

Dogmatismo contra pragmatismo

Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19

Sumario

Este artículo analiza las dos cuestiones más controvertidas que en el Derecho público español ha suscitado la crisis de la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las restricciones impuestas por el decreto que en marzo de 2020 declaró el estado de alarma podían adoptarse a su amparo o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción. En el artículo se examina, especialmente, la influencia que en las opiniones vertidas sobre el particular han tenido dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos. La primera es una visión pragmática, atenta sobre todo a las consecuencias prácticas que para todos los intereses afectados se derivan de las distintas interpretaciones en liza, pero también al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes, contexto y finalidad. La segunda es una visión dogmática, basada en ideas apriorísticas de origen doctrinal y tendente a ignorar no sólo los resultados prácticos que pueden desprenderse de aquellas interpretaciones, sino también el tenor literal de los preceptos aplicables, sus antecedentes, contexto y finalidad.

Abstract

This article analyzes the two most controversial issues in Spanish public law raised by the COVID-19 crisis. Both concern the conditions under which the Government may restrict constitutional rights in emergency situations. The article highlights the influence that two ways of analyzing and solving legal problems have had on this debate. The first is a pragmatic approach, attentive to the literal wording of the applicable constitutional provisions, to their background and purpose, to the current social reality and, above all, to the practical consequences arising from the different interpretations in dispute. The second is a dogmatic approach, that tends to ignore not only the practical outcomes that may arise from these interpretations, but also the literal wording of those provisions, their background and purpose.

Title: *Dogmatism versus pragmatism. On the fundamental rights restrictions aimed at fighting COVID-19.*

Palabras clave: estado de alarma, estado de excepción, derechos fundamentales, metodología jurídica, COVID-19, situaciones de emergencia.

Keywords: *emergency law, constitutional rights, COVID-19, constitutional interpretation, legal methodology.*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.10

4.2021

Recepción
03/09/2021

-

Aceptación
29/09/2021

-

Índice

-

1. **Introducción**
2. **Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos**
 - 2.1. Una visión dogmática
 - 2.2. Una visión pragmática
3. **Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria**
 - 3.1. El problema
 - 3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial
 - a. Periodo anterior al primer estado de alarma
 - b. Primer estado de alarma
 - c. Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma
 - d. Tercer estado de alarma
 - e. Periodo posterior al tercer estado de alarma
 - 3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP
 - 3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales
 - 3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?
 - 3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?
 - 3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales
 - a. ¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?
 - b. ¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?
 - 3.8. La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria
 - 3.9. La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)
4. **Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción**
 - 4.1. El problema
 - 4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión
 - 4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional
 - 4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional
 - 4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión
 - 4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos
 - 4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza
 - a. Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente
 - b. El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma
 - c. El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción
 - d. El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción
 - e. El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas
 - f. Riesgo de desprotección de la vida y la salud
 - g. ¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?
 - h. La desactivación del concepto de suspensión
5. **Conclusiones**
6. **Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

De entre todos los problemas que en el ámbito del Derecho público nos ha dejado la COVID-19, los más relevantes y controvertidos han sido, sin duda alguna, los relativos a la conformidad con la Constitución de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para afrontar esta pandemia. La polémica se ha centrado especialmente sobre su licitud formal. No se ha discutido tanto su adecuación, necesidad y proporcionalidad cuanto la competencia y el procedimiento observado para acordarlas. Numerosos autores y resoluciones judiciales han cuestionado los dos grandes instrumentos jurídicos empleados a estos efectos: el estado de alarma decretado por el Gobierno central y las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria.

Cabe pensar que las posiciones a favor o en contra de la utilización de ambos instrumentos se han visto influidas por factores de muy diversa índole, como la ideología política. *Grosso modo*, los juristas «conservadores» han tendido a mostrarse críticos con los tres estados de alarma declarados por el Gobierno, a diferencia de los «progresistas». Los «centralistas», por su parte, no han visto con buenos ojos las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas, al contrario que la gran mayoría de «autonomistas», «federalistas» e «independentistas».

En este trabajo pretendemos analizar esos dos problemas y el papel que en la justificación de las respuestas que se les han dado han jugado dos maneras de concebir, interpretar y aplicar el Derecho, es decir, de resolver problemas jurídicos: una visión dogmática, de un lado, y otra pragmática, de otro. En la primera de estas concepciones se han apoyado quienes han considerado constitucionalmente ilícita la utilización de los dos instrumentos jurídicos antes referidos. En la segunda, por lo general, los que han sostenido la postura contraria.

Conviene subrayar que no sostenemos ni sugerimos que, en general, exista una correlación entre ser un jurista «conservador» («progresista») y «centralista» («autonomista»), por un lado, y tener una visión dogmática (pragmática) del Derecho, por otro. Tan sólo señalamos que en este caso concreto dichas posturas han ido de la mano. Pero no es ni mucho menos descartable que, a la hora de tratar otros problemas jurídicos, se inviertan las tornas, de manera que sean principalmente juristas progresistas y autonomistas los que esgriman argumentos propios de una visión dogmática del Derecho, y viceversa.

2. Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos

2.1. Una visión dogmática

La principal característica de esta concepción es su dogmatismo¹. Se trata de una posición basada en gran medida en dogmas, en ideas abstractas, apriorísticas, preconcebidas y de origen

* El autor agradece los comentarios de Francisco Velasco, César Cierco y dos revisores anónimos, así como las discusiones mantenidas con muchos colegas, especialmente con Lorenzo Cotino, Alba Nogueira, Paz Lloria, Carlos Amoedo, Andrés Boix, Julio Tejedor y Víctor Bethencourt.

¹ En el presente trabajo damos a los términos «dogmático/a» y «dogmatismo» un significado cercano al que éstos tienen en el lenguaje común, y distinto del que normalmente se da a la expresión «dogmática jurídica» en el mundo

fundamentalmente doctrinal que tienden a afirmarse de manera inconcusa, universal e inflexible, y de las cuales se deducen múltiples reglas y consecuencias jurídicas. La afirmación apodíctica de esas ideas, las apelaciones a la intuición y las descalificaciones no argumentadas de las opiniones contrarias son relativamente frecuentes. Tampoco escasean los razonamientos circulares, que dan por supuesto precisamente lo que está por demostrar.

La segunda característica de esta visión, derivada de la anterior, es su escasa atención a la «realidad social del tiempo en el que las normas jurídicas han de ser aplicadas» (en palabras del art. 3 [Código civil](#)). De un lado, tiende a soslayar las circunstancias reales en las que han de desplegarse los efectos de las disposiciones consideradas, circunstancias que en no pocas ocasiones son extraordinarias, anómalas, distintas de las que los autores de esas disposiciones tuvieron en cuenta al dictarlas. De otro lado, apenas presta atención a las consecuencias prácticas que de las interpretaciones en liza pueden seguirse para todos los derechos e intereses en juego en el futuro, especialmente, respecto de la gestión de crisis venideras similares a la de la COVID-19.

La tercera característica, estrechamente relacionada con las anteriores, es el formalismo. Esta concepción tiende a dar un valor intrínseco al cumplimiento de las normas y las formas. Suele perder de vista que las normas jurídicas, en general, y las que regulan el procedimiento de actuación de los poderes públicos, en particular, tienen un valor instrumental. Pasa por alto que incurrir en los costes que implica observar ciertas formas y procedimientos sólo está justificado en la medida en que permite satisfacer efectivamente determinados fines (v. gr., reducir suficientemente el riesgo de que los derechos fundamentales afectados sufran restricciones excesivas), lo que en algunas circunstancias no ocurre, en cuyo caso carece de sentido exigir inflexiblemente dicha observancia. De acuerdo con esta concepción, además, la infracción de esas normas formales determina inexorablemente la invalidez de las decisiones afectadas por el correspondiente vicio, aun cuando éste no haya impedido efectivamente alcanzar los objetivos pretendidos por tales normas.

2.2. Una visión pragmática

Ésta es una concepción pragmática e instrumental del Derecho, con arreglo a la cual las normas jurídicas, así como sus interpretaciones y aplicaciones, han de evaluarse en función de sus efectos prácticos, de la medida en que éstas satisfacen realmente ciertos intereses merecedores de protección². El cumplimiento de las formas, por consiguiente, no tiene un valor intrínseco, sino instrumental, en tanto en cuanto sirve efectivamente para lograr dicho objetivo.

De ahí que ésta sea una concepción realista, que a la hora de interpretar una norma jurídica otorga una fundamental importancia a las consecuencias que las interpretaciones consideradas pueden tener sobre la realidad social y, muy especialmente, sobre la satisfacción de esos intereses implicados (v. gr., la vida, la salud y la libertad de las personas). De ahí también que tenga muy en consideración cuáles son los concretos bienes que el legislador trataba de proteger cuando

del Derecho. Sobre esta última expresión, vid. NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

² Sobre el pragmatismo jurídico, vid., entre otros, POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge; HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

estableció la norma en cuestión, cuáles son las circunstancias que entonces tuvo en cuenta y cuáles son actualmente las particulares circunstancias del caso analizado.

Esta visión confiere una especial prominencia a los criterios mencionados en el art. 3 del [Código civil](#) según los cuales las normas jurídicas deben interpretarse (i) atendiendo a su espíritu y finalidad y (ii) en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Es decir, en el momento de precisar el significado de esas normas y darles cumplimiento, hay que ponderar especialmente en qué medida sus posibles interpretaciones pueden lograr efectivamente los resultados prácticos pretendidos por ellas, a la vista de las circunstancias sociales realmente existentes en el momento de su aplicación.

Esta visión pragmática no desconoce la gran importancia que en la interpretación de las normas jurídicas tienen su tenor literal, su contexto y el significado que sus artífices les atribuyeron al dictarlas, en la medida en que aplicarlas en contra de cualquiera de estos elementos puede tener un coste muy elevado para la seguridad jurídica, la coherencia del sistema normativo y la confianza de los ciudadanos en el Derecho. Es más, comprobaremos que la visión pragmática es, al menos en los dos problemas abordados en este estudio, más respetuosa con la interpretación literal, sistemática y «originalista» de la Constitución y las leyes que la dogmática.

3. Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria

3.1. El problema

Desde que en marzo de 2020 estallara la crisis de la COVID-19, las Comunidades autónomas han adoptado, en diferentes momentos, diversas medidas restrictivas de la libertad de circulación y otros derechos constitucionales: confinamiento de personas en sus domicilios; prohibición de determinadas reuniones; prohibición de entrar y salir de ciertos territorios; prohibición de apertura de establecimientos comerciales, etc.

Para motivar estas restricciones, las autoridades autonómicas han esgrimido, principalmente, el art. 3 de la [Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública \(en adelante, LOMESP\)](#), que 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». En alguna ocasión han invocado adicionalmente la legislación autonómica de protección civil, donde se prevé que las autoridades competentes en esta materia, ante cualquier situación de grave riesgo o emergencia, podrán, por ejemplo, «disponer el confinamiento de personas en sus domicilios o en lugares seguros»³. Un

³ Vid., por ejemplo, el art. 5.1.b) de la [Ley 3/2019, de 8 de abril, del Sistema de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria](#); art. 11.b) de la [Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón](#); art. 8.a) del [texto refundido de la Ley vasca de Gestión de Emergencias \(Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril\)](#).

número considerable de autores, en su mayoría administrativistas, ha considerado lícitas estas medidas⁴.

Esta posibilidad, sin embargo, ha sido cuestionada por otros muchos autores –en su mayoría, constitucionalistas–⁵, a la vista, sobre todo, de lo dispuesto en la [Ley Orgánica, 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio \(en adelante, LOEAES\)](#). Esta disposición atribuye al Gobierno de España la competencia para decretar el estado de alarma en situaciones de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» [art. 4.b)] y, en su virtud, para: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios de centros de producción afectados (art. 11), y «adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1).

⁴ DOMÉNECH PASCUAL (2020a), [«Derecho público del coronavirus \(I\). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención»](#), *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020; DOMÉNECH PASCUAL (2020c), [«Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31; NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), [«El confinamiento no necesita el estado de alarma»](#), *El País*, 13 de julio de 2020; VELASCO CABALLERO (2020d), [«Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020; DE LA SIERRA (2020), [«Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias»](#), *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; BOIX PALOP (2020), [«El baile “agarrao” entre Estado, Comunidades Autónomas y jueces para una mejor gestión de la pandemia de Covid-19»](#), *No se trata de hacer leer*, 8 de agosto de 2020; GAMERO CASADO (2020), [«Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; BAÑO LEÓN (2020), [«Confusión regulatoria en la crisis sanitaria»](#), *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado on line el 15 de septiembre de 2020; RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95; ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), 2020, *el año de la pandemia (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, p. 29; ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 229-237; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 52-97.

⁵ SÁENZ ROYO (2020), [«Limitar derechos fundamentales durante la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020; CARMONA CONTRERAS (2020), [«El fin no justifica los medios»](#), *El País*, 16 de julio de 2020; TERUEL LOZANO (2020), [«Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias»](#), *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020; BARNES VÁZQUEZ (2020), [«Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia»](#), *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020), «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 7-19; ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 10-14; DE LA QUADRA-SALCEDO (2020), [«Rompiendo el espejo»](#), *El País*, 14 de septiembre de 2020; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020a), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 152-156; TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175; CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 23; TERUEL LOZANO (2021b), [«Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19»](#) (disponible en academia.edu), pp. 26-47.

3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial

a. *Periodo anterior al primer estado de alarma*

Antes de que el Gobierno de España declarara el estado de alarma el 14 de marzo de 2020, varias Comunidades autónomas habían adoptado ya medidas de contención de la COVID-19 restrictivas de derechos fundamentales, tras recabar la autorización judicial prevista en el art. 8.6.II de la [Ley 29/1998, de 12 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa \(en adelante, LJCA\)](#). Ningún órgano jurisdiccional las consideró inconstitucionales⁶.

b. *Primer estado de alarma*

Del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declaró el estado de alarma, interesa ahora destacar dos puntos. El primero es que dispuso que «todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19» quedaban «ratificadas» y «[continuarían] vigentes y [producirían] los efectos previstos en ellas, siempre que [resultasen] compatibles con este real decreto» (disp. adicional 1ª.1). Con ello, el Gobierno daba a entender que las consideraba constitucionalmente lícitas. En segundo lugar, en su preámbulo se afirmaba que tanto la declaración del estado de alarma como las medidas en él previstas eran «imprescindibles para hacer frente a la situación».

c. *Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma*

Finalizado el primer estado de alarma, y ante el preocupante incremento de los contagios en algunas zonas del país, varias autoridades autonómicas volvieron a imponer restricciones similares: prohibiciones de entrar y salir de ciertos territorios («cierres perimetrales»); limitación del número de personas que podían reunirse en espacios públicos; prohibición de circular por las vías públicas durante la noche («toques de queda»), etc. Salvo error nuestro, todos los Juzgados las ratificaron, salvo uno madrileño y otro leridano, que las rechazaron por considerar que las Comunidades autónomas no podían adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales al amparo de la legislación sanitaria⁷.

Ello motivó que el legislador reformara la LJCA con el objeto de atribuir a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer 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 [considerasen]

⁶ Para más detalles, SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

⁷ Vid. el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lleida (en funciones de guardia) de 12 de julio de 2020, y el Auto del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 2 de Madrid 121/20, de 20 de agosto de 2020.

urgentes y necesarias para la salud pública e [implicasen] la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no [estuviesen] identificados individualmente»⁸.

Con independencia de la valoración que dicha autorización judicial merezca⁹, lo cierto es que esta reforma legislativa constituía un inequívoco espaldarazo para la referida competencia autonómica, al prever explícitamente que las autoridades sanitarias de ámbito distinto del estatal podían tomar dichas medidas¹⁰. Es probable que el legislador considerara que esta reforma sería suficiente para aclarar la cuestión y eliminar definitivamente las reticencias judiciales.

