en las condiciones de acceso al sistema sanitario y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Esa necesaria uniformidad mínima, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE) (SSTC 98/2004, FJ 7; 22/2012, FJ 3)⁴.

³ Ciertamente el Tribunal Constitucional ha afirmado que “no cabe excluir la posibilidad de que, en aras de la protección de los ciudadanos, la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando esas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia, de forma que no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas” (STC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3). La competencia estatal sobre seguridad pública sería otro título competencial que permitiría hacer frente a una situación de pandemia como la que estamos viviendo.

⁴ Sin embargo, en el ámbito subjetivo de reconocimiento de prestaciones la competencia autonómica de ampliación de los sujetos beneficiarios está condicionada por los límites y el alcance de las bases establecidas por el Estado. En concreto, las bases impiden la definición de un régimen alternativo de acceso a las prestaciones sanitarias que prescinda de la condición de asegurado o beneficiario, regulada en el art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto

A través de la competencia sobre las bases sanitarias el Estado ha establecido una normativa uniforme en relación con las situaciones de riesgo para la salud (no sólo se trataría de pandemias sino también de otras situaciones). Así lo ha hecho el Estado cuando con fundamento en el art. 149.1.16 ha dictado, entre otras, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública cuyo articulado se ha referido a tal tipo de situaciones. Asimismo, con fundamento en tal título competencial, aunque no se explicita en la propia norma, se habría dictado la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública que quedó desgajada en el procedimiento legislativo de la que finalmente sería la Ley 14/1986. En todas ellas el Estado ha dispuesto normativa en relación con la cuestión de los riesgos para la salud.

El Estado tiene en segundo lugar la competencia de coordinación general de la sanidad. El Tribunal Constitucional ha subrayado que es una competencia distinta a la de fijación de bases. Presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado; esto es, la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar (STC 140/2017, FJ 3).

Así, la competencia estatal de coordinación no autoriza al Estado 'para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas. La coordinación no supone 'una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma: antes bien, presupone, lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada; por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen' (STC 71/2018, FJ 3).

No obstante lo anterior, y de acuerdo igualmente con la jurisprudencia constitucional, "las facultades de coordinación —a diferencia de las técnicas de colaboración, basadas en la participación voluntaria y, por ende, en una situación más nivelada de los entes cooperantes— conllevan 'un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina

(SSTC 134/2017, FJ 5, y 145/2017, FJ 2). En contra de tal concepción Quadra-Salcedo Janini (2017).

respecto al coordinado'. Y siendo, consiguientemente, la imposición una de las principales notas distintivas de la coordinación frente a la voluntariedad que caracteriza a las fórmulas cooperativas, es claro que el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados. Por lo tanto, la facultad de coordinación en la medida en que permite someter a los entes coordinados a "un cierto poder de dirección", constituye un mecanismo de intervención que tiene una evidente afectación sobre la autonomía. Es esta posibilidad de afectación de la autonomía constitucionalmente reconocida la que exige la existencia de límites a la función de coordinación (STC 82/2020, FJ 6).

Límites que, en ámbitos distintos al de la coordinación sanitaria han quedado concretados, tanto en la doctrina constitucional como en la propia legislación básica de esos concretos ámbitos, en una serie de exigencias sustantivas y procedimentales que se imponen a aquellas entidades que ejercen sus facultades de coordinación.

Así, en efecto la facultad de coordinación del Estado sobre las Comunidades autónomas en materia sanitaria deberá responder a la protección de intereses generales o supraautonómicos y deberá ser conforme con el principio de proporcionalidad, lo que supondrá que, el Estado como ente coordinador, debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserven los entes coordinados sea tendencialmente correlativo al nivel de interés autonómico presente en el asunto de que se trate.

Precisamente, la reciente Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, de fecha 30 de septiembre de 2020, que ha desatado una fuerte polémica entre el Estado y la Comunidad de Madrid, se ha fundado en la competencia estatal de coordinación.

En efecto, la referida Resolución se funda en el ejercicio de la competencia del Estado sobre coordinación general de la Sanidad ex art. 149.1.16 CE y que se

desarrolla en el art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando prevé que la declaración de actuaciones coordinadas corresponde al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas.

El referido art. 65, establece exigencias procedimentales que implican que los entes coordinados conocen, con carácter previo, como se va a producir aquella, pues la declaración de actuaciones coordinadas corresponde al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Es el referido acuerdo el que permite la participación de las Comunidades Autónomas y tiene como propósito último la armonización de los intereses públicos en presencia; lo que ciertamente supone una garantía de la autonomía, pues implica, por un lado, la participación de los entes locales en la adopción del referido acuerdo que luego es declarado como actuación coordinada y, por otro, que tales actuaciones coordinadas no pueden ser impuestas unilateralmente por el Estado sino que requieren tal acuerdo previo en el Consejo Interterritorial.

Ello es lo que avala, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que las actuaciones declaradas y recogidas en el referido acuerdo sean de obligado cumplimiento para todas las comunidades autónomas integrantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con independencia del sentido de su voto, pues no se trata de un acuerdo propio de una actuación de cooperación que de acuerdo con el Reglamento Interno del Consejo Interterritorial requeriría consenso sino del ejercicio estatal de su potestad de coordinación general de la sanidad.

Cuestión distinta es si el contenido de las concretas actuaciones coordinadas declaradas pudiera exceder de los límites inherentes a toda potestad de coordinación por poderse considerar una sustracción o menoscabo desproporcionado de las competencias de las entidades sometidas a la misma.

2. Las competencias autonómicas en ausencia de declaración del estado de alarma

Como ya se ha señalado, las Comunidades Autónomas tienen estatutariamente atribuida tanto la competencia normativa de desarrollo de lo básico en materia sanitaria como la facultad ejecutiva en la que cabe encuadrar importantes medidas de lucha contra una pandemia.

Entre las medidas a adoptar por los poderes públicos autonómicos en una situación de estas características la cuestión más controvertida sería la de aquellas medidas restrictivas de los derechos fundamentales y de las libertades públicas recogidas en la Constitución⁵.