Sin embargo, no fue esto lo que ocurrió en la práctica. Si bien la mayoría de los Tribunales siguió reconociendo dicha competencia¹¹, los de Madrid¹², Aragón¹³, País Vasco¹⁴ y Castilla-León la negaron¹⁵. Ello forzó al Gobierno de España a declarar, primero, un breve estado de alarma para la Comunidad de Madrid¹⁶ y, posteriormente, otro para todo el Estado.

d. Tercer estado de alarma

⁸ Vid. el art. 10.8 LJCA, redactado de acuerdo con 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](#).

⁹ En sentido crítico, entre otros, BAÑO LEÓN (2020); MUÑOZ MACHADO (2020, p. 128); ÁLVAREZ GARCÍA (2021a, pp. 116-120).

¹⁰ Así lo estiman, por ejemplo, CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 23 y 24; HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, p. 182.

¹¹ En relación con cierres perimetrales de uno o varios municipios, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 25 de septiembre 2020 ([ECLI:ES:TSJNA:2020:63A](#)); Murcia de 25 de septiembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJMU:2020:26A](#)); Andalucía de 2 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIAND:2020:93A](#)); La Rioja de 2 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJLR:2020:39A](#)); Galicia de 9 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJGAL:2020:104A](#)). En relación con el cierre perimetral del entero territorio autonómico, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJNA:2020:37A](#)); La Rioja de 24 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJLR:2020:40A](#)). En relación con restricciones del derecho de reunión, vid. los Autos de los TSJ de Extremadura de 21 y 24 de septiembre y 19 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJEXT:2020:8A](#), [ECLI:ES:TSJEXT:2020:9A](#) y [ECLI:ES:TSJEXT:2020:27A](#)); Galicia de 23 de septiembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJGAL:2020:93A](#)); Murcia de 9 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJMU:2020:31A](#)). En relación con los toques de queda, ATSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJCV:2020:94A](#)). Tomamos las referencias de RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), donde pueden encontrarse más detalles.

¹² ATSJ de Madrid de 8 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJM:2020:308A](#)). El caso de Madrid presenta algunas particularidades en las que no hace falta entrar aquí. Vid. al respecto V. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 120-127).

¹³ ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020:96A](#)).

¹⁴ ATSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJPV:2020:52A](#)).

¹⁵ AATSJ de Castilla y León de 25 y 28 de octubre y 6 de noviembre de 2020. [ECLI:ES:TSICL:2020:89A](#), [ECLI:ES:TSICL:2020:94A](#) y [ECLI:ES:TSICL:2020:104A](#). El TSJ reconoce que en anteriores ocasiones había estimado que el art. 3 LOMESP permite imponer «confinamientos perimetrales de algunas poblaciones de la Comunidad» y «la limitación del derecho de reunión a seis personas en los casos de reuniones de carácter social o familiar, salvo convivientes». Pero ahora declara que este precepto no autoriza restricciones más intensas («toque de queda nocturno» y suspensión de visitas y prohibición de salidas en residencias de mayores) que se extienden al territorio de toda la Comunidad en una situación extraordinaria de crisis sanitaria persistente.

¹⁶ [Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2](#).

Este estado de alarma (declarado por el [RD 926/2020, de 25 de octubre](#)) presentaba tres grandes diferencias respecto del primero. Si éste fue objeto de seis prórrogas quincenales, el tercero fue prorrogado una sola vez (en virtud del [RD 956/2020, de 3 de noviembre](#), previa [autorización parlamentaria](#)) por seis meses. Ello debilitaba notablemente el control que el Congreso podía ejercer sobre el Gobierno. El único mecanismo previsto específicamente con este fin consistía en que el Presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad debían comparecer periódicamente en el Congreso (cada dos meses ante el Pleno y cada mes ante la Comisión de Sanidad y Consumo, respectivamente) para rendir cuentas.

En segundo lugar, las restricciones previstas en este tercer estado de alarma eran menos intensas que las impuestas en el primero, y sólo afectaban a algunos de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 a 29 CE. En particular, se limitaba: la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (art. 5); la entrada y salida de las Comunidades y Ciudades autónomas (art. 6); el número de personas que podían reunirse en espacios públicos y privados (art. 7), y los aforos en espacios de culto (art. 8).

En tercer lugar, el RD 926/2020 condicionaba la eficacia de tales limitaciones en el territorio de cada Comunidad autónoma a que así lo dispusiera la autoridad autonómica correspondiente (art. 9), que también podía «modular, flexibilizar y suspender» su aplicación, «con el alcance y ámbito territorial» que determinara (art. 10). Es decir, el Gobierno otorgaba a las autoridades autonómicas una amplísima habilitación para imponer dichas restricciones y precisar su alcance. Además, señalaba que dichas autoridades «[conservarían] las competencias que [les otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimasen] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 12)¹⁷.

Finalmente, disponía que, para acordar estas medidas, las autoridades autonómicas delegadas no precisarían «la tramitación de procedimiento administrativo alguno», ni tampoco la ratificación o autorización judicial prevista en la LJCA (art. 2.3).

No resulta difícil imaginar las razones a las que obedecía esta regulación. El primer estado de alarma conllevó una fuerte centralización de las competencias sanitarias, cuyos resultados no fueron muy satisfactorios. Piénsese en: los fiascos sufridos por la Administración General del Estado al comprar material sanitario; las dificultades para tratar los datos epidemiológicos proporcionados por las Comunidades autónomas; los incumplimientos de la legislación sobre transparencia y buen gobierno¹⁸; las decisiones relativas al «desconfinamiento» de ciertos territorios, aparentemente arbitrarias y carentes de motivación, etc.

La explicación es bien sencilla. La Administración central carece hoy de las estructuras organizativas, los medios personales, la experiencia y los conocimientos necesarios para gestionar de manera tan centralizada una crisis sanitaria de la envergadura de la de la COVID-

¹⁷ Con arreglo a este precepto, algunas Comunidades autónomas adoptaron medidas sanitarias restrictivas de derechos no previstas en el RD 956/2020. Vid. el ATSJ de Castilla-La Mancha de 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A](#)).

¹⁸ BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

19¹⁹. Desde hace décadas, esos recursos están en manos de las Comunidades autónomas, que ostentan las competencias ordinarias de gestión de la sanidad y que, por ello, tienen mejores medios, información y experiencia que el Estado para gestionar esta crisis con acierto. La Administración central sólo cuenta con una ventaja comparativa respecto de las autoridades autonómicas cuando se trata de ejercer las funciones de coordinación y de gestión de la sanidad exterior que ya le corresponde desempeñar en situaciones normales (art. 149.1.16^a CE).

Ésta es la principal razón por la cual, antes incluso de que finalizara el primer estado de alarma, se inició un proceso de «devolución» de competencias sanitarias a las Comunidades autónomas²⁰. Y que, después de la conclusión de ese proceso, el Gobierno se haya limitado a ejercer en esta materia funciones de coordinación, y se haya mostrado sumamente reticente a asumir otra vez competencias de gestión directa.

En este contexto, el Gobierno declaró un nuevo estado de alarma no porque considerara que era la mejor manera de hacer frente a la pandemia, sino porque no le quedó más remedio, porque se vio forzado a ello por la jurisprudencia sostenida por unos pocos Tribunales Superiores de Justicia, que estimaban que la legislación vigente no permitía a las autoridades autonómicas adoptar las necesarias medidas de contención de la COVID-19. A la vista de esta jurisprudencia, el estado de alarma constituía la única vía de proteger adecuadamente la vida y la salud de los ciudadanos de las correspondientes Comunidades autónomas.

Pero el Gobierno no cometió esta vez el error de gestionar centralizadamente la crisis, de precisar qué medidas de protección sanitaria había que tomar y con qué alcance. Habida cuenta de la insatisfactoria experiencia anterior y de que seguramente ya no contaba con los apoyos políticos necesarios para imponer un estado de alarma fuertemente centralizado, el Gobierno dejó esas decisiones en manos de los poderes públicos que presumiblemente estaban mejor situados, pertrechados y preparados para adoptarlas.

e. Periodo posterior al tercer estado de alarma

Finalizado este estado de alarma, ha vuelto a plantearse el problema. Ante el incremento de los contagios, prácticamente todas las Comunidades autónomas han estimado necesario acordar medidas de protección de la salud restrictivas de derechos (principalmente, «toques de queda» y «cierres perimetrales») y, subsiguientemente, han recabado la autorización previa de los Tribunales, que se han pronunciado sobre el particular de manera divergente.

¹⁹ Según ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), en virtud del primer estado de alarma «se concentraron jurídicamente inmensos poderes en una Administración que no tenía la capacidad de gestionarlos».

²⁰ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

En un primer momento, esta competencia autonómica fue afirmada por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia²¹, y negada por los del País Vasco²², Andalucía (Granada y Málaga)²³ y Castilla-La Mancha²⁴. Esta vez, sin embargo, el Tribunal Supremo ha acabado pronunciándose sobre el particular en virtud del nuevo recurso de casación introducido en la LJCA por el [Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo](#). El Supremo ha dejado sentado que el art. 3 LOMESP da una cobertura legal suficiente para que las Comunidades autónomas impongan restricciones generales de derechos fundamentales²⁵.

3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP

Algunos autores entienden que este precepto no permite imponer restricciones de alcance general, sino sólo individualizadas, pues únicamente contempla la posibilidad de tomar medidas que afecten a los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato²⁶. TAJADURA TEJADA considera, sin embargo, que este artículo también habilita a las autoridades sanitarias para adoptar «medidas generales, pero sólo en el caso de que su afectación del derecho sea superficial, por ejemplo: fijación de aforos, horarios de apertura o distancias de seguridad»²⁷.

El tenor literal del precepto desmiente ambas interpretaciones. Nótese que éste contiene dos incisos, que prevén respectivamente la posibilidad de tomar: (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».

Así las cosas, resulta irrazonable sostener que este artículo sólo habilita a las autoridades sanitarias para imponer restricciones a una o varias personas determinadas («los enfermos y las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos»), pues esta interpretación vaciaría de sentido el referido inciso segundo. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto²⁸. Hemos de presumir que, si el legislador quiso añadir este segundo inciso, es porque así pretendía conseguir un efecto práctico adicional: posibilitar la adopción de medidas que afectaran a personas distintas de las mencionadas en el primer inciso.

²¹ Vid., entre otros, los Autos de los TSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2021 (rec. Ordinario 195/2021); Canarias de 9 de mayo de 2021 (proc. núm. 138/2021); Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSICV:2021:14A](#)); Extremadura de 10 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIEXT:2021:8A](#)); Andalucía (Sevilla) de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. ordinarios núm. 331 y 345/2021); Galicia de 12 de mayo de 2021 (proc. derechos fundamentales núm. 7224/2021); Madrid de 13 y 14 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIM:2021:147A](#) y [ECLI:ES:TSIM:2021:148A](#)); Murcia de 12 de mayo de 2021; Navarra de 11 y 19 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSINA:2021:40A](#) y [ECLI:ES:TSINA:2021:44A](#)); e Islas Baleares de 7 y 20 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIBAL:2021:4A](#) y [ECLI:ES:TSIBAL:2021:5A](#)).

²² ATSJ del País Vasco de 7 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIPV:2021:37A](#)).

²³ AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (proced. núm. 908 y 941/2021), y (Málaga) de 14 de mayo de 2021 (Auto núm. 186/21).

²⁴ AATSJ de Castilla-La Mancha de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. 377/2021 y [ECLI:ES:TSICLM:2021:10A](#)).

²⁵ Vid. las SSTs de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)), 3 de junio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2176](#) y [ECLI:ES:TS:2021:2244](#)), 17 de junio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2861](#)) y 21 de julio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:3103](#)).

²⁶ SÁENZ ROYO (2020); BARNES VÁZQUEZ (2020); TERUEL LOZANO (2020).

²⁷ TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

²⁸ Véase, *mutatis mutandis*, el art. 1284 del Código civil.

El segundo inciso permite literalmente a las autoridades sanitarias acordar cualesquiera medidas que consideren necesarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible, en la medida en que no restringe en modo alguno el tipo ni el alcance de las medidas que cabe tomar con ese fin. Lo que no quita, obviamente, que esas medidas deban respetar los límites impuestos en otras normas jurídicas, tanto sustantivas (v. gr., el principio de proporcionalidad) como procedimentales (v. gr., la necesidad de autorización judicial prevista en la LJCA).

Por la misma razón ha de rechazarse la tesis de TAJADURA de que ese precepto habilita la adopción de medidas generales, pero sólo si afectan de manera superficial a los derechos fundamentales. No se adivina cómo puede derivarse esa interpretación del citado artículo 3 LOMESP. De hecho, el citado autor no lo explica.

TAJADURA esgrime para criticar «la supuesta interpretación literal [que sostenemos que ésta] prescinde de que en ningún apartado o inciso de este precepto y de los demás contenidos en esta ley se dice que se puedan limitar derechos fundamentales»²⁹.

Este argumento resulta inaceptable. En primer lugar, ignora, incomprensiblemente, que dichos preceptos fueron aprobados mediante ley orgánica «precisamente para despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiriera la protección de la salud pública»³⁰. Como bien advierte MUÑOZ MACHADO, esta disposición legal «carece de un preámbulo que explique la decisión de regular las emergencias fuera del texto de la Ley [[14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en adelante LGS](#)], pero la tramitación parlamentaria descubre que se invocaron motivos técnicos de carácter constitucional según los cuales sería imprescindible que esas medidas estuvieran contempladas en una ley orgánica, considerando que afectaban a derechos fundamentales y libertades públicas y el artículo 81 de la Constitución impone que el desarrollo de los derechos y libertades se regule por ley orgánica»³¹.

En segundo lugar, también contraviene, una vez más, lo dispuesto en el art. 3 del Código civil, al ignorar el contexto en el que se inserta el art. 3 LOMESP. Este precepto debe interpretarse sistemáticamente en relación con la citada LGS –de la que la LOMESP se «extrajo» durante su tramitación parlamentaria– y, muy especialmente, en relación con el precepto que en el proyecto de ley presentado por el Gobierno le precedía: el art. 28.d) LGS. Éste menciona entre los principios que deben atender «todas las medidas contenidas en el presente capítulo» el consistente en que «se deberán utilizar [aquellas] que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados». El precepto indica claramente, pues, que la nueva regulación legal –que finalmente se desdobló en la LGS y la LOMESP– permitía «perjudicar» esos derechos fundamentales, si bien sólo en la medida necesaria para proteger la salud pública³².

²⁹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 153).

³⁰ BAÑO LEÓN (2020).

³¹ MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, p. 116.

³² En sentido similar, BAÑO LEÓN (2020).

En tercer lugar, TAJADURA tampoco explica algo que resulta sumamente difícil de comprender y justificar: por qué esa falta de mención explícita a la posibilidad de restringir derechos fundamentales implica que las autoridades autonómicas no pueden restringirlos a través de medidas generales, pero sí a través de medidas individualizadas.

3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales

Algunos Tribunales han estimado que «no sería lógico» interpretar que el art. 3 *in fine* LOMESP autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, pues en tal caso tanto los restantes preceptos de la LOMESP como los de la LOEAES que detallan las medidas que cabe acordar en un estado de alarma para combatir una epidemia grave resultarían redundantes, superfluos³³.

Este razonamiento merece cuando menos dos críticas. En primer lugar, debe resaltarse que el art. 3 *in fine* LOMESP no autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, sino sólo la de aquellas que resulten proporcionadas para proteger la salud pública en casos de enfermedad transmisible.

En segundo lugar, ese razonamiento ignora el valor que en Derecho tienen las redundancias y, en particular, las cláusulas generales parcialmente redundantes. Quienes lo sostienen parten aquí de otro dogma, de otra idea doctrinal preconcebida, intuitiva y tópica: la de que las redundancias legales son «ilógicas», perjudiciales e indeseables, por lo que hay que evitar las interpretaciones que den lugar a ellas. Pero ésta es una idea profundamente equivocada. Tales repeticiones tienen muchas veces una importante utilidad práctica. Permiten proteger eficazmente ciertos intereses, prevenir o corregir errores y propiciar experiencias diversas que generan información valiosa³⁴.

La LOMESP incurre en esta redundancia con el objeto de que, en determinadas situaciones críticas, las autoridades sanitarias puedan afrontar adecuadamente lo previsible y lo imprevisible. Por un lado, regula específicamente y con cierto detalle un catálogo de medidas que las autoridades sanitarias pueden acordar. Las regula así porque, a la luz de la experiencia, es previsible que resulten pertinentes para afrontar una crisis sanitaria. Esta regulación aclara las dudas sobre la posibilidad de tomarlas y, por lo tanto, proporciona seguridad jurídica. Por otro lado, la LOMESP contiene una cláusula general que permite adoptar, además de las referidas medidas, otras que no concreta y que resulten útiles, necesarias y proporcionadas para combatir una enfermedad transmisible. La razón de ser de esta cláusula general salta a la vista. El legislador era consciente de que en la lucha contra una enfermedad tal pueden aparecer problemas que no es posible prever y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata que tampoco es posible anticipar y regular pormenorizadamente. Con esta cláusula general se da cobertura legal explícita a la posibilidad de que las autoridades sanitarias actúen proporcionadamente frente a lo imprevisible.

³³ ATSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2021 (proc. 377/2021). En sentido similar, vid. los AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

³⁴ Vid. ACCIARRI y TOHME (2010), *Redundancy of legal rules*; GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

Eliminar esa redundancia tendría consecuencias prácticas muy negativas. Prescindir del catálogo de medidas reguladas específica y detalladamente engendraría dudas acerca de la posibilidad de acordarlas, lo que probablemente provocaría inseguridad jurídica, litigiosidad, contradicciones, desigualdades, desprotección de algunos intereses, etc. Prescindir de la cláusula general impediría que, en circunstancias imprevisibles o imprevistas por el legislador, las autoridades sanitarias pudieran tomar medidas proporcionadas para proteger la vida y la integridad física.

Una solución equivalente encontramos en otros ordenamientos jurídicos. El párrafo 28 de la Ley alemana para la Prevención y Control de Epidemias³⁵, por ejemplo, regula las medidas restrictivas de derechos que pueden adoptarse en estas situaciones. En primer término, este precepto establece una cláusula general que permite a las autoridades competentes «tomar las medidas de protección necesarias en la medida y durante el tiempo que sea necesario para prevenir la propagación de enfermedades transmisibles», medidas que pueden ser generales. A continuación, el precepto regula, a título ilustrativo («*insbesondere*»), algunas de las medidas que las autoridades pueden acordar, y ciertos límites que éstas deben respetar.

La misma estructura tiene la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias y la inseguridad jurídica generadas por la aplicación de la LOMESP³⁶. La propuesta contempla una lista de medidas concretas que las autoridades sanitarias pueden adoptar para controlar las enfermedades transmisibles, que se cierra con una cláusula general idéntica a la del vigente art. 3 *in fine* LOMESP: «Las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?

Se ha estimado que las Comunidades autónomas no pueden tomar las mismas medidas restrictivas de derechos que el Gobierno central puede adoptar en un estado de alarma, «porque, en otro caso, el estado de alarma resultaría redundante»³⁷. «Si con el derecho de la normalidad la administración ya puede limitar con esa amplitud los derechos fundamentales, ¿para qué sirven los estados de alarma y de excepción?»³⁸. «Nuestro ordenamiento jurídico no admite tal solapamiento [entre las competencias de las administraciones central y autonómicas]. Por un lado, porque el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía. Por otro, porque el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes. La multiplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de las diferentes

³⁵ [Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen \(Infektionsschutzgesetz - IfSG\), de 20 de julio de 2020, modificada por última vez por la Ley de 27 de julio de 2021.](#)

³⁶ [Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles \(BOCG, Congreso, XIV Legislatura, Serie B, 23 de abril de 2021, núm. 161-1\)](#)

³⁷ TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

³⁸ TAJADURA TEJADA (2021, p. 154). En el mismo sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO (2020).

administraciones fragmentaría el estatuto jurídico de los derechos fundamentales y quebrantaría la seguridad jurídica»³⁹.

Esta interpretación es errada⁴⁰. Por de pronto, debe subrayarse que la referida competencia autonómica de tomar medidas restrictivas de derechos con arreglo a la legislación sanitaria no hace totalmente redundante o prescindible la competencia que se otorga al Gobierno central para declarar el estado de alarma y adoptar medidas similares. La principal función –utilidad– del estado de alarma es hacer posible una centralización extraordinaria del poder público. Como bien observa VELASCO CABALLERO (2020d), «lo característico del estado de alarma no [es] el apoderamiento al Gobierno para imponer límites a la libre circulación que no estuvieran ya previstos en legislación sanitaria, sino la subordinación de todas las autoridades de España a las decisiones del Gobierno». No cambia el qué, sino el quién y el cómo. La declaración del estado de alarma no altera el tipo de medidas que cabe acordar para afrontar una epidemia, sino el órgano competente para tomarlas y el régimen jurídico de éstas (v. gr., el procedimiento que debe observarse para aprobarlas y los cauces a través de los cuales son revisables por los Tribunales), lo cual puede tener una enorme utilidad práctica. No es ni mucho menos descartable que, en determinadas circunstancias: (i) el Gobierno central se encuentre mejor situado para tomar esas medidas que las autoridades autonómicas; (ii) el expeditivo procedimiento observado en el estado de alarma sea más adecuado que el previsto con carácter ordinario en la legislación sanitaria; y (iii) resulte aconsejable someter dichas medidas a un control judicial «especial», distinto del establecido para situaciones normales. Por ello discrepamos, asimismo, de la tesis según la cual las medidas tomadas por el Gobierno en virtud del estado de alarma, en tanto en cuanto podían haber sido establecidas también por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria, eran innecesarias y, por ende, desproporcionadas⁴¹.

La interpretación que criticamos también ignora que la Constitución española sí admite supuestos de redundancia o solapamiento competencial, espacios en los que tanto el Estado central como las Comunidades autónomas pueden ejercer concurrentemente las mismas competencias. El ejemplo del fomento de la cultura es el más evidente⁴², pero hay otros. La cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 CE opera precisamente en casos en los que el Estado y una Comunidad autónoma han dictado válidamente sendas normas contradictorias entre sí en el ejercicio de sus respectivas competencias⁴³.

³⁹ TAJADURA TEJADA (2021, pp. 154 y 155). La [STC 148/2021, de 14 de julio \(FI 3\)](#), declara incidentalmente que «el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis».

⁴⁰ También la critican DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020, p. 22); VELASCO CABALLERO (2020d); NOGUEIRA LÓPEZ (2020b).

⁴¹ Tesis sostenida por ÁLVAREZ BUJÁN (2021, pp. 229-237).

⁴² Vid., por todos, ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

⁴³ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DOMÉNECH PASCUAL y ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I, cap. 11, §§ 55-66.

Hay razones muy sólidas para concluir que éste es precisamente uno de esos casos en los que hay un solapamiento tal⁴⁴. Los argumentos esgrimidos para negarlo son muy débiles. El primero es una de esas típicas afirmaciones oscuras, apodícticas y que apelan a la intuición del lector características de una visión dogmática del Derecho: «el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía». No alcanzamos a comprender por qué de ello se deriva que la competencia del Gobierno central para combatir una epidemia grave con medidas generales restrictivas de derechos es exclusiva y no concurrente.

El segundo argumento señala las indeseables consecuencias prácticas que supuestamente se derivarían de semejante solapamiento: «el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes». Este argumento pasa por alto que la Constitución española ha dispuesto un mecanismo que permite resolver –y, a la postre, prevenir– las contradicciones que eventualmente puedan surgir en el ejercicio de estas y otras competencias concurrentes: la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE. Si se produce un conflicto entre las medidas previstas en el decreto del estado de alarma y las adoptadas por las Comunidades autónomas, las primeras prevalecen⁴⁵.

En el epígrafe anterior hemos visto que las redundancias jurídicas satisfacen a veces una importante necesidad práctica. Aquí tenemos otro ejemplo. Un examen atento de las consecuencias reales que pueden desprenderse de las dos interpretaciones posibles apoya claramente la tesis de las competencias concurrentes, que en este punto tiene tres grandes ventajas. La primera es que asegura una protección más eficaz de los bienes jurídicos en juego. En situaciones de extraordinaria y urgente necesidad es relativamente probable que la autoridad que, desde una perspectiva *ex ante*, podría pensarse se encuentra en una mejor posición para actuar no lo esté efectivamente desde una perspectiva *ex post*, precisamente como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, difícilmente previsibles *a priori*. De ahí que, para los escenarios catastróficos, el legislador suela conferir poderes de actuación a varias autoridades [no sólo a las estatales y a las autonómicas, sino incluso también a las municipales⁴⁶], 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.

Algo de esto ocurrió precisamente en la crisis del coronavirus. Recordemos que el Gobierno de España tardó muchos más días que varias Comunidades autónomas en tomar medidas de contención de la COVID-19. Da la impresión de que en ello influyeron, hasta cierto punto, las dificultades que para reunirse, deliberar y tomar decisiones válidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente ocasionó el hecho de que varios de sus miembros habían contraído la enfermedad o se encontraban en cuarentena como medida de precaución, así como el temor a que el resto la contrajera. Prueba de estas dificultades es que el Gobierno tuvo que reformar su

⁴⁴ VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 83.

⁴⁵ VELASCO CABALLERO (2020e, p. 83).

⁴⁶ Art. 21.1.m) de la [Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local \(en adelante, LBRL\)](#).

ley reguladora mediante un Real Decreto-ley, publicado un día antes de declarar el estado de alarma, para poder reunirse, deliberar y decidir a distancia por medios electrónicos⁴⁷.

Y algo parecido le sucedió al órgano encargado de decidir sobre la prórroga del estado de alarma y controlar al Gobierno⁴⁸. El Congreso entró en un estado de «hibernación». «Durante un mes, las Cortes Generales estuvieron prácticamente paralizadas»⁴⁹. Se produjo un «eclipse parlamentario»⁵⁰. Como denuncian incluso los defensores de la tesis que aquí criticamos, «las Cámaras dejaron de reunirse»⁵¹, hubo una «situación de parálisis casi total producida en el Congreso de los Diputados durante las tres primeras semanas del estado de alarma, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE»⁵², donde puede leerse que su funcionamiento no puede interrumpirse durante la vigencia de ese estado.

La segunda gran ventaja de la tesis de las competencias concurrentes es que evita la inseguridad jurídica que genera la tesis contraria. De acuerdo con esta última, las Comunidades autónomas no pueden adoptar medidas «generales» restrictivas de derechos, sino sólo medidas «individualizadas». El problema es que, muchas veces, en la práctica no resulta fácil distinguir entre ambos tipos de medidas, lo que puede generar dudas, incertidumbre, la inacción de las autoridades autonómicas y estatales, contradicciones y litigiosidad. Por ejemplo, ¿tiene carácter singular o general la prohibición impuesta a *todas* las personas ingresadas en *todas* las residencias y viviendas sociosanitarias de una Comunidad autónoma de salir de ellas, salvo en situaciones de fuerza mayor? ¿Y la obligación impuesta a *todas* esas personas de guardar una cuarentena en caso de reingreso? En nuestra opinión, se trata de medidas claramente generales, dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Sin embargo, el TSJ de Castilla-La Mancha, que sostenía la tesis de la competencia exclusiva del Gobierno de España, entendió que eran medidas individuales amparadas por el art. 3 LOMESP y, por ello, las ratificó⁵³.

La tercera ventaja es que el ejercicio de la misma competencia por varias autoridades permite comparar las medidas adoptadas y determinar cuáles han dado mejores resultados. Se puede obtener así información valiosa.

Adicionalmente, debe notarse que ningún precepto de la Constitución, la LOEAES o la LOMESP sugiere siquiera que la referida competencia del Gobierno sea exclusiva. Al contrario, el art. 12.1 LOEAES contempla aquí un cierto solapamiento competencial, cuando dispone que «la Autoridad competente [en el estado de alarma] podrá adoptar por sí, según los casos, además de

⁴⁷ Disposición adicional primera del [Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19](#).

⁴⁸ Vid., entre otros, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27; TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 49-56.

⁴⁹ TUDELA ARANDA (2021, p. 12).

⁵⁰ HUERGO LORA (2021, p. 185).

⁵¹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 159).

⁵² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, p. 63.

⁵³ Autos de 20 de enero y 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSJCLM:2021:1A](#) y [ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A](#)).

las medidas previstas en los artículos anteriores [¡que no distinguen entre medidas generales e individualizadas!], las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales» [donde tampoco se distingue entre esas dos clases de medidas].

También los tres decretos por los que se declararon los correspondientes estados de alarma con ocasión de la COVID-19 contemplaban un solapamiento semejante. En el primero se establecía que «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que [estimase] necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma» (art. 6 RD 463/2020)⁵⁴. Los dos siguientes contenían un precepto con arreglo al cual «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimase] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 6 RD 900/2020 y art. 12 RD 926/2020). Adviértase que este último precepto reconocía a las autoridades autonómicas un margen de actuación mayor que el primero, al disponer que éstas podían acordar las medidas que estimasen necesarias bajo su propia responsabilidad y fuera del marco de las órdenes dictadas por el Gobierno. Ello se explica, seguramente, por la negativa experiencia que supuso la excesiva recentralización del primer estado de alarma⁵⁵.

De hecho, en la práctica hubo algunos casos de acumulación de medidas estatales y autonómicas, que los Tribunales dieron por válida. El TSJ de Castilla-La Mancha, por ejemplo, autorizó varias restricciones de derechos fundamentales impuestas por la administración autonómica y no previstas en el Real Decreto 926/2020, en virtud del cual se había declarado el tercer estado de alarma: prohibición de salidas de residencias y viviendas de mayores, salvo casos de fuerza mayor; obligación de guardar cuarentenas al reingreso; obligación de pasar un test diagnóstico impuesta a los trabajadores de residencias sociosanitarias que se reincorporen a ellas tras un periodo de ausencia, etc.⁵⁶

3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?

Al objeto de negar que el art. 3 LOMESP habilite a las autoridades autonómicas para adoptar las referidas medidas, se ha esgrimido que, en tanto en cuanto se trata de una disposición legal que permite limitar derechos fundamentales, debe ser interpretada restrictivamente⁵⁷ o en el sentido más favorable para éstos⁵⁸. En virtud de una interpretación tal, se ha llegado a sostener que el art. 3 LOMESP no sería aplicable para afrontar una situación como la creada por la COVID-19, porque este precepto «habla del control de enfermedades transmisibles, no habla de acometer

⁵⁴ Vid., asimismo, el art. 6 RD 900/2020.

⁵⁵ Véase una crítica a esta excesiva centralización en LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

⁵⁶ AATSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero y 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSICLM:2021:1A](#) y [ECLI:ES:TSICLM:2021:27A](#)).

⁵⁷ Vid., por ejemplo, los Autos de los TSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIAR:2020:96A](#)); Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 ([ECLI:ES:TSICL:2020:89A](#) y [ECLI:ES:TSICL:2020:104A](#)); y País Vasco de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIPV:2020:52A](#)).

⁵⁸ AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

situaciones de crisis sanitaria, de epidemia, o de pandemia»⁵⁹. Y ello a pesar de que, en el lenguaje común, el concepto de epidemia encaja perfectamente en el de enfermedad transmisible⁶⁰.

El gran problema de ese tópico y manido argumento, en un caso como el que nos ocupa, es que el art. 3 LOMESP y las medidas en él previstas tienen un doble efecto sobre los derechos fundamentales: los restringen, pero también los protegen. Resuelven un conflicto entre (i) los derechos restringidos (v. gr., libertad de circulación y reunión), de los que derivan para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos, y (ii) los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos⁶¹.