En relación con este tipo de medidas restrictivas de derechos no cabe sino partir de la exigencia constitucional de que toda injerencia del poder público en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas precisa de una habilitación legal (por todas recientemente la STC 76/2019, de 22 de mayo).

Habilitación legal que deberá encontrarse dispuesta bien en una Ley Orgánica, cuando la restricción o injerencia incida directamente sobre el desarrollo del derecho (art. 81.1 CE), bien en una ley ordinaria, cuando limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE).

En relación con el primer supuesto, el Tribunal Constitucional ha advertido, desde la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, de la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva que se contiene en el artículo 81.1 CE, no sólo en lo referente a la “materia” objeto de reserva sino también en lo referente al término “desarrollar”, a fin de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas.

Así, la remisión a los derechos fundamentales y las libertades públicas que se efectúa en el artículo 81.1 CE debe ceñirse a aquellos regulados en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución. Y en lo referente

⁵ Otro tipo de medidas relevantes para la lucha contra la pandemia como las vinculadas con la prestación de los servicios sanitarios y asistenciales (normativa y gestión de los hospitales y residencias, compra de material sanitario, etc...) no serán objeto del presente trabajo.

al término “desarrollar” lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es “la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas” o habría que añadir sus límites en relación con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Para la doctrina del Tribunal Constitucional, en particular, la utilización de ese criterio lleva a circunscribir la reserva de ley orgánica a las normas que establecen restricciones de los derechos o los desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites⁶.

La reserva constitucional del desarrollo de los derechos fundamentales a la Ley orgánica implica que le correspondería, en principio, al legislador estatal⁷, y en

⁶ Subraya la STC 173/1998, de 23 de julio, la idea de que en nuestro ordenamiento constitucional la reserva de ley orgánica responde a la finalidad de encomendar a un procedimiento legislativo que exige el respaldo de una mayoría cualificada el desarrollo normativo inmediato de la Constitución en aquellos aspectos básicos o fundamentales del orden constitucional que por ser complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente se sustraen al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples. El instrumento de la ley orgánica, “convierte a las Cortes en «constituyente permanente»”. Por ello el Tribunal ha calificado la ley orgánica como legislación extraordinaria o “excepcional”, en la medida en que tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación, entre otras, a las normas que establecen restricciones de esos derechos.

⁷ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, “la técnica de la reserva de ley tiene hoy, como tuvo en su origen y en su evolución histórica, una naturaleza distinta de la que poseen las reglas de atribución de competencia. El contenido y la finalidad de ambas figuras ha sido y es sustancialmente diverso”. Por ello, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, desde la STC 5/1981, “la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado” (STC 5/1981, FJ 7). Para el Tribunal Constitucional “en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente” (STC 173/1998, de 23 de julio).

La consideración de que la reserva de ley orgánica no es un título competencial habilitante a favor del Estado ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que la fijación del alcance de la reserva de ley orgánica “debe cohonestarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, ya que, como bien dice la STC 137/1986, “ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149 (...)) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes (...) puede sobreponerse a la norma (...) que busca articular los ámbitos materiales” (STC 173/1998 FJ 7).

Es por ello, por lo que debe sostenerse la necesidad de realizar el esfuerzo de tratar de cohonestar la reserva que realiza el artículo 81.1 CE -con la finalidad de que los derechos recogidos en la

ningún caso a los legisladores autonómicos, habilitar aquellas medidas que pudiesen suponer restricciones de los derechos fundamentales recogidos en la referida sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución (serían aquellos derechos y libertades recogidos en los arts. 15 al 29); pero ello no implica, sin embargo, que sólo sea la Administración estatal la que pueda adoptar las medidas restrictivas de estos derechos a las que habilitase la correspondiente Ley orgánica en caso de crisis sanitaria, pues la reserva de la competencia de regulación que cabría derivar de la reserva recogida en el artículo 81.1 no conlleva necesariamente la reserva de la competencia de ejecución.

Nada impide, por tanto, que sean las autoridades autonómicas o incluso a las locales, las que, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en el bloque de la constitucionalidad, adopten, en todo caso sometidas al principio de proporcionalidad, las concretas medidas restrictivas de derechos y libertades a las que habilita, en su caso, una concreta Ley orgánica en una situación de crisis sanitaria.

En cuanto al resto de derechos fundamentales recogidos fuera de la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, como serían aquellos recogidos en la sección segunda y entre los que se encuentran, por ejemplo, derechos como la libertad de empresa (art. 38 CE) o el derecho de propiedad (art. 33 CE), los mismos podrían ser restringidos mediante previsiones legales que en este caso no requerirían tener el rango de orgánicas por lo que cabría que la previsión de las mismas se estableciesen en normas autonómicas

Sección Primera del capítulo II del Título I de la Constitución sean regulados por una fuente singular como es la Ley Orgánica- con las competencias que el artículo 149 CE reserva al Estado. Así, en materia de derechos fundamentales la Constitución no se ha limitado a reservar el desarrollo normativo de aquellos derechos contenidos en la Sección Primera del capítulo II del Título I a las Leyes orgánicas, sino que ha reconocido como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» artículo 149.1.1º de la C.E.).

Ello significa que cabe hacer una interpretación sistemática de los citados preceptos de la Constitución (arts. 81.1 y 149.1.1 de la C.E.) -y en su caso de otros preceptos constitucionales que atribuyan competencias al Estado en materias que puedan suponer el desarrollo de derechos fundamentales como es el caso del artículo 149.1.30 en materia de educación- que desemboque en la consideración de que la Constitución ha reservado al Estado en aquellos preceptos el desarrollo, mediante Ley Orgánica, de aquellos elementos esenciales para la definición del derecho fundamental (Quadra-Salcedo Janini, 2017).

siempre que los legisladores autonómicos tuviesen competencias sobre las materias reguladas⁸.

Así, sería perfectamente conforme con la Constitución que las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias, por ejemplo, sobre el desarrollo de las bases sanitarias -a las que en todo caso no pueden contradecir-, o sobre comercio interior, estableciesen habilitaciones legales para que las propias autoridades autonómicas puedan restringir derechos como el de libertad de empresa permitiendo así la adopción de medidas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia, acondicionamiento, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, o intervención de medios materiales y personales.

Examinado lo anterior, el supuesto de medida restrictiva de derechos más controvertido sería, por tanto, aquel en el que nuestro ordenamiento constitucional exige una habilitación a las autoridades autonómicas para la adopción de medidas que supongan una restricción de aquellos derechos fundamentales cuyo desarrollo se encuentre constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica como puede ser el caso de una medida de confinamiento, pues supone la restricción de la libertad de circulación que se encuentra reconocida en el artículo 19 CE.

Tal es el supuesto que se plantea en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública cuando dispone que:

«Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

⁸ Tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional las reglas estatales o autonómicas que ordenan la economía de mercado deben ser conformes con aquella garantía constitucionalmente establecida del derecho fundamental a la libertad de empresa que impone que sus limitaciones vengan establecidas por la ley (STC 53/2014, de 10 de abril).

La doctrina académica se ha mostrado dividida en relación con la interpretación que se debe dar al alcance habilitador de tal previsión normativa. Interpretación que es clave a la hora de determinar cuál sería la capacidad autonómica de adoptar determinadas medidas para hacer frente a una pandemia en ausencia de declaración del estado de alarma por parte del Gobierno de la nación.

Así para Barnes⁹, las leyes sanitarias españolas, y entre ellas la referida LO 3/1986, tal y como están concebidas hoy y ahora, tendrían por objeto “medidas individuales” en la lucha contra la pandemia (cierres de instalaciones, inmovilizaciones, suspensión de actividades, aislamiento...). Ello significaría, según su perspectiva, que tienen por destinatarios a individuos o grupos individualizables de personas (una familia, una comunidad, una sección de un barrio...) ¹⁰. Bajo esta concepción, quedarían fuera de su ámbito las que se dirigen a una pluralidad indeterminada de personas (un municipio, una comarca, una provincia...). Estas sólo podrían ser adoptadas al amparo del estado de alarma.

Así, considera Barnes que las medidas que se pueden adoptar por las autoridades competentes en aplicación de las normas sanitarias podrán ser de dos tipos¹¹:

- i) medidas individualizadas (entendidas como aquellas que se dirigen a un grupo individualizable de personas) cuando se trate de medidas que incidan gravemente sobre la libertad u otro derecho fundamental -y en todo caso siempre con la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.º 2.º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando dispone que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”-.

⁹ Barnes, 2020.

¹⁰ Así las leyes sanitarias ampararían para Barnes el confinamiento en febrero de 2020 de casi 1000 personas que se decretó por el Gobierno autonómico canario en un Hotel del sur de Tenerife.

¹¹ Barnes, 2020.. En la misma línea Teruel Lozano, 2020.

- ii) medidas más generales si inciden superficialmente sobre la libertad como las normas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia o acondicionamiento.

Niega así el referido sector doctrinal que las normas sanitarias permitan confinar a lo que denomina un grupo indeterminado de personas, pues ello sólo sería posible realizarlo, en el actual marco vigente de normas sanitarias, a través de la declaración de alarma con sus garantías.

Frente a ello, un importante sector doctrinal¹² ha considerado que tanto el tenor literal como el espíritu del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 permitirían entender que las comunidades autónomas pueden adoptar cualesquiera medidas necesarias para proteger la salud pública frente a la covid-19, lo que incluye también medidas restrictivas de derechos más o menos generalizadas –lo que incluye el confinamiento masivo de la población–, como las que de hecho algunas de ellas adoptaron antes de que se decretara el estado de alarma¹³ y, asimismo, las que algún Gobierno autonómico ha adoptado una vez finalizado tal estado¹⁴.

Así, para Velasco, la distinción entre el contagio localizado y la transmisión comunitaria “no individualizable” no sería un criterio competencial, no delimitaría los poderes de las autoridades sanitarias autonómicas frente al Estado. La respuesta epidemiológica autonómica y la declaración del estado de alarma “no

¹² Doménech Pascual, 2020 a); Velasco Caballero, 2020 a); Nogueira López, 2020; Gamero Casado, 2020; De la Sierra, 2020; Boix Palop, 2020 a),

¹³ Tal fue el caso, por ejemplo, de la Orden de la Consejería de Salud por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (covid-19), de 13 de marzo, por la que con anterioridad a declararse el estado de alarma por el Gobierno de la nación, el Gobierno autonómico confinó a más de 375.000 personas de los municipios de Cartagena, San Javier, San Pedro, Mazarrón, Águilas, Los Alcázares y La Unión al disponerse la restricción de su libertad de circulación permitiéndose exclusivamente los desplazamientos por motivos laborales, médico-asistenciales y de adquisición de productos de primera necesidad, sanitarios y farmacéuticos.

¹⁴ Tal fue el caso, por ejemplo, de la Resolución SLT/1671/2020, de 12 de julio, por la que la Generalitat dispuso, en los municipios de Lleida ciudad, Alcarràs, Aitona, La Granja d'Escarp, Massalcoreig, Seròs, Soses y Torres de Segre, y en las entidades municipales descentralizadas de Sucs y Raimat donde residen más de 160.000 personas, una limitación de los desplazamientos personales al establecer que la población tenía que permanecer en su domicilio y la circulación por las vías de uso público tenía que responder a una serie de supuestos tasados.

El Juzgado de Instrucción 1 de Lleida, no ratificó la resolución de confinamiento por desproporcionada y considerar que tenía como objetivo, “eludir la aplicación del estado de alarma parcial” y que ésta era una competencia estatal.

son dos espacios competenciales colindantes”, diferenciados por el carácter “individualizable” o “comunitario” del peligro¹⁵.