El TSJ de Aragón llega a decir que aquí sólo están en juego el derecho fundamental a la libertad de circulación (art. 19 CE) y el principio de protección de la salud pública (art. 43 CE), que no es un genuino derecho fundamental y que, por ello, al parecer, debe ceder ante aquél: «debe descartarse... que nos encontremos ante una ponderación de derechos fundamentales igualmente equivalentes en los que deba optarse por uno u otro»⁶².

Incomprensiblemente, este Tribunal desconoce que la aplicación del art. 3 LOMESP afecta también a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física⁶³. Ignora la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) según la cual estos derechos imponen a las autoridades públicas obligaciones positivas de protegerlos⁶⁴. Y resulta obvio que una enfermedad transmisible que sólo en España deja decenas de miles de muertos en unos meses y que amenaza con seguir matando otros tantos constituye uno de esos riesgos frente a los cuales los poderes públicos deben adoptar medidas de protección como las previstas en el art. 3 LOMESP. En una reciente Sentencia, el TEDH ha declarado precisamente que, en cumplimiento de su obligación de proteger la vida frente al riesgo que suponen determinadas enfermedades transmisibles, los Estados pueden imponer a ciertas personas el deber de vacunarse. El TEDH considera «pertinente reiterar que los Estados Contratantes tienen la obligación positiva, en virtud de las disposiciones pertinentes del Convenio, en particular los artículos 2 y 8, de tomar las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de quienes se encuentren dentro de su jurisdicción»⁶⁵. Como advierte JANER TORRENS, «la adopción de medidas restrictivas para hacer frente a la crisis sanitaria [de la

⁵⁹ ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020-96A](#)).

⁶⁰ Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia española, epidemia significa «enfermedad que se propaga algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas».

⁶¹ Vid. lo que al respecto señalaremos *infra*, 3.6.b).

⁶² ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020-96A](#)).

⁶³ Vid., en este sentido, las acertadas consideraciones de DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 87).

⁶⁴ Vid., por ejemplo, AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, pp. 20-35; BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52. En general, sobre estas obligaciones positivas de protección, entre otros, MOWBRAY (2004), *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford; DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid; XENOS (2011), *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London.

⁶⁵ [STEDH de 8 de abril de 2021 \(Vavricka y otros c. República Checa, 47621/13, § 282\)](#).

COVID-19] forma parte de las obligaciones positivas de los Estados dirigidas a garantizar el respeto de derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física»⁶⁶.

Así las cosas, uno no se explica por qué razón el referido conflicto entre derechos fundamentales ha de resolverse escogiendo la interpretación más favorable para la libertad de circulación y más perjudicial para la vida y la integridad física. No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando esa interpretación no es en realidad restrictiva, sino manifiestamente contraria a su tenor literal y a la intención del legislador, y tampoco viene respaldada suficientemente por otras normas o principios de nuestro ordenamiento jurídico.

En estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite ni desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos⁶⁷. Así lo ha dejado sentado el TEDH en una abundante jurisprudencia⁶⁸.

3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales

a. ¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?

Se ha sostenido que el último inciso de este precepto vulnera la reserva de ley establecida por la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE). Se ha dicho que «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»⁶⁹. Esta cláusula es «completamente indeterminada»⁷⁰, una «habilitación en blanco»⁷¹, pues «ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido... ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación»⁷². Por ello, «en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial». «La única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías» es la LOEAS⁷³.

Para defender esta posición se aduce lo declarado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Las leyes que contemplan la restricción de derechos fundamentales han de

⁶⁶ JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40, pp. 6 y 7.

⁶⁷ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 158-163, 203-205).

⁶⁸ MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

⁶⁹ ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

⁷⁰ TAJADURA TEJADA (2021, p. 155).

⁷¹ ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

⁷² SÁENZ ROYO (2020).

⁷³ SÁENZ ROYO (2020).

«expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»⁷⁴. «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 la voluntad de quien ha de aplicarla»⁷⁵.

Esta posición nos parece criticable. Debe notarse, en primer lugar, que resulta incoherente afirmar que el art. 3 LOMESP constituye una habilitación constitucionalmente válida para restringir derechos fundamentales a través de medidas singulares, pero no cuando se trata de medidas generales. Esta posición no se sostiene, pues el grado de indeterminación de la regulación legal es prácticamente idéntico en los dos casos. El primer inciso de ese precepto legal no determina el tipo de medidas que cabe tomar «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 legislador habla simplemente de las «medidas oportunas», sin más. Y tampoco especifica los presupuestos, las condiciones y las garantías que éstas deben respetar.

La tesis dogmática, en segundo lugar, incurre en una cierta confusión de las dos garantías que, según el Tribunal Constitucional, derivan del principio de legalidad consagrado en el art. 53.1 CE: la reserva de ley y el mandato de tipicidad o predeterminación normativa⁷⁶. En virtud de la primera, las restricciones de derechos deben estar previstas mediante normas con rango de ley. En virtud de la segunda, dichas restricciones deben ser reguladas en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles.

Ciertamente, existe una estrecha relación entre ambas garantías, ya que la reserva de ley no se satisface con una mera *interpositio legislatoris* carente de «contenido material propio», sino que obliga al legislador a regular con cierto grado de detalle y precisión las materias reservadas. La reserva de ley incorpora exigencias de tipicidad. No obstante, la distinción entre ambos mandatos constitucionales existe y tiene relevancia práctica por varias razones⁷⁷.

Aquí interesa subrayar una de ellas: no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Al legislador le está permitido ordenar sólo algunos aspectos de la materia reservada y remitir a la Administración la regulación de los restantes, a fin de que ésta los concrete en términos lo suficientemente precisos como para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el alcance de sus derechos y se reduzca hasta lo razonable el margen de apreciación de la autoridad competente para

⁷⁴ [STC 49/1999, de 5 de abril](#).

⁷⁵ [STC 76/2019, de 22 de mayo](#), entre otras.

⁷⁶ Vid., por ejemplo, las SSTC [42/1987, de 7 de abril \(FI 2\)](#); [305/1993, de 25 de octubre \(FI 3\)](#); [341/1993, de 18 de noviembre \(FI 10\)](#); [53/1994, de 24 de febrero \(FI 4\)](#); [25/2002, de 11 de febrero \(FI 4\)](#), y [113/2002, de 9 de mayo \(FI 3\)](#).

⁷⁷ Por ejemplo, la reserva de ley no se aplica a las normas preconstitucionales, por lo que hoy se puede imponer una sanción tipificada en un reglamento preconstitucional ([STC 11/1981, de 8 de abril, FI 5](#)). En cambio, el mandato de tipicidad sí rige respecto de aquéllas, por lo que «no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras» ([STC 116/1993, de 29 de marzo, FI 3](#)).

restringirlos en cada caso. Así, por ejemplo, la [STC 132/2001, de 8 de junio \(FI 6\)](#), afirma que la reserva de ley del art. 25.1 CE se respeta si el legislador fija «los criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción» y determina «las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales». Ahora bien, es claro que una regulación de la potestad sancionadora que se limita solamente a establecer «criterios de antijuridicidad» y las clases de sanciones que pueden imponerse no basta para cumplir el mandato de tipicidad. Como apunta dicha Sentencia, la ordenanza municipal deberá luego «establecer los tipos de infracción» y «predeterminar [las correspondientes sanciones] en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica»⁷⁸.

En tercer lugar, la tesis dogmática no tiene en cuenta que las exigencias derivadas de ambas garantías no son rígidas e idénticas en todos los casos, sino flexibles; varían en función de diversas circunstancias. En las materias reservadas, la densidad constitucionalmente exigible de la regulación legal y, correlativamente, la amplitud de las remisiones legales a las disposiciones administrativas de desarrollo dependen de diversos factores: la autonomía constitucionalmente garantizada y la mayor o menor legitimidad democrática de las autoridades administrativas competentes para aprobar esas disposiciones; la complejidad técnica de la materia en cuestión; su carácter cambiante; la dificultad de prever y precisar con detalle qué restricciones serán adecuadas, necesarias y proporcionadas para lograr ciertos fines, etc.⁷⁹

A la hora de precisar esa «densidad constitucionalmente exigible» deben tenerse muy en cuenta cuáles son los beneficios y costes que para los principios jurídicos implicados conlleva incrementarla o reducirla. Los beneficios de la reserva de ley derivan de las especiales características del procedimiento legislativo, que asegura una amplia y plural participación de los representantes directos del pueblo a través de un debate público, a diferencia de los procedimientos administrativo y judicial. La regulación de los derechos fundamentales debe elaborarse mediante un procedimiento que *legitima* la regulación resultante y *protege* los derechos afectados⁸⁰. Cabe pensar que el carácter transparente, plural y democrático de este procedimiento aumentará *normalmente* la aceptación de las decisiones preparadas a su través y tenderá a evitar decisiones que menoscaben tales derechos.

Pero ha de repararse también en sus costes. Una elevada densidad de la regulación legal implica un alto riesgo de que ésta resulte desacertada en el momento de ser aplicada, si el legislador incurrió en errores al dictarla o han cambiado las circunstancias que éste tuvo en cuenta entonces. Imaginemos, por ejemplo, que en la lista detallada y cerrada de las medidas restrictivas de derechos que la ley permite adoptar para proteger la salud pública frente a una epidemia no se contempla la única que, en un caso concreto, resulta adecuada y proporcionada a estos efectos. Ese riesgo es, obviamente, menor si el legislador reduce dicha densidad y, por consiguiente, otorga al órgano encargado de desarrollar o aplicar la ley un mayor margen de maniobra. El problema planteado se evita, por ejemplo, si la ley prevé la posibilidad de adoptar «cualesquiera medidas adecuadas y proporcionadas» con ese fin.

⁷⁸ En sentido similar, vid. la [STC 53/1994, de 24 de febrero \(FI 4\)](#).

⁷⁹ Vid., por todos, BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, Civitas, Madrid; [STC 132/2001, de 8 de junio](#).

⁸⁰ Vid. BAÑO LEÓN (1991, pp. 96 y ss.); DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, pp. 106 y 151 y ss.; RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid, pp. 377 y 378.

Para precisar esa densidad normativa habrá que tener en cuenta, por lo tanto: (i) la probabilidad de los desaciertos legislativos, es decir, la probabilidad de que, por un error del legislador o por un cambio de las circunstancias, la ley no haya previsto una respuesta adecuada a los problemas que pueden plantearse en el momento de aplicarla; y (ii) la magnitud de los daños resultantes. Cuanto mayores sean ambas variables, mayores deberán ser la indeterminación de la ley y el correspondiente margen de maniobra otorgado a la Administración o a los jueces.

De ahí que la indeterminación legal de la regulación de las medidas que pueden adoptarse para hacer frente a graves catástrofes, calamidades o crisis sanitarias deba ser –y, de hecho, es– normalmente muy elevada⁸¹. Recordemos que el art. 21.1.m) [LBRL](#) da poder al Alcalde para «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas». Recordemos, asimismo, que la LOMESP, tras precisar algunas de las medidas concretas que las autoridades sanitarias pueden tomar para proteger la salud pública frente a una enfermedad transmisible («medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control... acciones preventivas generales... 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»), añade una cláusula general de cierre («las que se consideren necesarias»).

Una solución parecida establecen tanto la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias generadas por la aplicación de la LOMESP como la Ley para la Prevención y Control de Epidemias⁸² de Alemania, cuya Constitución federal reserva igualmente a la ley la restricción de derechos fundamentales.

También en otras parcelas de nuestro ordenamiento jurídico hay habilitaciones genéricas análogas, cuya conformidad con la Constitución nunca nadie ha puesto en duda⁸³. El art. 129.1 LJCA, por ejemplo, permite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa «la adopción de cuantas medidas [cautelares] aseguren la efectividad de la sentencia», en casos en los que pueden estar en juego los derechos fundamentales de millones de personas⁸⁴. El legislador no concreta qué medidas cabe tomar. El único requisito que establece al respecto es que deben ser necesarias (para evitar que los recurrentes sufran un perjuicio como consecuencia de haberse visto forzados a acudir a los Tribunales para obtener la tutela de sus derechos) y adoptadas tras ponderar adecuadamente todos los intereses legítimos en juego.

Especialmente indeterminadas son las «cláusulas de policía» que otorgan a las Administraciones públicas poderes para proteger bienes jurídicos frente a peligros inminentes. Su grado de abstracción suele ser mucho mayor que el de la regulación de otras potestades restrictivas de derechos, como la sancionadora. La razón es evidente. El coste social de no ejercer tales poderes de policía en caso de imprevisión legislativa es, *ceteris paribus*, mucho mayor. Dejar de sancionar una conducta dañina que no ha sido tipificada legislativamente puede incrementar el riesgo de que en un futuro más o menos lejano se realice dicha conducta, pero el coste marginal que ello supone no es muy elevado. De un lado, porque una futura reforma legislativa puede enervar en

⁸¹ En este sentido, [ÁLVAREZ GARCÍA \(2021a, p. 29\)](#); [DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN \(2021, pp. 73-97\)](#).

⁸² *Supra*, 3.4.

⁸³ Vid. los ejemplos que pone [DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN \(2021, pp. 79-82\)](#).

⁸⁴ Vid., por ejemplo, el ATSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSJPV:2021:2A](#)), que suspende cautelarmente la orden de cierre de la actividad hostelera del País Vasco.

gran medida ese riesgo. De otro lado, porque sancionar una conducta que no ha sido debidamente tipificada producirá seguramente efectos disuasorios débiles; la previa tipificación es necesaria para lograr un grado óptimo de disuasión. Por el contrario, dejar que un individuo realice una actividad no prohibida por el legislador que, si no se impide inmediatamente por la Administración, causará seguramente un grave daño a otras personas tiene un coste social mayor. En primer lugar, porque la deseable reforma legislativa llegará probablemente demasiado tarde para impedir que ese riesgo inminente se materialice. En segundo lugar, porque la falta de previsión legal no reduce apenas la eficacia preventiva de la medida de policía, que no opera a través de la disuasión, sino de la coacción. Todo ello explica que, como muy bien ha notado REBOLLO PUIG, las exigencias del principio de legalidad se flexibilicen notablemente en el ámbito de la policía administrativa⁸⁵. Imaginemos, por ejemplo, que una ley prohíbe y conmina con una multa subir a un tren con un perro peligroso. Ninguna duda cabe de que el principio de legalidad impide interpretar analógicamente esta norma y multar a quienes han subido a un tren acompañados de un fiero león. Pero tampoco es dudoso, a nuestro juicio, que dicha norma sí puede ser objeto de una interpretación analógica a los efectos de que las autoridades competentes impidan realizar dicha conducta a quienes pretendan llevarla a cabo. Los agentes de la policía podrían incluso utilizar proporcionadamente la fuerza con el objeto de que no se ponga en semejante peligro la vida de otras personas.

A nuestro juicio, la indeterminación del art. 3 *in fine* LOMESP entra dentro de lo constitucionalmente admisible. De un lado, porque es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, con frecuencia, drástica. De otro lado, los costes de la inacción de las autoridades administrativas o judiciales, si la ley no les ha permitido actuar en estos casos, pueden ser de una extraordinaria magnitud, en términos cuantitativos y cualitativos. Bienes jurídicos de la mayor relevancia (v.gr., los derechos a la vida e integridad física) de millones de personas pueden verse gravemente dañados. La referida habilitación genérica confiere a las autoridades administrativas la *flexibilidad precisa* para dar una respuesta adecuada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el legislador podía haber concretado algo más el elenco de medidas que cabe adoptar en estas situaciones, y que sería muy deseable que lo hiciera en un futuro próximo a fin de despejar dudas e incrementar la seguridad jurídica⁸⁶. Pero, por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3 *in fine* LOMESP⁸⁷.

⁸⁵ REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

⁸⁶ Entre otros, SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73; SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre», en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor; CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 44-59; DE LA SIERRA (2020), «[Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias](#)», *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124; STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁸⁷ CIERCO SEIRA (2020, p. 46).