En esta línea, señala Doménech, que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 tendría dos incisos, que prevén la posibilidad de que las autoridades autonómicas sanitarias tomen dos tipos de medidas, respectivamente: (i) las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato; y, además, (ii) las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Considera Doménech que, si estas últimas solo se pudieran adoptar para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, el referido segundo inciso resultaría redundante, sobraría, carecería de sentido¹⁶.

Bajo esta segunda perspectiva doctrinal, con las leyes sanitarias en vigor no habría ninguna medida de protección sanitaria -que la autoridad competente en el estado de alarma pueda establecer para luchar contra el coronavirus- que no pueda ser tomada, sin estado de alarma, por las autoridades sanitarias, en este

¹⁵ Con argumentos que cabe en buena medida compartir discrepa Velasco con la lectura del artículo 3 de la LO 3/1986 que realiza Barnes, y considera que no es la mayor o menor individualización, sino la necesidad sanitaria lo que gradúa la aplicación del artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986. Señala Velasco como para la ley orgánica 3/1986 es la “necesidad” lo que determina el posible alcance –más o menos general- de una medida prohibitiva. Si el riesgo de contagio está muy localizado (en un grupo individualizado de personas), la medida sanitaria necesaria no podrá ir más allá del confinamiento de esas concretas personas. Pero si en una ciudad o comarca se ha generalizado el riesgo de contagio, o ya hay transmisión comunitaria, el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 autorizaría la correspondiente medida “necesaria”, como puede ser el confinamiento de todo un municipio, comarca o región (Velasco Caballero, 2020).

¹⁶ Doménech Pascual, 2020 b). Esta interpretación parece que sería la que habría asumido el Legislador cuando ha atribuido en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, competencias diferenciadas a los juzgados de lo contencioso y a los Tribunales Superiores de Justicia en materia de ratificación de medidas restrictivas de derechos.

En efecto, la Ley 3/2020 dispone que los Tribunales Superiores de Justicia “conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”, dejándose las ratificaciones y autorizaciones de las medidas que adopten las autoridades sanitarias de restricción de derechos fundamentales que identifiquen a sus destinatarios, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo en virtud del artículo 8 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

caso autonómicas, en virtud de la amplísima habilitación general recogida en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986¹⁷.

Sin embargo, a tal interpretación amplia de las medidas que podrían ser adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas por habilitación del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 -y que se funda en la negación, creemos que correcta, de que en el referido precepto se encuentre una distinción entre unas medidas individualizadas y unas medidas más generales-, cabe oponerle, sin embargo, una objeción importante: la de que la autorización a las Administraciones a “adoptar cuantas medidas sean necesarias” podría no satisfacer las mínimas exigencias del principio de legalidad y de la reserva de ley¹⁸.

En efecto, los eventuales límites a las medidas a adoptar por las autoridades sanitarias autonómicas bajo las leyes sanitarias en vigor, no se derivarían de una inexistente distinción legal entre unas medidas vinculadas con la existencia de contagio localizado y otras con la existencia de transmisión comunitaria, sino de una cierta insuficiencia en la densidad de la habilitación recogida en aquellas para adoptar medidas restrictivas de derechos. Se trataría de un problema de calidad de la ley, pues no es posible que la ley pueda habilitar genéricamente restricciones de derechos¹⁹.

Así, como ha recordado Sáenz Royo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional los derechos fundamentales pueden ser restringidos por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, “los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley” y respeten el

¹⁷ Bajo esta concepción el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril permitiría literalmente a las autoridades autonómicas sanitarias adoptar cualesquiera medidas que se consideren necesarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible, en la medida en que el propio precepto no limita ni restringe en modo alguno el tipo de medidas que cabe adoptar con ese fin (Doménech Pascual, 2020 b).

¹⁸ Que las actuales leyes sanitarias en vigor no permiten a las autoridades autonómicas adoptar medidas generales restrictivas de determinados derechos, como serían los confinamientos de ámbito territoriales extensos, se fundamenta por Barnes además de en que no satisface las mínimas exigencias del principio de legalidad y de la reserva de ley; en los debates parlamentarios en los que se aprobaron las mismas, en los ejemplos y supuestos que ellas mismas citan y, en esta línea, en que la autorización a las Administraciones a “adoptar cuantas medidas sean necesarias”, es un inciso que se encuentra inserto en un contexto de intervenciones menores (Barnes, 2020).

¹⁹ Sobre la calidad de la Ley (Cotino Hueso, 2020).

principio de proporcionalidad (por todas la reciente STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5)²⁰.

Por tanto, toda injerencia pública en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas -ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE) recuerda el Tribunal Constitucional-, precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley asegura, por una parte, que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia del poder público no autorizada por sus representantes; y, de otra, es el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales.

Para el Tribunal, continua la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5, esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal “ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica”, esto es, “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”. En otras palabras, “no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias (...), sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites”.

En efecto, esta segunda exigencia constituye para el Tribunal lo que denomina “la dimensión cualitativa de la reserva de ley”, y se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. Así las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente

²⁰ Sáenz Royo, 2020.

la voluntad de quien ha de aplicarla” (todavía en la STC 76/2019, de 22 de mayo FJ 5)²¹.

Pues bien, cabe cuestionar que una habilitación a la autoridad sanitaria para que adopte, con el fin de controlar las enfermedades, “las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, posea el suficiente grado de certeza y previsibilidad en los propios límites que cabe imponer a los derechos y en su modo de aplicación²².

Así, los términos del referido artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 no satisfecerían las exigencias del principio constitucional de legalidad en su vertiente material, pues ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por las autoridades sanitarias ni las condiciones y garantías de esa limitación²³.

²¹ Según la referida STC 76/2019, de 22 de mayo FJ 5, la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites, “no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio”.

²² Ciertamente a una mayor certeza contribuye el sometimiento a ratificación judicial de aquellas medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental que dispone el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Algún autor ha considerado que en el caso de los confinamientos generales no tendría sentido prever la ratificación judicial, al tratarse de regulaciones generales con destinatarios indeterminados (Teruel Lozano, 2020).