Como ha declarado el Tribunal Supremo, este precepto, interpretado sistemáticamente en relación con otros, «ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas»⁸⁸.

Recordemos, además, que no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Esas exigencias pueden ser cumplidas en gran medida por las disposiciones gubernamentales dictadas en desarrollo de la referida cláusula general. Y con mayor razón podrán ser satisfechas por las normas con rango de ley aprobadas por las Comunidades autónomas a fin de regular las condiciones de ejercicio de la potestad prevista en el art. 3 LOMESP⁸⁹.

TAJADURA TEJADA estima, sin embargo, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, el art. 3 LOMESP no cumple– sólo pueden ser satisfechas por normas estatales con rango de ley, como los decretos de alarma y excepción, pero no por las disposiciones reglamentarias o con rango de ley dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de lo dispuesto en la LOMESP, pues «lo que tampoco tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico es la habilitación por parte del legislador orgánico a las Comunidades Autónomas para restringir o limitar los derechos fundamentales contenidos en... los arts. 15 a 29 CE. “Esas decisiones normativas –ha recordado Aragón– no pueden trasladarse a las Comunidades autónomas”»⁹⁰. Algún Tribunal Superior de Justicia ha llegado a sostener, en sentido similar, que «solo leyes estatales pueden establecer limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE)»⁹¹.

Estas apodícticas afirmaciones nos parecen insostenibles. De un lado, no se explica por qué las exigencias de la reserva de ley pueden ser cubiertas por una norma aprobada por el Gobierno central –que el Tribunal Constitucional, en un alarde de creatividad, ha declarado que tiene rango de ley⁹²– y, en cambio, no pueden serlo por una norma autonómica con rango de ley, ni siquiera cuando se trata de una ley aprobada a través del procedimiento legislativo ordinario por un Parlamento autonómico en una materia, como la de sanidad, sobre la que las Comunidades autónomas tienen competencias legislativas. De otro lado, tampoco se ofrece ni encuentra la razón que impide al legislador orgánico –por ejemplo, la LOMESP– habilitar a las Comunidades autónomas para regular o limitar los derechos fundamentales contenidos en los arts. 15-29 CE. Por enésima vez, esta tesis queda ampliamente desmentida por la realidad. Como ha declarado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional, el alcance de la reserva de la ley orgánica que para regular el «desarrollo de los derechos fundamentales» establece el art. 81 CE debe

⁸⁸ La STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁸⁹ Vid. la [Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón](#); [Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia](#); [Ley 2/2021, de 30 de junio, de primera modificación de la Ley del 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, para reforzar el Sistema de Salud del Principado de Asturias](#); [Decreto-ley balear 5/2021, de 7 de mayo](#); [Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19](#).

⁹⁰ TAJADURA TEJADA (2021, pp. 148 y 149), con cita a ARAGÓN REYES (2020a, p. 10).

⁹¹ AATSJ de Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJCL:2020:89A](#) y [ECLI:ES:TSJCL:2020:104A](#)).

⁹² Vid. el [ATC 7/2012, de 13 de enero](#), y la [STC 83/2016, de 28 de abril](#).

interpretarse restrictivamente. No todo lo que afecta a los derechos fundamentales constituye su «desarrollo» en el sentido de este precepto. No hace falta que todas y cada una de las restricciones de esos derechos estén previstas en una ley tal⁹³, ni siquiera en una ley ordinaria. Piénsese, a título ilustrativo, en las incontables normas –estatales, autonómicas e incluso locales– que limitan la libertad de circular en las vías públicas. Piénsese, asimismo, en los amplios poderes que las leyes orgánicas que regulan el derecho a la educación confieren a las Comunidades autónomas, en virtud de los cuales éstas pueden, por ejemplo, limitar y condicionar intensamente el derecho fundamental a la autonomía de los centros universitarios públicos y privados, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional⁹⁴. Sólo se requiere ley orgánica para establecer los aspectos esenciales de la regulación de los derechos fundamentales⁹⁵. Es, por lo tanto, perfectamente lícito que la previsión del art. 3 LOMESP sea desarrollada mediante leyes ordinarias, ora estatales ora autonómicas⁹⁶. Así lo ha dejado sentado el Tribunal Supremo en la primera ocasión que ha tenido de pronunciarse al respecto⁹⁷.

«Establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas».

Finalmente, debe notarse que, para evaluar si una concreta medida es previsible a la vista de la norma que la contempla, no sólo hay que atender a la redacción de ésta, sino también a la realidad, a lo que de hecho los ciudadanos pueden esperar en función de sus conocimientos en una situación como la contemplada por dicha norma. Pues bien, resulta perfectamente esperable, habida cuenta de la experiencia acumulada durante siglos, que para afrontar una epidemia sea necesario limitar la libertad de circulación mediante cuarentenas y confinamientos⁹⁸.

⁹³ Vid. la [STC 86/2017, de 4 de julio \(FI 7\)](#).

⁹⁴ Vid., por todas, la [STC 47/2005, de 3 de marzo](#).

⁹⁵ Vid., entre otras muchas, la [STC 31/2018, de 10 de abril](#).

⁹⁶ En el mismo sentido, RIDAO (2021, p. 49-51). Es más, MUÑOZ MACHADO (2020, p. 116) estima que, con arreglo a la referida jurisprudencia constitucional, la norma contenida en el art. 3 LOMESP podía haberse establecido en una ley ordinaria.

⁹⁷ STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁹⁸ Como muy bien advierte DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 74).

b. ¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?

Supongamos, a efectos dialécticos, que el último inciso de este precepto no respetara las exigencias constitucionales de la reserva de ley al objeto de dar cobertura a medidas proporcionadas de protección de la salud pública que suponen restricciones generales de derechos fundamentales. Ello, a nuestro juicio, no impediría necesariamente que los poderes públicos pudieran o incluso debieran tomar tales medidas.

El que las potestades restrictivas (y protectoras) de derechos deban ser reguladas legislativamente con un cierto grado de detalle no implica lógicamente la imposibilidad de ejercerlas cuando el legislador no las ha regulado así. Adviértase que la Constitución de 1978 establece expresamente esta consecuencia jurídica sólo en relación con algunas de esas potestades: las de privar a los ciudadanos de su libertad (art. 17.1), imponerles sanciones (art. 25.1) o prestaciones de carácter público (art. 31.3) y expropiarles (art. 33.3).

Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»⁹⁹. Parece, pues, que ni la Administración ni los Tribunales podrían prohibir o condicionar las libertades de los ciudadanos a menos que una ley contemplase y regulase tal poder con el suficiente grado de precisión. Esta regla está profundamente arraigada en el Derecho público occidental. En el art. 5.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 ya se leía que «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordene».

Sin embargo, a pesar de haber sido afirmada categóricamente sobre el papel, esta regla nunca ha sido aplicada inflexiblemente en la realidad. Como REBOLLO PUIG ha notado, pese a las solemnes y categóricas proclamaciones de semejante principio de legalidad, la policía administrativa siempre se ha caracterizado en la práctica por una «peculiar adaptación» a sus exigencias¹⁰⁰. En la práctica, la Administración ha ejercido los poderes imprescindibles para el mantenimiento del orden público, aunque la ley no se los haya reconocido explícitamente.

A fin de justificar esta peculiaridad se han esgrimido diversos argumentos¹⁰¹. Uno de los más socorridos es que el constituyente, el legislador o incluso la costumbre habían apoderado implícitamente a la Administración para tomar tales medidas. También se ha invocado la doctrina del estado de necesidad, que funciona a modo de «válvula de escape ante supuestos de imprevisión normativa»¹⁰². Los poderes públicos no sólo pueden, sino que deben actuar, adoptando medidas limitativas de la libertad *praeter* o incluso *contra legem*, cuando ello sea

⁹⁹ SSTC [83/1984, de 24 de julio \(FI 3\)](#); [93/1992, de 11 de junio \(FI 8\)](#), y [197/1996, de 28 de noviembre \(FI 25\)](#).

¹⁰⁰ REBOLLO PUIG (1999).

¹⁰¹ Según REBOLLO PUIG (1999, pp. 263 y ss.), esta peculiaridad se justifica por la existencia de un deber general de los ciudadanos de no perturbar el orden público. La Administración puede tomar sin previa habilitación legal medidas contra las actividades perturbadoras del orden público aun cuando éstas respeten escrupulosamente todas las normas legales y reglamentarias establecidas. La razón es que tales medidas, en realidad, no limitan la libertad de los perturbadores, no les imponen un deber *ex novo*, sino que simplemente declaran y corroboran la preexistencia de aquel deber

¹⁰² ÁLVAREZ GARCÍA (1996), *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, p. 41.

indispensable para salvaguardar un fin esencial de la comunidad amenazado por la concurrencia de circunstancias extraordinarias¹⁰³. Existe una situación de necesidad que justifica la imposición de una restricción no prevista por la ley siempre que un peligro se cierne sobre un interés digno de protección y la medida adoptada es *útil* para salvaguardar el interés amenazado, *necesaria*, por ser la menos restrictiva de la libertad de todas las útiles, y *proporcionada* en sentido estricto, por superar sus beneficios a sus costes¹⁰⁴.

A nuestro juicio, en nuestro Derecho, el fundamento jurídico de las medidas administrativas o judiciales limitativas de la libertad adoptadas en situaciones de vacío legal no se encuentra en un ficticio apoderamiento implícito, ni en un supuesto principio de necesidad, sino en los derechos y otras normas constitucionales que protegen los intereses, valores y bienes lesionados o amenazados por el ejercicio de esa libertad. Son estas normas las que pueden justificar e incluso exigir la actuación de los poderes públicos.

En situaciones como las de la COVID-19, existe un conflicto entre las exigencias que se desprenden de varios derechos fundamentales. Por un lado, ciertas libertades (como las de circulación y empresa) se oponen a que la Administración y los Tribunales las limiten sin una base legal suficiente. Pero otros derechos (v. gr., los derechos a la vida y la integridad física) imponen a esas mismas autoridades la obligación de protegerlos suficientemente, aun cuando la ley no la haya previsto en modo alguno¹⁰⁵. Recordemos que de los derechos fundamentales se derivan obligaciones positivas de salvaguardarlos¹⁰⁶, y que lo propio de estos derechos es que vinculan a todos los poderes públicos directamente (art. 53.1 CE), sin necesidad de que la ley así lo disponga.

Pues bien, no se adivina la razón por la cual, si el legislador no regula con detalle las debidas medidas de protección, la obligación estatal negativa de no interferir en una libertad constitucional debe prevalecer inexorablemente siempre sobre la obligación estatal positiva de proteger otros derechos constitucionales. Ese vacío legal no impide con carácter absoluto que se tomen esas medidas. Los «derechos fundamentales a protección» tienen idéntico rango constitucional y vinculan directamente a todos los poderes públicos igual que los «derechos defensivos». Por ello, las colisiones entre ambos deben resolverse del mismo modo en que se resuelven todos los conflictos entre derechos fundamentales: aplicando el principio de proporcionalidad. Tanto la Administración como los Tribunales podrán y, en su caso, deberán acordar medidas restrictivas de los derechos fundamentales que no satisfagan suficientemente el principio de legalidad cuando ello constituya un mal útil, necesario y proporcionado para realizar otro mandato constitucional, como el de cumplir la obligación positiva de salvaguardar un derecho fundamental¹⁰⁷.

Esta posibilidad de restringir excepcionalmente derechos fundamentales para proteger derechos de la misma índole, cuando las restricciones no cuentan con la debida cobertura legal, ha sido

¹⁰³ ÁLVAREZ GARCÍA (1996, pp. 308 y ss.).

¹⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA (1996, pp. 448 y ss.).

¹⁰⁵ Vid. lo que al respecto hemos señalado *supra*, 3.4.

¹⁰⁶ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 69-248).

¹⁰⁷ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 205-241).

admitida en no pocas ocasiones en la práctica administrativa y jurisprudencial, tanto de España como de otros países occidentales¹⁰⁸.

La suspensión de las elecciones autonómicas vascas y gallegas que tenían que haberse celebrado en abril de 2020, en el momento más crítico de la pandemia, cuando toda la población estaba confinada domiciliariamente, proporciona un claro ejemplo. Resulta significativo el hecho de que nadie llevara a los Tribunales estas suspensiones, que contaron con el consenso de prácticamente todos los partidos políticos implicados y que fueron avaladas por las respectivas Juntas Electorales¹⁰⁹. Repárese, asimismo, en que estas medidas, adoptadas en pleno estado de alarma por autoridades gubernamentales autonómicas, suspendieron de manera plena y generalizada el derecho fundamental de sufragio de millones de personas. La posterior suspensión de las elecciones autonómicas catalanas sí fue impugnada y anulada, pero debe subrayarse el hecho de que la Sentencia anulatoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dio por sentado que la suspensión de las elecciones gallegas y vascas había estado justificada por una causa de «fuerza mayor», a diferencia de lo que ocurría en el asunto de las catalanas, que difería de ambos precedentes en varios aspectos relevantes¹¹⁰.

Los traslados forzosos y confinamientos de varias poblaciones impuestos hace apenas unos días por las autoridades canarias con ocasión de la erupción del volcán de Cumbre Vieja (La Palma) proporcionan otro ejemplo. Ninguna ley –orgánica u ordinaria– autoriza la grave restricción de derechos fundamentales que tales medidas comportan¹¹¹. Éstas sólo han sido previstas en una modesta disposición reglamentaria¹¹². Y, sin embargo, resulta difícil poner en cuestión que dichas autoridades podían y debían adoptarlas, con el fin de salvaguardar la vida y la salud de los afectados¹¹³.

3.8. La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria

Desde una perspectiva dogmática y rígida de la reserva de ley, se ha sostenido que el art. 3 *in fine* LOMESP, mientras mantenga su indeterminación actual, no permite a las autoridades sanitarias adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales. Si se pretende que puedan adoptarlas, resulta imprescindible modificar este precepto con el objeto de incrementar su «densidad».

¹⁰⁸ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 217-223).

¹⁰⁹ Vid., entre otros, SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

¹¹⁰ Vid. la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSJCAT:2021:3324](#)).

¹¹¹ El precepto que más cerca está de contener una autorización tal es el art. 2.b) de la [Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias](#).

¹¹² [Decreto 112/2018, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias \(PEVOLCA\)](#).

¹¹³ Vid. TEJEDOR BIELSA (2021), [«De volcanes y virus»](#), *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

Desde un punto de vista pragmático, ya hemos expuesto las razones por las cuales hay que entender que esta posición debe rechazarse. Estimamos, ciertamente, que el legislador debería reformar cuanto antes la LOMESP para dejar claro que las autoridades sanitarias pueden adoptar esas medidas bajo ciertas condiciones. Pero no nos parece que, hasta que se produzca dicha reforma, la inacción de las autoridades sanitarias constituya una solución razonable, a la vista de los enormes costes que para la vida y la salud pública puede tener la espera, costes que serán tanto mayores cuanto más se tarde en cambiar la ley.

Desde una visión dogmática se peca, una vez más, de falta de realismo al subestimar las dificultades de todo tipo con las que puede toparse el legislador para acometer una reforma tal, en esta y otras situaciones semejantes. En el presente caso, seguramente han influido en este sentido cuando menos las siguientes circunstancias: en primer lugar, el hecho de que la propia pandemia entorpeció considerablemente el funcionamiento de las cámaras legislativas, que de hecho dejaron de reunirse durante semanas, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE¹¹⁴; en segundo lugar, el hecho de que el Gobierno se encuentre en una posición minoritaria en el seno de un Congreso muy fragmentado, lo que mina considerablemente su capacidad de impulsar con éxito reformas legislativas que, además, requieren mayoría absoluta; en tercer lugar, cabe pensar que las razones de estrategia política han jugado un importante papel; es posible que el Gobierno haya considerado que reformar la LOMESP o la LOEAES en medio de la pandemia podría ocasionarle un excesivo coste político.