Cabe sin embargo dudar de que se trate de una regulación general y de que los destinatarios sean indeterminados, ciertamente la medida va dirigida a una pluralidad de destinatarios, pero son determinables, y así igualmente ocurre en el supuesto de los confinamientos limitados (como el del Hotel de Tenerife).

²³ Sáenz Royo, 2020. Frente a tal concepción sostiene Doménech que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 confiere unos poderes amplísimos a las Administraciones competentes en materia de sanidad (las comunidades autónomas). Éstas pueden adoptar «las medidas que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Para Doménech el legislador no ha querido especificar o limitar en modo alguno el tipo de medidas que cabe tomar para combatir estos riesgos. De acuerdo con una interpretación estrictamente literal de este precepto, las autoridades sanitarias pueden imponer cualquier medida que consideren indispensable a estos efectos (Doménech Pascual, 2020 b).

Reconoce Doménech que semejante habilitación genérica, realmente insólita en el marco de nuestra legislación, se justifica en que permite conferir a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad.

Esta falta de calidad de la Ley no es posible predicarla en la misma medida del supuesto de aquellas medidas que se prevén para hacer frente a la existencia de contagios localizados, pues en este caso el artículo 3 de la Ley cuando se refiere a la competencia de las autoridades sanitarias para adoptar “las medidas oportunas para “el control” de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato”, parece estar refiriéndose al confinamiento de los mismos.

No obstante lo anterior, el referido artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, no sería el único precepto legal estatal que habilitaría a las autoridades sanitarias autonómicas para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Así, en efecto, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad “en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. Y de acuerdo con el apartado 2 de ese mismo artículo 26 “entre tales medidas se encontrarían además de las explícitamente enumeradas de suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales cualesquiera otras que se consideran sanitariamente justificadas”²⁴.

De acuerdo se han manifestado otros *iuspublicistas* como Sarrión o Bacigalupo quién considera que el confinamiento general -eso sí, establecido por cada comunidad autónoma en el ámbito de su territorio- hallaría cobertura (sin necesidad de un estado de alarma) en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 3 de la Ley Orgánica 3/1986 (pero, salvo que se dispusiera mediante norma autonómica con rango de ley, requeriría intervención judicial ex artículo 8.6 LJCA) en <https://almacenederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

²⁴ Por su parte la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública dispone en su artículo 54 que “sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, *con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia*, y sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, *la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada*, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.

Se trata, por tanto, por un lado, de una enumeración, más precisa de medidas potencialmente restrictivas de determinados derechos fundamentales, entre los cuales destaca el de libertad de empresa, y por otro, de una cláusula más general que habilitaría a cualesquiera otras medidas que se consideren necesarias. El apartado 2 del artículo 26 establece al tiempo determinadas garantías para la adopción de aquellas²⁵ lo que permitiría considerar que se ha cumplido la exigencia relativa a la calidad de la Ley.

En este punto, se debe no obstante ser consciente de una exigencia constitucional, ya recordada, adicional a la de la calidad de la Ley a la hora de determinar la suficiencia de una determinada habilitación legal a las autoridades sanitarias para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales para hacer frente a una pandemia como la de la covid-19²⁶. Esta exigencia adicional se refiere al tipo de la Ley que habilite la restricción y en el caso de los confinamientos, medida restrictiva del derecho a la libre circulación recogido en el

d) La suspensión del ejercicio de actividades.

e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”.

El referido precepto contiene a su vez determinadas garantías que permiten sostener la calidad de la Ley cuando dispone “*las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.*

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

²⁵El apartado 2 del artículo 26 igualmente dispone por un lado que “la duración de las medidas..., que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” y por otro, que “en cualquier caso se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados”. Condición esta última que se repite en el artículo 28 de la Ley 14/1986.

²⁶ Medidas que, en el momento de su aplicación, se debe reiterar que han de estar, siempre y en todo caso, sometidas al escrutinio de su proporcionalidad.

artículo 19, el tipo de Ley que constitucionalmente se exigiría para una restricción tan incisiva del mismo sería el de la Ley Orgánica²⁷.

No cabría por tanto considerar que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad tenga el suficiente rango²⁸, y en este punto se vuelve a plantear la cuestión de la suficiencia en la calidad del artículo 3 de la de la Ley Orgánica 3/1986 como precepto habilitador de una restricción vinculada con un derecho de la sección primera como es la libertad de circulación.

Ciertamente hubiese sido deseable que la referida escasa densidad normativa de la norma legal de cobertura hubiese podido ser remediada en los meses que han mediado desde la declaración del estado de la alarma con vistas a que tras su terminación no existiesen dudas jurídicas en relación con la posibilidad de que las autoridades sanitarias autonómicas pudiesen decretar confinamientos generales en sus territorios sin necesidad de tener que acudir necesariamente a nuevas declaraciones de estado de alarma²⁹.

II. ¿EXISTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL UNA RESERVA DE DETERMINADAS MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LA PANDEMIA AL ESTADO DE ALARMA?

No obstante lo anterior, precisamente se plantea una duda jurídica en relación con los confinamientos generales. En efecto, se plantea como una cuestión previa a la cuestión de si las leyes sanitarias en vigor autorizan o no a adoptar medidas individuales o generales que hemos examinado en el anterior epígrafe³⁰, pues

²⁷ Distinto es el rango que se exigiría para las restricciones del derecho a la libertad de empresa, que por estar en la sección segunda del capítulo II del Título I, no se encontraría reservado a la Ley Orgánica, pudiendo en este caso ser restringido a través de leyes ordinarias, ora estatales ora autonómicas, según los que permitan sus respectivas competencias.

Precisamente la Ley orgánica 3/1986, se desgajó de un proyecto de ley originalmente único dando lugar a dos normas, aquella, y la Ley 14/1986, General de Sanidad.

²⁸ Y en lo que se refiere a una teórica habilitación para confinar no es una norma más concreta que la Ley Orgánica 3/1986, pues de nuevo se refiere a una indeterminadas “*medidas preventivas que estimen pertinentes*”.

²⁹ Y sometidas tales decisiones al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad.

³⁰ En este sentido como hemos visto, para Sáenz Royo el artículo 3 LOMESP no satisface las exigencias del principio constitucional de legalidad en su vertiente material, pues ni especifica el

supone plantearse si las leyes sanitarias pueden permitir a las autoridades sanitarias ordinarias adoptar determinadas medidas generales, como los confinamientos generales³¹, o por el contrario tal tipo de medidas únicamente puede ser adoptados bajo el paraguas de una declaración previa del estado de alarma³².

En efecto, algún sector doctrinal parece rechazar la posibilidad de los confinamientos vinculados con el riesgo de una transmisión comunitaria “no individualizable”, si no se producen en el marco de una declaración previa del estado de alarma³³. Ello lo fundan en el argumento de que nuestro ordenamiento jurídico se rige por una lógica que hace coexistir el régimen ordinario de las normas sanitarias con el régimen extraordinario del estado de alarma, cada uno de ellos con unas garantías jurídicas y procedimentales diversas.

Bajo esta perspectiva sólo el Gobierno de la nación a través de su competencia para declarar el estado de alarma en caso de epidemias sería el competente para establecer, por ejemplo, medidas consistentes en limitar la circulación de manera general, excluyéndose que las comunidades autónomas puedan adoptar esas

derecho fundamental que puede ser restringido por (las) autoridades sanitarias ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación (Sáenz Royo, 2020).

³¹ Barnes no parece descartarlo pues considera que las leyes sanitarias se podrían inspirar en la Ley federal alemana contra las infecciones, pero hace notar que esa ley establece con precisión qué derechos fundamentales pueden ser afectados y en qué condiciones.

³² Existe todavía un tercer sector doctrinal que considera que los confinamientos generales de la población no son restricciones del derecho a la libre circulación sino suspensiones de este, por lo que se encontrarían proscritos salvo que se declarase el estado de excepción (único junto con el de sitio en el que es posible la suspensión del derecho reconocido en el artículo 19 CE de acuerdo con lo que dispone el artículo 55 CE) (Aragón Reyes, 2020).

Sin embargo, no compartimos tal concepción que parte de un entendimiento discutible del concepto jurídico de la suspensión de derechos. En efecto, el entendimiento que consideramos acertado sería aquel que parte de que cuando se suspende un derecho, el mismo deja de estar vigente, y el único control posible es el del cumplimiento del presupuesto para la declaración de aquel estado (excepción o sitio) que es el que permite que tal suspensión se pueda producir, pero la medida de suspensión misma no se ve sometida al control de su proporcionalidad pues cumplido el presupuesto para declarar el referido estado de excepción cabe que la autoridad competente suspenda la vigencia del derecho, frente a ello, y por el contrario, en el supuesto de las restricciones de derechos como es el caso del estado de alarma no sólo se controla que se cumpla el presupuesto para declararlo sino que además la propia medidas limitativa se ve sometida, en todo caso, al principio de proporcionalidad. En esta línea Velasco Caballero, 2020 c).

³³ T. Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2020) se pregunta “¿Para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución tal estado, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo?”. En el mismo sentido Teruel Lozano, 2020.

mismas restricciones generales que afecten a una o varias poblaciones si no es en el contexto del estado de alarma³⁴.

Hacerlo sin tal contexto y sin las garantías propias del estado de alarma (declaración por un periodo de tiempo limitado, con un control *ex post* del Congreso para su prórroga) sería para este sector doctrinal una suerte de fraude constitucional, pues el constituyente -y el legislador que la desarrolla por expresa remisión del artículo 116 CE a través de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio-, habrían querido que determinadas restricciones de derechos fundamentales, como son las que se derivan de un confinamiento general, se hagan de manera exclusiva y excluyente con las garantías propias del estado de alarma³⁵.

Bajo esta perspectiva, el régimen extraordinario del estado de alarma sujeta a plazo y a prórroga en el Congreso de los Diputados, entre otras condiciones, la adopción de este tipo de medidas. Sin embargo, si fuese la autoridad sanitaria

³⁴ Así lo sostiene, igualmente, Carmona para quién la limitación de derechos fundamentales cuyos destinatarios no son individuos concretos, sino todos aquellos que residen en los territorios afectados, exigiría declarar el estado de alarma en dicho ámbito geográfico (Carmona Contreras, 2020). Bajo el régimen ordinario únicamente cabrían medidas restrictivas singulares a la circulación adoptadas por las autoridades sanitarias y que serían sometidas a un control judicial autorizatorio previo (a través de la previsión del artículo 8.6 Ley 29/1997) y a un eventual control judicial *ex post*, pues tales decisiones se pueden controlar por los jueces ordinarios, tanto a través de los autos de ratificación, como también mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por cualquier ciudadano que se vea afectado, y dirigido a verificar si las medidas acordadas superan el test de proporcionalidad.

³⁵ El artículo 11 de la LOEAES se refiere específicamente a la posibilidad de que el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, acuerde la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

En relación a las garantías señala Gamero que el instrumento jurídico mediante el que se adopta el estado de alarma reduce significativamente la intensidad de los controles articulables por la ciudadanía contra las medidas que se adopten, toda vez que, conforme a la jurisprudencia constitucional (STC 83/2016), la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para revisar la declaración del estado de alarma por el rango de ley de la misma, mientras que sí lo es, para verificar la adecuación a Derecho de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en aplicación de la legislación sanitaria.

Como recuerda Gamero mientras que las medidas que se articulen mediante la declaración del estado de alarma son objeto de un control esencialmente político, en el Congreso de los Diputados; las medidas a que habilita la legislación sanitaria pueden verse sometidas a un control estrictamente jurídico, de proporcionalidad, por la jurisdicción ordinaria (Gamero Casado, 2020).