Sea como fuere, no resulta realista ni sensato fiar la protección de la vida y la salud pública en una situación tan crítica como ésta a un poder público que probablemente no sea capaz y que, *de facto*, no se ha mostrado capaz de acometer cabal y puntualmente dicha tarea. Pero así se ven las cosas desde una perspectiva dogmática. Uno puede denunciar enfáticamente «la incapacidad del Congreso en la pandemia» al tiempo que postula como únicas soluciones para gestionar esta crisis que las Cortes reformen la LOMESP o que el Congreso siga jugando un papel protagonista en esta gestión a través de su poder de autorizar breves prórrogas del estado de alarma¹¹⁵. Uno puede denunciar que la realidad no es como debiera ser –o como a uno le gustaría que fuera–, y luego defender soluciones que son difícilmente viables porque no tienen en cuenta que las cosas son como son. Uno puede llamar la atención sobre una realidad cuestionable y luego ignorar las consecuencias prácticas que de ésta se desprenden a la hora de interpretar y aplicar la ley.

3.9. La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)

Se ha negado la necesidad de que las autoridades sanitarias adopten medidas generales restrictivas de derechos al amparo del art. 3 *in fine* LOMESP, pues esas medidas –que vulnerarían el principio de legalidad– podrían acordarse válidamente al amparo de los estados de alarma o excepción, que además constituyen instrumentos jurídicos que garantizan mejor los derechos afectados¹¹⁶, principalmente porque (i) ambos estados deben contar con el aval previo del Congreso de los Diputados (aunque dicho aval sólo se requiere respecto del estado de alarma si éste se prolonga más de quince días), y porque (ii) los decretos por los que se declaran ambos estados tienen rango de ley y (iii) están sujetos al control del Tribunal Constitucional.

¹¹⁴ Nos remitimos a lo dicho *supra*, 3.5.

¹¹⁵ SÁENZ ROYO (2021), «[La incapacidad del Congreso en la pandemia](#)», *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

¹¹⁶ Por ejemplo, CUENCA MIRANDA (2021, p. 24).

Esta tesis resulta cuestionable, por varias razones. La primera es que los preceptos de la LOEAES que autorizan la restricción de derechos fundamentales tienen un grado de indeterminación muy similar al del art. 3 LOMESP¹¹⁷. Por ejemplo, la LOEAES dispone que en el estado de alarma el Gobierno podrá «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» [art. 11.a)], así como adoptar, además, las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1) [es decir, ¡la LOMESP!]. La Ley contempla la posibilidad de limitar esta libertad, pero no concreta en qué supuestos ni bajo qué condiciones ni con qué alcance.

TAJADURA TEJADA estima, no obstante, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, ni la LOMESP ni la LOEAES cumplen– pueden ser satisfechas por los propios decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma y excepción, pues ambos tienen rango de ley y «son los que pueden establecer las limitaciones de derechos fundamentales con carácter general y habilitar a todas las administraciones, tanto central como autonómicas, a ejecutar o aplicar medidas restrictivas de derechos fundamentales»¹¹⁸. Por el contrario, a juicio de TAJADURA, esas exigencias de predeterminación normativa no pueden ser satisfechas por las disposiciones dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de la LOMESP. Ya hemos expuesto las razones por las que hay que rechazar esta interpretación¹¹⁹, que de hecho ha sido descartada rotundamente por el Tribunal Supremo¹²⁰.

En segundo lugar, el tópico de que los estados de alarma y excepción constituyen instrumentos jurídicos «más garantistas» que la legislación sanitaria es también muy discutible, por las siguientes razones:

1ª. Dichos estados otorgan el poder de acordar medidas de protección sanitaria a unas autoridades que no ostentan las competencias ordinarias en esta materia y que, por ello, presumiblemente no cuentan con los medios materiales, los recursos personales, la información y la experiencia necesarios para adoptar aquí decisiones acertadas, lo que constituye un serio peligro para todos los derechos e intereses concernidos. Recordemos que la gestión centralizada del primer estado de alarma quedó lejos de ser satisfactoria¹²¹.

2ª. Los partidarios de la tesis criticada sobrevaloran el control ejercido por el Congreso de los Diputados y el Tribunal Constitucional sobre la declaración y la prórroga de esos estados. En primer lugar, porque subestiman las dificultades prácticas que ambos pueden encontrarse a la hora de ejercer esa función. Insistimos en lo señalado más arriba. La pandemia puede entorpecer seriamente el funcionamiento de los dos órganos. De hecho, las Cortes Generales dejaron de reunirse durante las primeras semanas del estado de alarma, y el Tribunal Constitucional estuvo semiparalizado durante varios meses. Resulta muy significativo que el Tribunal se haya

¹¹⁷ Así lo advierte ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 99-102, quien cuestiona en este punto tanto la LOMESP como la LOEAES.

¹¹⁸ TAJADURA TEJADA (2021, p. 158).

¹¹⁹ Vid. *supra*, 3.6.a.

¹²⁰ STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

¹²¹ Vid. *supra*, 3.2.d.

pronunciado sobre el primer estado de alarma trece meses después de que este finalizara y quince meses después de que se presentara el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Ni que decir tiene que, en este tipo de asuntos, un control judicial tan tardío resulta en gran medida ineficaz. En segundo lugar, el estado de alarma no está sujeto al control del Congreso si su vigencia es inferior a quince días. En tercer lugar, cabe poner en duda que los diputados dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. Es probable por ello que no sean capaces de ejercer un control muy estricto y efectivo. En cuarto lugar, ese control se debilitará hasta desvanecerse prácticamente si el partido del Gobierno cuenta con mayoría de escaños en el Congreso.

3ª. Al tener rango de ley, la declaración y la prórroga de ambos estados no son controlables por los Tribunales ordinarios, sino sólo por el Tribunal Constitucional. Ello limita enormemente las posibilidades de tutela judicial de los derechos afectados¹²², pues los particulares no están legitimados para impugnar directamente los correspondientes decretos, sino sólo los actos dictados a su amparo. Es más, deja prácticamente indefensos a los ciudadanos cuando esos decretos restringen sus derechos inmediatamente, sin necesidad de actos de aplicación, como la cruda realidad ha puesto de manifiesto¹²³.

4ª. Las medidas administrativas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria, por el contrario, son plenamente fiscalizables por los Tribunales ordinarios. Y las que restringen derechos fundamentales requieren, adicionalmente, una autorización judicial previa. En la práctica, los Tribunales, en líneas generales, han ejercido un control muy puntual, estricto e incisivo de las medidas acordadas por las autoridades autonómicas¹²⁴. Encontramos numerosas resoluciones judiciales que, en apenas unos días, han suspendido cautelarmente¹²⁵ o no autorizado¹²⁶ tales medidas, por considerarlas desproporcionadas o insuficientemente justificadas. Los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo han logrado impedir en no pocas ocasiones que los ciudadanos sufrieran restricciones inconstitucionales de sus derechos. El Tribunal

¹²² Véase TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

¹²³ Véase el Auto del TS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2488A](#)), por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del requerimiento formulado por el recurrente en relación con las medidas de limitación de movimientos establecidas en el RD 463/2020 que impedían al actor mantener una relación presencial con su madre.

¹²⁴ Aunque la STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)) declara que la intervención judicial prevista en el art. 10.8 LJCA ha de ser «sumamente limitada» y circunscribirse, todo lo más, a una «verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas», en la práctica, los Tribunales han sido muy poco deferentes con las autoridades autonómicas en esta materia.

¹²⁵ Vid., entre otros, los Autos del TSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSIPV:2021:2A](#)); TSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2021 (procedimiento 204/2021); TSJ de La Rioja de 28 de mayo de 2021 (núm. 89/2021); TSJ de Canarias de 28 de junio (procedimiento 193/2021) y 29 de julio de 2021; y TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2021 (núm. 339/2021).

¹²⁶ Vid., a título ilustrativo, la STS de 3 de junio de 2021 (procedimiento 3704/2021); y los Autos de los TSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2021 (núm. 193/2021); Asturias de 10 de junio de 2021 (procedimiento ordinario 384/2021); Canarias de 14 de julio de 2021 (procedimiento 209/2021); Navarra de 20 de julio de 2021 (procedimiento 319/2021); Aragón de 14 de septiembre de 2020 (procedimiento ordinario 286/2020) y 26 de julio de 2021 (núm. 296/2021); Galicia de 20 de agosto de 2021 (núm. 97/2021), y Extremadura de 20 de agosto de 2021 (núm. 117/2021).

Constitucional, por el contrario, se ha quedado a gran distancia de este objetivo cuando ha tenido que controlar las medidas adoptadas al amparo del estado de alarma. *Res ipsa loquitur*.

5ª. Al amparo de los estados de alarma y excepción, el Gobierno puede adoptar o permitir que se adopten medidas restrictivas sin necesidad de aplicar normas legales (v. gr., de procedimiento) que garantizan el acierto de éstas, y que protegen los derechos afectados frente a posibles restricciones arbitrarias o desproporcionadas. Recordemos que el art. 2.3 RD 926/2020 habilitaba a las autoridades autonómicas para tomar tales medidas sin que a estos efectos fuera «precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno» ni tampoco la autorización judicial prevista en los arts. 8.6 y 10.8 LJCA.

4. Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción

4.1. El problema

El otro gran problema que la pandemia de la COVID-19 ha planteado en nuestro Derecho público es el de si las medidas restrictivas de derechos impuestas por el RD 463/2020 podían adoptarse válidamente en un estado de alarma¹²⁷ o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción por constituir una suspensión de tales derechos y, en consecuencia, han de reputarse inconstitucionales¹²⁸.

¹²⁷ VELASCO CABALLERO (2020b), [«¿Estamos ante una “suspensión” de derechos fundamentales? Más bien no»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020; VELASCO CABALLERO (2020c), [«Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020; BASTIDA FREIJEDO (2020), [«La cuarentena de los derechos»](#), *La Nueva España*, 5 de abril de 2020; LÓPEZ GARRIDO (2020), [«Un estado de excepción sería inconstitucional»](#), *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020; URÍAS (2020), [«Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión»](#), *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020; BACIGALUPO (2020), [«A vueltas con la licitud del confinamiento»](#), *Infolibre*, 15 de abril de 2020; VILLAVERDE (2020), [«COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales \(y para los constitucionalistas\)»](#), *The Conversation*, 14 de mayo de 2020; CARRILLO (2020), [«Los derechos en tiempo de pandemia»](#), *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020; LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020; GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46 (2020), pp. 371-402; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, Documento de Opinión IEEA 43/2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ATIENZA y RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, p. 43; CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, p. 236; FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y el Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 25-27; GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021).

¹²⁸ ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020; VERA SANTOS (2020), [«Estado de alarma: tarde y mal»](#), *El Independiente*, 19 de marzo de 2020; ARAGÓN REYES (2020b), [«Hay que tomarse la Constitución en serio»](#), *El País*, 9 de abril de 2020; ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32; DÍAZ REVORIO (2020), [«A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales»](#), *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020; DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de

El art. 116 CE contempla la posibilidad de declarar los estados de alarma, excepción y sitio, pero no precisa en qué circunstancias puede acordarse cada uno de ellos, sino que se remite en este punto a la ley orgánica que los regule. La Constitución también prevé en su art. 55 la posibilidad de suspender ciertos derechos, mediante la declaración del estado de excepción o de sitio (ap. 1) o en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (ap. 2). *A contrario sensu*, hay que entender que la suspensión está constitucionalmente proscrita fuera de estos dos supuestos. En consecuencia, el RD 463/2020, que obviamente no encaja en ninguno de ellos, debería considerarse inconstitucional si hubiera impuesto una suspensión tal. La clave para resolver el problema planteado consiste, pues, en precisar si dichas medidas constituían una restricción o una suspensión de los derechos afectados. Así lo ha entendido la gran mayoría de los autores que han manifestado su parecer sobre el tema.

La [STC 148/2021, de 14 de julio](#), declara por una mayoría de seis votos contra cinco la inconstitucionalidad de los preceptos del RD 463/2020 que integraban el popularmente denominado «confinamiento domiciliario», por considerar que suponían en realidad una suspensión de las libertades de circulación y fijación de la residencia. El Tribunal no cuestiona la concurrencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas. La incorrecta utilización del estado de alarma supuso la omisión de las garantías constitucionalmente previstas para suspender derechos (muy especialmente, la previa autorización parlamentaria).

Adicionalmente, la Sentencia declara inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020. Según el Tribunal, esta habilitación permitía que se agravaran dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de dar cuenta inmediata al Congreso de la declaración del estado de alarma.

4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión

derechos y los estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; FUERTES LÓPEZ (2020), [«Estado de excepción, no de alarma»](#), *El Mundo*, 20 de abril de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020, p. 29); AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 67; MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley*, 9613, 8 de abril de 2020; ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), «¿Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020; FERNÁNDEZ DE GATTA (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020; RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020; ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20; SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 292-297; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a); COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021); CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021; TERUEL LOZANO (2021b, pp. 54-61).

Algunos autores han sostenido una *teoría formal* del concepto de «suspensión» empleado en el art. 55 CE. Por ejemplo, ALÁEZ CORRAL estima que este término debe ser entendido «en un sentido estricto, y además formal». La suspensión consiste en «la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales»¹²⁹, por lo que «parece lógico que ésta tenga que producirse de una manera formalizada y expresa... en aras de [la] seguridad jurídica»¹³⁰.

Esta tesis presenta serias debilidades. En primer lugar, no cuenta con un soporte constitucional explícito. La Constitución no dispone que la suspensión requiere una declaración por la que expresamente se disponga que ciertos derechos quedan suspendidos. En segundo lugar, confunde el concepto de suspensión con sus (supuestos) requisitos. El que las medidas que suspenden derechos (supuestamente) deban adoptarse en virtud de una declaración explícita no quita que tales medidas puedan considerarse suspensivas (e inconstitucionales) cuando ésta ha sido omitida. En tercer lugar, la teoría formal deja a merced del Gobierno la aplicación de las garantías previstas por la Constitución –como la autorización previa del Congreso– a fin de proteger ciertos derechos frente a determinadas restricciones gubernamentales especialmente intensas. Con arreglo a esta teoría, el Gobierno podría desactivar fácilmente estas garantías. Para ello tan sólo necesitaría omitir dicha declaración expresa¹³¹.

Seguramente por todas estas razones, la gran mayoría de la doctrina española sostiene *teorías puramente sustantivas* (ora cualitativas ora cuantitativas o gradualistas), con arreglo a las cuales el que una medida constituya o no una suspensión depende exclusivamente de cuáles son sus efectos sobre los derechos concernidos.

Según la teoría *cualitativa*, la suspensión no constituiría una restricción especialmente intensa de un derecho, que seguiría teniendo vigencia, siquiera limitada o parcial, sino una derogación temporal del mismo, que es algo cualitativamente distinto, de diferente naturaleza. La suspensión es la «temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales»¹³². Durante un tiempo, los derechos suspendidos dejan de tener vigencia, quedan «temporalmente esterilizados», «por completo» y «sin límite de contenido esencial o proporcionalidad»¹³³. Ello no quita que luego la LOEAES haya encauzado y limitado el poder suspensivo que el art. 55 CE contempla¹³⁴.

En cambio, los partidarios de la teoría *cuantitativa o gradualista* equiparan suspensión a una limitación de una especial intensidad, que no hace falta que elimine (durante un tiempo) por completo las facultades que comprende normalmente el derecho afectado. El primer problema

¹²⁹ ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA y ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 243.

¹³⁰ ALÁEZ CORRAL (2004, p. 235). En sentido similar, véanse los votos particulares de GONZÁLEZ RIVAS (§ 2), XIOL RÍOS (§§ 14 y 16) y CONDE-PUMPIDO (§ 2) a la [STC 148/2021](#).

¹³¹ En sentido similar, ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

¹³² En palabras de ALÁEZ CORRAL (2004, p. 243).