Sin embargo, se debe señalar que el control jurídico del estado de alarma no es inexistente, lo que ocurre es que se atribuye, debido a su rango, al Tribunal Constitucional, vía recurso directo de inconstitucionalidad, con una legitimación limitada, y vía cuestión de inconstitucionalidad planteada por jueces y tribunales al resolver los supuestos concretos en los que se produzca un acto de aplicación del Real Decreto de alarma, por ejemplo, una sanción.

autonómica la que decretase un confinamiento general no existirían las garantías propias de la alarma, pues no existiría ni limitación de tiempo, ni control parlamentario *ex post*, aunque las medidas sean exactamente iguales que las adoptadas para el estado de alarma³⁶.

Así, para esta concepción doctrinal habría en nuestra Constitución una suerte de reserva al estado de alarma, pues sólo en tal contexto, y con las garantías en el mismo, se podrían adoptar determinadas medidas restrictivas de derechos.

Por el contrario, otro sector doctrinal, consideramos que correctamente, ha concluido que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una reserva al procedimiento del estado de alarma para poder realizar determinadas restricciones de derechos. En efecto se ha sostenido que en atención a la mejor protección de los derechos y bienes jurídicos que se tratan de salvaguardar en una situación de crisis sanitaria como es una epidemia (el derecho a la vida del artículo 15 CE y el derecho a la salud del artículo 43 CE) hay que entender que existe y debe existir un cierto solapamiento o redundancia competencial³⁷. De ahí que, para estos escenarios, quepa conferir poderes de actuación a varias autoridades, a fin de mitigar el riesgo de que algunas de ellas se vean en la imposibilidad de ejercer sus competencias o, por las razones que sean, no las ejerzan efectivamente como sería deseable.

En esta línea, para Velasco, el estado de alarma no sería la única respuesta que da nuestro ordenamiento ante una transmisión “no individualizable” de la covid-19 que exija el confinamiento general de la población. El estado de alarma sería una respuesta alternativa a las medidas individuales o generales que se pueden adoptar con las normas sanitarias ordinarias³⁸.

Desde esta perspectiva, afirma Bacigalupo, que el valor añadido del estado de alarma no sería una mayor capacidad sustantiva de limitación de los derechos fundamentales respecto de la que puede ofrecer la Legislación sanitaria, sino que sería la concentración competencial a favor del Estado y el alcance nacional de las

³⁶ Así ha parecido entenderlo el Juzgado de Instrucción 1 de Lleida, cuando no ratificó la resolución de confinamiento de varios municipios catalanes por considerar, entre otras razones, que tenía como objetivo, “eludir la aplicación del estado de alarma parcial” y que ésta era una competencia estatal.

³⁷ Doménech Pascual, 2020 b).

³⁸ Velasco Caballero, 2020 b).

medidas habilitadas por la legislación sanitaria (que, por ser ordinariamente de competencia autonómica, no podrán tener alcance supraautonómico en ausencia de un estado de alarma)³⁹.

No son por tanto el tipo de restricciones de derechos que se pueden adoptar en una situación de crisis sanitaria lo que singulariza al estado de alarma, sino la alteración del órgano competente para adoptarlas⁴⁰. Allí donde el Gobierno considere que la situación requiere una intervención por completo extraordinaria, con alteración profunda de todo el sistema constitucional de fuentes y de distribución territorial del poder, cabrá la declaración del estado de alarma (art. 116 CE)⁴¹.

Así, ante la pregunta, ¿para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo?, cabe responder que precisamente para poder atribuir el poder de hacerlo a aquel que de manera ordinaria no es el competente y sin tener que esperar a que aquel que sí lo es, adopte una decisión que no es imperativa ni reglada.

³⁹ Para Bacigalupo si el confinamiento general es posible en el marco de un estado de alarma es precisamente gracias a la remisión del artículo 12.1 LOEAES a la legislación general de salud pública (en particular, al artículo 3 de la LO 3/1986), no a la habilitación del artículo 11 a) LOEAES, a todas luces insuficiente para un confinamiento general en <https://almacendederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

⁴⁰ Esta sería la respuesta que cabe dar a la pregunta ¿para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo? Precisamente para atribuir el poder de hacerlo a aquel que de manera ordinaria no es el competente y sin tener que esperar a que el que lo es, adopte una decisión que no es imperativa. En esta línea señala Boix que “la gran diferencia entre una gestión de la situación por medio del estado de alarma y la que utiliza los instrumentos ordinarios del Derecho sanitario tiene que ver en última instancia, sobre todo, con quién es el responsable último de la adopción de medidas –en un caso, el gobierno del Reino de España; en el otro, los de las Comunidades Autónomas–” (Boix Palop, 2020 b).

⁴¹ Como señala Álvarez García “una de las características del Derecho de necesidad es que se modifican, como regla general, las reglas normales de reparto de competencias, procediéndose en los casos verdaderamente severos a su concentración en manos de una autoridad ejecutiva” (Álvarez García, 2020).

III. EL ESTADO DE ALARMA PUEDE SUPONER UNA AFECCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER, PERO NO SUPONE LA SUSTITUCIÓN AUTOMÁTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El estado de alarma es, como se ha señalado en el epígrafe anterior, una respuesta alternativa a la crisis sanitaria y que permite al Gobierno de la nación adoptar aquellas medidas individuales o generales que en virtud de la normativa sanitaria ordinaria podrían ser adoptadas por cada comunidad autónoma.

Mediante la declaración de alarma se permite constitucionalmente que el Gobierno no atienda temporalmente, por la urgencia de la situación generada por la pandemia, ni a la distribución horizontal del poder ni a la vertical del mismo, adoptando medidas que, aun pudiendo ser adoptadas por cada una de las comunidades autónomas, se considera que, en una situación extraordinaria y urgente, deben ser adoptadas sin demora. Y ello lo hace el Gobierno en consideración a que, por ejemplo, la adopción de 17 medidas singulares de confinamiento puede no ser igual de eficaz, por la urgencia de la situación, que una decisión única de confinamiento en todo el territorio nacional.

Ciertamente el hecho de que se considere una respuesta alternativa, y por tanto posible pero no imperativa⁴², supone que ante una pandemia siempre cabrá que se deje el protagonismo a las autoridades sanitarias autonómicas y no se proceda a la declaración del estado de alarma⁴³. Tal sería la estrategia seguida en nuestro país tras la terminación del estado de alarma, en la que el protagonismo ha sido asumido por las comunidades autónomas. Esa es igualmente la estrategia seguida por otros estados descentralizados donde el protagonismo en la lucha contra la pandemia ha recaído por ejemplo en los entes regionales, como es el caso de Alemania y sus *Länder*.

En todo caso la opción por la declaración del estado de alarma no significa que el Gobierno pase a asumir todos los poderes y competencias en la respuesta contra

⁴² Velasco Caballero, 2020 b).

⁴³ Así, señala Boix que el hecho de que la declaración del estado de alarma para hacer frente a una situación de pandemia sea perfectamente constitucional no implica, ni mucho menos, que sea además constitucionalmente obligada (Boix Palop, 2020 c).

la pandemia y por ello la responsabilidad única y exclusiva en la lucha contra la misma⁴⁴.

En efecto, como se ha recordado el estado de alarma, aunque lo declara el Gobierno, no implica la centralización de todo el poder público ni, en consecuencia, la sustitución de las comunidades autónomas y las entidades locales en sus competencias ordinarias⁴⁵. Los títulos competenciales autonómicos y locales no quedan suspendidos por la declaración del estado de alarma, si bien el ejercicio ordinario de esas competencias puede verse afectado por las concretas medidas que adopte el Gobierno bajo tal estado.

Así, por ejemplo, las eventuales medidas de lucha contra la pandemia que se deban adoptar en los hospitales o en las residencias de ancianos no pasan a ser responsabilidad del Gobierno de la nación una vez declarado el estado de alarma⁴⁶, pues la competencia sobre la gestión hospitalaria y sobre la asistencia social sigue correspondiendo a las comunidades autónomas⁴⁷. Así lo recuerda el apartado 4 del artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, cuando dispone que “la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”.

Ciertamente, las medidas del Gobierno durante el estado de alarma pueden referirse a cualquier materia. Incluso cuando la materia en cuestión esté ordinariamente atribuida a una comunidad autónoma -o las entidades locales-, pero esta incidencia estatal sobre las materias competenciales autonómicas no significa que durante el estado de alarma las comunidades autónomas hayan quedado, en todo lo que se refiere a las medidas de lucha contra la pandemia, sustituidas por el Estado, simplemente tendrán que adecuar el ejercicio de sus competencias a las disposiciones adoptadas por aquel⁴⁸.

Asimismo, existe la posibilidad de que el Gobierno de la Nación que tiene la competencia constitucional para la declaración y la solicitud de prórroga del estado

⁴⁴ En contra, Boix Palop, 2020 c).

⁴⁵ Velasco Caballero, 2020 a).

⁴⁶ Cuestión distinta es que se le exija políticamente al Gobierno de la nación que adopte determinadas medidas que sin embargo no le vienen jurídicamente impuestas ni atribuidas.

⁴⁷ El artículo 6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, recuerda que “cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente”.

⁴⁸ Velasco Caballero, 2020 a)

de alarma, y que de acuerdo con el art 7 de la Ley Orgánica 4/1981, es la autoridad competente para el ejercicio de los poderes de necesidad, pueda delegar tal ejercicio a favor del Presidente de una comunidad autónoma “cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad”. Así, bajo una interpretación estricta únicamente si el ámbito de la declaración es el territorio de una Comunidad Autónoma, podrá producirse tal delegación, pues en caso contrario la autoridad competente será el Gobierno de la nación; pero cabe realizar una interpretación más flexible que permita a éste delegar la gestión de una alarma declarada en todo el territorio nacional en los Presidentes autonómicos de los respectivos territorios.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El coronavirus (COVID-19) respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.
- ARAGÓN REYES, M., “Hay que tomarse la Constitución en serio”, *El País*, 10 de abril de 2020.
- BARNES, J., “Un falso dilema”, *El País*, 14 de agosto de 2020.
- BOIX PALOP, A., El baile “agarrao” entre Estado, Comunidades Autónomas y jueces para una mejor gestión de la pandemia de Covid-19” en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1713>.
- “COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma ‘territorializados’” en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722>.
- “Las competencias autonómicas durante el estado de alarma y la desescalada” en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1708>.

— CARMONA CONTRERAS, A., “El fin no justifica los medios”, *El País*, 16 de julio de 2020.

— COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.

— DOMÉNECH PASCUAL, G., “Derecho público del coronavirus (i)” en <https://almacenederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>;

“Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19” en <https://almacenederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>.

— GAMERO CASADO, E., “Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19” en <https://almacenederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19>.

— NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.

— QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Rompiendo el espejo”, *El País*, 14 de septiembre de 2020.

— QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Los límites constitucionales a las consultas populares autonómicas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

- “El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017.

- SÁENZ ROYO, E., “Limitar derechos fundamentales durante la pandemia” en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/limitar-derechos-fundamentales-durante-la-pandemia>.
- DE LA SIERRA, S., “Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias” en <http://agendapublica.elpais.com/actualicemos-el-marco-juridico-de-las-crisis-sanitarias/>.
- TERUEL LOZANO, G., “Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias” en <https://hayderecho.expansion.com/2020/08/26/desconcierto-juridico-ante-el-rebrote-de-la-pandemia-pinceladas-aclaratorias/>.
- VELASCO CABALLERO, F., “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.
 - “Medidas “individualizables” frente a medidas “generales” en la lucha contra la COVID-19: una respuesta a Javier Barnes” en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/>.
 - “Libertades públicas durante el estado de alarma por la Covid-19”, en BLANQUER, D. (Coord.), *Covid-19 y Derecho Público*, Tirant lo Blanch. 2020.