¹³³ VELASCO CABALLERO (2020, pp. 84-92; 2020b y 2020c). En sentido similar, GARRIDO LÓPEZ (2020, p. 398).

¹³⁴ Lo que, en opinión de VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90), ha propiciado que se «difuminen los linderos constitucionales» entre la suspensión de derechos y la regulación de su ejercicio. Vid. *infra*, 4.7.h.

con el que se topa esta tesis es el de precisar el umbral de intensidad de la restricción a partir del cual ésta ha de considerarse una suspensión. Aquí encontramos varias propuestas:

La primera consiste en no molestarse en definir en abstracto el referido umbral, siquiera mediante conceptos jurídicos muy indeterminados. Algunos autores se limitan a afirmar de manera apodíctica o con argumentos circulares o que apelan a la pura intuición que las restricciones impuestas en el primer estado de alarma supusieron en realidad una suspensión¹⁵⁵. ARAGÓN REYES (2020b), por ejemplo, estima que «ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se [hizo], no es limitar el derecho, sino suspenderlo, y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto»¹⁵⁶. ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), por su parte, afirman que el «“acordonamiento” de enteras poblaciones... por supuesto, va más allá, mucho más allá, de las meras restricciones o limitaciones del tránsito de personas y vehículos, en la medida en que comporta una verdadera y propia suspensión del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de desplazamiento». Adviértase el carácter apodíctico («por supuesto») y circular (el confinamiento implica una suspensión y no una mera restricción, pues «comporta una verdadera y propia suspensión») del argumento.

Otros autores han señalado que existe una suspensión tal cuando la medida cuestionada afecta al contenido esencial del derecho¹⁵⁷. El problema que a continuación se plantea radica en precisar qué es ese contenido esencial y cuándo resulta afectado. Aquí suele citarse la vieja [STC 11/1981, de 8 de abril](#), que apunta dos maneras complementarias de identificarlo:

En primer lugar, «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así».

En segundo lugar, se trataría de «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

En otro trabajo hemos criticado estos criterios y expuesto las razones por las que hay que entender que la garantía del contenido esencial a que se refiere el art. 53.1 CE equivale a la del principio de proporcionalidad. Que las leyes deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales significa que no pueden restringirlos desproporcionadamente. Nos remitimos a lo allí expuesto¹⁵⁸. Ahora simplemente señalaremos que dichos criterios son enormemente vagos,

¹⁵⁵ Por ejemplo, FERNÁNDEZ DE GATTA (2020).

¹⁵⁶ En ARAGÓN REYES (2020c) se da un argumento similar.

¹⁵⁷ VERA SANTOS (2020); DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, pp. 11-17); F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 7 y 8); COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020; COTINO HUESO (2021, pp. 3, 4, 20, 21, 25 y 34); CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 15, nota 39); FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 66-71); CUENCA MIRANDA (2021, p. 7).

¹⁵⁸ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 176-181). Vid., también, las certeras reflexiones de VELASCO CABALLERO (2020a, pp. 105-108). Nos parece entender que XIOL RÍOS, en su voto particular (§§ 17 y 18) a la [STC 148/2021](#), se muestra partidario de la «teoría relativa» del contenido esencial.

oscuros y, por lo tanto, aptos para dar cobertura a prácticamente cualquier interpretación, aunque en algún caso también pueden conducir a resultados contradictorios y difícilmente aceptables, como luego veremos¹³⁹.

La dificultad de precisar el referido umbral propicia que ni siquiera entre los partidarios de las tesis gradualistas exista acuerdo acerca de si el primer estado de alarma conllevó una suspensión de derechos. Por ejemplo, RUIZ ROBLEDO y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA consideran que las restricciones no alcanzaron la intensidad requerida para merecer la calificación de suspensivas¹⁴⁰. En cambio, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE estima que sí se suspendió al menos la libertad de circulación, porque «en lugar de establecer una relación de límites concretos aplicables a la libertad de circulación, [el RD 463/2020] hace exactamente lo contrario... determina cuáles son las excepciones a la prohibición general de circular por las vías de uso público durante la vigencia del estado de alarma. Con esa prohibición global se ataca, por definición, el contenido esencial del derecho a la libre circulación... La libre circulación... devino irreconocible si tenemos en cuenta lo que la generalidad de los juristas entienden [sic] por un derecho de tal tipo. Se le [sic] sometió a semejantes restricciones que la convirtieron en impracticable o, como poco, dificultaron su ejercicio real más allá de lo que es razonable para considerar intacto el núcleo y médula de tal derecho»¹⁴¹. Estas palabras no dejan claro si, en opinión de su autor, el contenido esencial quedó afectado «por definición» porque el derecho fue sometido a una prohibición global que sólo se podía excepcionar en los supuestos previstos por la ley –aun cuando la lista de excepciones era relativamente amplia y no exhaustiva– o porque éstas no eran lo bastante amplias.

4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional

Al objeto de precisar el concepto de suspensión, la [STC 148/2021](#) ha preferido no apoyarse en el de contenido esencial, ni en otros semejantes, como «contenido absoluto», «núcleo irrenunciable que puede alcanzar proyección universal», «contenido constitucional indisponible», «contenido central» y «contenido esencial mínimo». La razón esgrimida es que «ninguna de estas fórmulas o técnicas, precisamente porque son propias del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, son aptas para actuar como parámetro constitucional de control [en una situación de emergencia... Este problema] solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales». Nuestra hipótesis es que esta Sentencia no se sirve del concepto de contenido esencial para determinar cuándo existe una suspensión porque ello hubiera conducido a entender que el RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa¹⁴², lo que era un resultado muy difícil de aceptar. En el siguiente epígrafe lo veremos.

La [STC 148/2021](#) adopta una tesis puramente sustantiva y gradualista según la cual una restricción de derechos constituye una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE cuando reúne cumulativamente dos características: ser «general en cuanto a sus destinatarios y de altísima

¹³⁹ Vid. *infra*, 4.4.

¹⁴⁰ RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 23:38, 2019, pp. 83-104; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 12 y 13.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 85 y 86). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2021, pp. 11, 12 y 16).

¹⁴² Así lo entiende CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26).

intensidad en cuanto a su contenido». El Tribunal considera que ambas concurrían en el confinamiento domiciliario:

«Es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las “vías o espacios de uso público”... con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios. Y esto es, precisamente, lo que queda en general cancelado mediante la medida que se controvierte... [El art. 7 RD 463/2020 establece la prohibición de circular por las vías de uso público como regla general, con la única salvedad de que tal circulación] «responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h) indicadas por la autoridad... lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma [“la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)]. Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto».

4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional

La [STC 148/2021](#) incurre en varias incoherencias de gran calibre. La más gruesa es, sin duda, la cometida al enjuiciar si el art. 10 RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa¹⁴³. Este precepto dispuso como regla general la «suspensión de ciertas actividades empresariales», así como la «suspensión de la apertura al público» de incontables establecimientos donde se desarrollaban tales actividades. A continuación, contempló varias excepciones. Irónicamente, el término utilizado, hasta cinco veces, por el Gobierno para hacer referencia a estas restricciones fue el de «suspensión». Recordemos que hubo decenas de miles de establecimientos que tuvieron que permanecer completamente cerrados durante meses de resultas de esta «suspensión». Su actividad empresarial quedó completamente cancelada, eliminada, suprimida, durante ese tiempo. Los recurrentes alegaban, por ello, que este precepto había operado «una verdadera suspensión de una dimensión que forma parte del contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio y de la libertad de empresa»: la del derecho a sostener y desarrollar la correspondiente actividad empresarial. También varios autores han estimado que esta libertad fue suspendida¹⁴⁴.

Pero el Tribunal Constitucional no lo entiende así. Para llegar a esta conclusión, la [STC 148/2021](#), en primer lugar, deja fuera de su análisis algunas de las restricciones impuestas por el referido art. 10, por considerar que no afectaban a la libertad de empresa:

¹⁴³ En el voto particular (§ 5) de CONDE-PUMPIDO a la [STC 148/2021](#) también se advierte esta inconsistencia.

¹⁴⁴ CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26); RUIZ MIGUEL (2020); ARAGÓN REYES (2021). Según FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 28, también los cierres de establecimientos impuestos por las Comunidades autónomas durante el tercer estado de alarma suspendieron la libertad de empresa.

«Las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad [de empresa] que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos».

«Tampoco afecta a la libertad de empresa la última de las reglas que se contienen en el artículo 10.1, relativa a los establecimientos que pueden abrir al público: “en cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando”. Esta regla no limita o restringe, en general, la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere; sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros».

Estas apodícticas afirmaciones no pueden ser más desafortunadas. Es evidente que esas normas sí limitan el derecho de «sostener en libertad la actividad empresarial» que el art. 28 CE ampara¹⁴⁵. Resulta palmario que una norma jurídica que impone exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los establecimientos donde se desarrollan actividades empresariales y que, por consiguiente, limita la facultad que sus titulares tienen para determinar autónomamente cómo realizarlas, hasta el punto de condicionarlas o incluso impedirles, restringe la libertad de empresa. Es claro que una disposición que permite a una autoridad administrativa suspender las actividades empresariales desarrolladas en ciertos establecimientos implica una restricción del derecho a sostenerlas libremente. El que esas medidas vengan motivadas por el riesgo de que la actividad afectada cause un daño a terceros no quita que constituyan genuinas restricciones de la libertad de realizarla. De hecho, la gran mayoría de las restricciones de la libertad persiguen prevenir el riesgo de que las personas que soportan la restricción dañen a otras personas.

Las consecuencias prácticas de esta doctrina no pueden ser más perniciosas. Si dichas medidas no afectan a la libertad consagrada en el art. 38 CE, no necesitan ser proporcionadas, ni motivadas, ni establecidas por el legislador, etc. No hace falta respetar ninguna de las garantías establecidas por nuestro ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades públicas que afectan a la libertad de los ciudadanos.

En segundo lugar, la [STC 148/2021](#) viene a estimar que en las [restantes] restricciones previstas por el art. 10 RD 463/2020 concurre la característica de la *altísima intensidad*, pero no la de la *generalidad*:

«La “suspensión de actividades” que [dicho precepto] ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto... Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general».

Este razonamiento causa perplejidad. Debe notarse, en primer lugar, que la estructura de los arts. 7 y 10 RD 463/2020 era prácticamente idéntica: en los dos casos se establecía una prohibición general y un catálogo de excepciones, que en el caso de la libertad de circulación se cerraba con dos cláusulas abiertas y no tenía carácter de *numerus clausus*, como la propia [STC 148/2021](#) reconoce.

¹⁴⁵ En palabras de la [STC 83/1984, de 24 de julio \(FI 3\)](#).

En segundo lugar, resulta difícil de entender que esta Sentencia niegue –apodóticamente, una vez más– el carácter general a unas restricciones que afectaron a decenas de miles de establecimientos de toda España y que, en sus propias palabras, tuvieron un «amplísimo alcance»¹⁴⁶.

En tercer lugar, la Sentencia no aclara cuál es el concepto de «generalidad» que aquí maneja, ni cuáles son los criterios con arreglo a los cuales se determina si una medida es o no general a los efectos del art. 55.1 CE. Da la impresión de que considera que una «intensísima» restricción de la libertad no es general ni, por ende, constituye una suspensión si afecta sólo a un subconjunto de los ciudadanos españoles que la ejercen, aunque sean cientos de miles o incluso millones. Ello plantea el arduo problema de precisar cuál es el umbral a partir del cual ha de considerarse que la medida en cuestión es general. Se suscita la duda, por ejemplo, de si hay que reputar generales las «restricciones de altísima intensidad» que afectan sólo a las personas que viven en una parte del territorio español: una Comunidad autónoma, una provincia, una comarca, un área metropolitana, una ciudad, etc.

Resulta significativo el hecho de que algunos autores que han alabado la [STC 148/2021](#) por haber declarado que en el primer estado de alarma se suspendió la libertad de circulación también la critiquen por no haber hecho lo propio respecto de la libertad de empresa¹⁴⁷.

Cabe pensar que el Tribunal Constitucional incurrió en esta inconsistencia para evitar el resultado, difícilmente digerible, al que su interpretación del concepto de suspensión, pergeñada para declarar inconstitucional el confinamiento domiciliario, conducía ineludiblemente respecto de la libertad de empresa. Como se desprende del art. 55 CE y dispone explícitamente el art. 13.2.a) LOEAES, en el estado de excepción no se pueden suspender otros derechos que los enumerados en aquel precepto constitucional, entre los cuales no está la libertad empresarial. Es decir, si la prohibición temporal absoluta de abrir esos establecimientos y desarrollar en ellos las correspondientes actividades económicas fuera una suspensión, habría que concluir que ni el Gobierno ni las Cortes Generales podrían acordarla en modo alguno, ni siquiera mediante la declaración del estado de excepción o de sitio. Ni siquiera en el caso de que se tratara de una medida necesaria y proporcionada para proteger la vida de millones de personas. Nos parece que interpretar así la Constitución es contrario al más elemental sentido común. Probablemente, el Tribunal Constitucional prefirió pagar el precio de esta incoherencia antes que sostener semejante interpretación. Pero repárese en que podía haber evitado ambos males si hubiera dado al término suspensión otro significado.

4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión

Las normas jurídicas –también las constitucionales– deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras (art. 3.1 Código civil). El tenor literal del art. 55 CE apoya claramente la tesis cualitativa. El término «suspensión» tiene un sentido propio bien definido en el lenguaje jurídico español. «En Derecho el concepto de “suspensión” se entiende como la cesación temporal de la

¹⁴⁶ En opinión de CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26), «durante la vigencia del estado de alarma se ha suspendido con carácter general el ejercicio de la libertad de empresa en una buena parte de la economía».

¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, ARAGÓN REYES (2021).

eficacia de un acto o norma jurídica»¹⁴⁸ y no como «restricción muy intensa». Cuando se afirma, sin más precisiones, que un acto jurídico –v. gr., una ley, un reglamento, un acto administrativo, un contrato, etc.– o un derecho ha sido suspendido, se entiende que éste ha dejado de tener vigencia, de producir sus efectos jurídicos, durante un tiempo¹⁴⁹. Sin embargo, la [STC 148/2021](#) interpreta este término en un sentido más amplio, que excede de lo que en el lenguaje jurídico se entiende comúnmente por suspensión.

Las normas jurídicas también deben interpretarse según sus antecedentes legislativos y su finalidad (art. 3.1 Código civil). Y, como han señalado diversos autores y el Magistrado XIOL RÍOS, «los debates constituyentes ponen de manifiesto que los estados de alarma, excepción y sitio fueron concebidos para resolver crisis de diferente naturaleza, no para aplicar un estado u otro dependiendo de la gravedad de la situación de emergencia»¹⁵⁰. Con el estado de excepción se pretendía dar poderes al Gobierno para resolver crisis extraordinarias de índole política. Con el de alarma, «capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas»¹⁵¹. Los constituyentes estimaron que el estado de alarma era el instrumento adecuado para combatir una epidemia grave.

La propia [STC 148/2021 \(FI 11\)](#) reconoce que la regulación contenida en la LOEAES y los debates parlamentarios que la precedieron refuerzan esta idea. El legislador pensaba que el estado pertinente y apropiado para luchar contra una epidemia grave era el de alarma, no el de excepción¹⁵². Así se deduce claramente de la regulación de los supuestos de hecho en los que cabe decretarlos. El art. 4.b) LOEAES menciona entre las «alteraciones graves de la normalidad» que habilitan para declarar el primero las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». El art. 13.1 LOEAES, en cambio, contempla la posibilidad de declarar el estado de excepción sólo «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo». Es dudoso que una epidemia como la de la COVID-19 encaje en este supuesto de hecho¹⁵³, aunque podría hacerlo si se interpretara muy ampliamente la expresión «grave alteración del orden público». Lo que no admite discusión es que encaja mucho mejor en el supuesto de hecho del estado de alarma.

A la misma conclusión se llega cuando uno repasa en las medidas que según la LOEAES cabe adoptar en tales estados. Las previstas en su art. 11 para el de alarma resultan mucho más adecuadas para luchar contra una epidemia que las contempladas en los arts. 16 a 26, respecto

¹⁴⁸ GONZÁLEZ RIVAS, en su voto particular (§ 14) a la [STC 148/2021](#).

¹⁴⁹ Véanse las entradas «suspensión», «suspensión de derechos», «auto de suspensión», «suspensión del acto reclamado», «suspensión de la pena», «suspensión de potestad» y otras análogas, contenidas en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020), elaborado por la Real Academia Española.

¹⁵⁰ Voto particular (§ 8) de XIOL RÍOS a la [STC 148/2021](#).

¹⁵¹ [Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, número 109, sesión plenaria núm. 38, de 13 de julio de 1978, p. 4238.](#)

¹⁵² En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 56).

¹⁵³ Lo niegan, entre otros, LÓPEZ GARRIDO (2020) y CARRILLO (2020), así como XIOL RÍOS, CONDE-PUMPIDO y BALAGUER CALLEJÓN, en sus respectivos votos particulares a la [STC 148/2021](#).

del de excepción¹⁵⁴. Especialmente significativo es el hecho de que el art. 12.1 LOEAES, aplicable a los estados de alarma decretados para combatir «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», autorice al Gobierno a tomar también las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

Sin embargo, la [STC 148/2021](#) descarta esta interpretación «originalista» del art. 55 CE y acoge lo que denomina una interpretación «evolutiva» e «integradora», según la cual puede y debe acudir al estado de excepción en una crisis sanitaria cuando para afrontarla es imprescindible suspender derechos fundamentales.

Esta última interpretación nos parece razonable, pues la solución contraria podría engendrar un grave dilema práctico: no habría manera constitucionalmente lícita de gestionar adecuadamente semejantes crisis; el estado de alarma no permitiría adoptar las únicas medidas útiles para hacerles frente; y el de excepción, que sí autorizaría su adopción, no sería procedente.

Lo que nos parece criticable es que la [STC 148/2021](#) se coloque a sí misma en este dilema al interpretar el art. 55 CE en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal. Resulta muy desacertado dar al término suspensión un significado que excede del que se le atribuye normalmente en el lenguaje jurídico. De un lado, porque este exceso interpretativo mina la seguridad jurídica y la credibilidad de los Tribunales, especialmente del Constitucional. De otro lado, y sobre todo, porque esta interpretación propicia que el estado de excepción sea decretado en situaciones para las que no fue previsto ni diseñado, ni por el constituyente ni por el legislador, lo que encierra serios riesgos y problemas prácticos, como luego veremos.

¹⁵⁴ No examinaremos si las medidas establecidas por el RD 463/2020 excedieron de las previstas en el art. 11 LOEAES. Así lo estiman, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 227-231; PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Ciudadanía*, 15:2, pp. 337 y 338.

4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos

Cabría pensar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE debe interpretarse de manera acorde con un concepto análogo empleado en algunos tratados internacionales¹⁵⁵. La [STC 148/2021](#) advierte al respecto que el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos \(en adelante, CEDH\)](#) distingue entre las «restricciones» y la «derogación» de éstos prevista en su art. 15, donde puede leerse que:

«1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

La [STC 148/2021](#), sin embargo, no extrae consecuencia alguna de este precepto o de la jurisprudencia del TEDH con el objeto de definir el concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En este punto se limita a señalar que algunos Estados europeos, como Rumanía, cumplieron el deber de información a que se refiere el art. 15.3 CEDH tras adoptar medidas restrictivas de derechos, como la libertad de circulación, para contener la COVID-19. Aunque la Sentencia no lo afirma explícitamente, parece sugerir sutilmente que esta práctica apoyaría la tesis de que tales restricciones constituían una «suspensión».

DÍAZ REVORIO (2021, p. 25), por su parte, considera que la jurisprudencia del TEDH producida en relación con el art. 15 CEDH refuerza la tesis gradualista, al «apuntar claramente a la idea de que la suspensión de derechos o la invocación de legislación excepcional no permiten la desaparición de las garantías en las que el derecho consiste». La suspensión, pues, no equivaldría a una derogación total del derecho durante un tiempo.

A nuestro juicio, del art. 15.1 CEDH y la jurisprudencia del TEDH puede extraerse, en efecto, información relevante para la interpretación del concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En primer lugar, debe notarse que el concepto de «derogación» del art. 15.1 CEDH no es funcionalmente equivalente al concepto de suspensión del art. 55.1 CE, por lo que no resulta necesariamente obligado dar a éste, sin más, el mismo significado que aquél tiene. Entre los dos hay importantes diferencias, cuando menos las siguientes:

¹⁵⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, p. 1539, y, sobre todo, ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

1ª. El art. 15 CEDH contempla la posibilidad de que, en circunstancias extraordinarias, se impongan restricciones que no serían conformes con el CEDH en situaciones ordinarias. Aquí, el concepto de suspensión marca la frontera entre las restricciones ordinarias y las extraordinarias. En cambio, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE no determina la frontera entre las restricciones ordinarias y las extraordinarias, sino los supuestos en los que cabe utilizar distintos instrumentos jurídicos extraordinarios: el estado de alarma, por un lado, y los estados de excepción y sitio, por otro.

2ª. Los requisitos formales de la suspensión son también diferentes. El art. 15 CEDH la acompaña de un simple deber de comunicar al Consejo de Europa las restricciones impuestas. El art. 116 CE, en cambio, la supedita a la aprobación previa del Congreso de los Diputados, que es un requisito más estricto y difícil de cumplir que un mero deber de informar *a posteriori*. Nótese, además, que la declaración del estado de alarma está sujeta a un deber de información equivalente al previsto en el art. 15.3 CEDH: el Gobierno debe dar cuenta inmediata al Congreso.

3ª. El art. 15 CEDH contempla, en principio, la posibilidad de suspender derechos que el art. 55 CE no permite suspender (v. gr., la libertad religiosa).

4ª. Al establecer que sólo se podrán adoptar medidas suspensivas «en la medida estricta en que lo exija la situación», el art. 15 CEDH indica claramente que esas medidas, al igual que las establecidas en situaciones ordinarias, deben respetar el principio de proporcionalidad.

5ª. El art. 116 CE ha sido desarrollado por una ley (la LOEAE) que regula con cierto detalle en qué supuestos, con qué alcance y bajo qué condiciones puede el Gobierno acordar medidas restrictivas de derechos en situaciones de emergencia. El art. 15 CEDH, en cambio, carece de un desarrollo legislativo análogo.

En segundo lugar, puede apreciarse que sólo diez Estados han notificado al Consejo de Europa, conforme a lo previsto en el art. 15.3 CEDH, la adopción de medidas «suspensivas» de derechos con ocasión de la COVID¹⁵⁶. Curiosamente, ningún Estado de Europa Occidental (salvo San Marino) lo ha hecho. Ni siquiera aquellos, como Italia, que impusieron un confinamiento domiciliario muy similar al establecido en España durante el primer estado de alarma.

En tercer lugar, debe resaltarse el hecho de que la praxis de los Estados y la jurisprudencia del TEDH han convertido en irrelevante el concepto de suspensión. Lo han «desactivado», al equipararlo a efectos prácticos con el de restricción. Como bien pone de manifiesto ESCOBAR ROCA, el canon utilizado por el TEDH para enjuiciar la compatibilidad de una suspensión con el CEDH ha ido acercándose al empleado respecto de las restricciones, hasta convertirse en «un control estricto, deferente pero no sustancialmente distinto al propio de las situaciones de normalidad», basado en el respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad¹⁵⁷. Lo mismo ha ocurrido con los preceptos equivalentes contenidos en otros tratados internacionales, como el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «aunque se afirma que la suspensión “es claramente distinta de las restricciones o limitaciones” de los derechos humanos, no se señalan las diferencias entre ambos conceptos». Y, en la práctica, «suspensión no sólo no implica “supresión”, sino que viene a ser equivalente a “restricción”, pues se [aplica] el mismo modelo de control de ésta»¹⁵⁸.

¹⁵⁶ A 3 de octubre de 2021, Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Letonia, Macedonia del Norte, Moldavia, Rumanía, San Marino y Serbia (<https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>).

¹⁵⁷ ESCOBAR ROCA (2021, p. 133).

¹⁵⁸ ESCOBAR ROCA (2021, p. 137).

«En definitiva –concluye ESCOBAR ROCA– no existe diferencia sustancial entre restricción y suspensión de derechos». Por ello, «incluso podría prescindirse del concepto sin demasiado problema, y resulta significativo que no aparezca en el último gran documento internacional de derechos humanos, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea»¹⁵⁹.

Este resultado que se ha consolidado en la práctica del Derecho internacional merece una valoración positiva, en la medida en que ha propiciado una mejor protección de los derechos fundamentales en situaciones de graves crisis, al dejar claro que también aquí las restricciones impuestas por las autoridades estatales deben respetar los principios de legalidad y, sobre todo, proporcionalidad. Luego veremos que este resultado práctico es el mismo al que conduce la interpretación cualitativa del concepto de suspensión a que se refiere el art. 55.1 CE¹⁶⁰, interpretación que defendemos.

4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza

a. *Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente*

A pesar de emplear la «diligencia exigible», los poderes públicos implicados –el Gobierno de España, el Congreso de los Diputados, las autoridades autonómicas, los Tribunales ordinarios, etc.– pueden equivocarse al aplicar las normas que, bajo ciertas condiciones, permiten utilizar determinados instrumentos jurídicos con el objeto de afrontar una crisis: estado de excepción, estado de alarma, medidas previstas en la legislación sanitaria, etc. Cuanto más vagas e indeterminadas sean esas normas, mayores serán la incertidumbre que conlleva su interpretación y el riesgo de cometer equivocaciones al aplicarlas.

Es posible que, de resultas de una equivocación tal, se utilice un instrumento que en el caso considerado resulta inadecuado o jurídicamente improcedente. Estos errores pueden tener consecuencias nefastas. Pueden, por ejemplo, propiciar que muchas personas sufran restricciones en su libertad arbitrarias o desproporcionadas, así como entorpecer inútilmente la adopción de medidas de protección de la vida de otras personas. En cualquier caso, cabe razonablemente estimar que la mera perspectiva de cometerlos puede producir un pernicioso efecto retardatorio o incluso paralizante sobre la decisión de la autoridad competente. Ese efecto será tanto más intenso cuanto mayor sea la incertidumbre interpretativa y más graves los perjuicios ocasionados por los posibles errores.

A fin de minimizar el riesgo de que se cometan tales equivocaciones, el contenido del concepto de «suspensión de derechos» del art. 55 CE (la realidad a la que se refiere esta expresión) debería tener un elevado grado de previsibilidad. Y no cabe duda de que este concepto resulta mucho más predecible con arreglo a la referida tesis cualitativa que de acuerdo con una tesis gradualista como la sostenida por la [STC 148/2021](#)¹⁶¹. Esta última obliga a fijar el umbral a partir del cual las restricciones de un derecho son «generalizadas» y alcanzan una «altísima intensidad» tal que deben considerarse suspensiones. Lo cual está muy lejos de ser una tarea sencilla y de resultados

¹⁵⁹ ESCOBAR ROCA (2021, p. 146).

¹⁶⁰ Vid. *infra*, 4.7.h.

¹⁶¹ Como advierte RIDAO (2021b), [«El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre»](#), *El País*, 9 de agosto de 2021.

fácilmente predecibles. Como advierte el Magistrado CONDE-PUMPIDO en su voto particular a la [STC 148/2021](#): «el canon establecido [por ésta] solo puede generar una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión» (§ 1); «tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación»; «no da certeza alguna... y se convierte en instrumental para permitir que este tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas... fueron inconstitucionales» (§ 5).

Adviértase, finalmente, que si el riesgo de cometer esos errores interpretativos es muy elevado, el Gobierno tenderá a decretar el estado de excepción ante la duda¹⁶², incluso en casos donde, en realidad, sería constitucionalmente lícito y más adecuado utilizar otras herramientas jurídicas, como el estado de alarma o las medidas previstas en la legislación sanitaria. Las tesis gradualistas, como la sostenida por la [STC 148/2021](#), aumentan así el riesgo que se declare indebidamente el estado de excepción, con todos los inconvenientes, problemas y peligros que ello conlleva, a los que nos referimos seguidamente.

b. *El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma*

Los defensores de las tesis gradualistas estiman que el estado de excepción es el «instrumento más tuitivo» de los derechos implicados, toda vez que su declaración requiere una previa autorización parlamentaria, a diferencia del estado de alarma, que puede ser decretado inmediatamente por el Gobierno¹⁶³.

Esta es la idea central que late en la [STC 148/2021](#). El Tribunal interpreta extensivamente el concepto de suspensión –es decir, el supuesto de hecho en el que sólo procede declarar el estado de excepción o sitio– porque implícitamente entiende –o pretexto– que este instrumento jurídico protege y garantiza mejor los derechos afectados que el de alarma, en la medida en que el primero debe contar con la previa autorización del Congreso, a diferencia del segundo, que sólo la necesita si el Gobierno pretende prolongarlo más de quince días. El Tribunal advierte que interpretar literalmente el concepto de suspensión:

«Implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados)... la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad... (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario)».

Esta idea resulta muy cuestionable por varias razones. Veámoslas.

¹⁶² En sentido similar, CONDE-PUMPIDO, en su voto particular (§ 5) a la [STC 148/2021](#).

¹⁶³ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, p. 90). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, p. 39); COTINO HUESO (2021, p. 30); CUENCA MIRANDA (2021, p. 15).

c. *El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción*

Los partidarios de las tesis gradualistas otorgan a esta autorización parlamentaria un valor superior al que seguramente ésta tiene en una situación de epidemia grave. De un lado, sobrevaloran sus beneficios tuitivos. De otro, soslayan o subestiman los costes que esa autorización conlleva para los derechos afectados.

Cabe pensar que esta intervención parlamentaria tiene, por lo general, un benéfico efecto tuitivo, al proteger los derechos afectados frente a posibles excesos y arbitrariedades gubernamentales. El hecho de que las restricciones impuestas por el Gobierno tengan que ser aprobadas previamente por la mayoría de los representantes directos del pueblo, a través de un procedimiento público, plural y deliberativo, seguramente reduce el riesgo de que dichas medidas resulten injustificadas. Ahora bien, la magnitud de la reducción de ese riesgo puede variar considerablemente en función de las circunstancias. Los beneficios de la intervención parlamentaria dependerán sobre todo de la capacidad que efectivamente tenga el Congreso para evaluar objetivamente las restricciones y tomar una decisión acertada. Cuanto mayor (menor) sea esa capacidad, más elevados (reducidos) serán tales beneficios.

Es muy razonable estimar que, en una epidemia grave, dicha capacidad tenderá a ser muy baja, en primer término, porque, como ya sabemos, una crisis tal puede obstaculizar seriamente el funcionamiento del Congreso y, en consecuencia, su capacidad para examinar rigurosamente las medidas solicitadas. En segundo lugar, es probable que, en este tipo de situaciones, los diputados apenas dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. En tales circunstancias, probablemente tenderán a mostrarse deferentes y autorizar dichas medidas, en atención a que el Gobierno está presumiblemente mejor situado que ellos para tomar una decisión acertada. Ello explicaría en gran medida por qué el estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 fue prorrogado once días después por la abrumadora mayoría del Congreso, con 321 votos a favor, 0 en contra y 28 abstenciones; y por qué todos los diputados que luego, el 28 de abril de 2020, lo recurrirían ante el Tribunal Constitucional votaron entonces a favor, suponemos que porque a la sazón consideraban que dicho Real Decreto se ajustaba a la Constitución; parece, pues, que incluso a ellos les costó varias semanas «valorarlo correctamente». También es muy significativo el hecho de que, en la autorización de las siguientes prórrogas, los debates parlamentarios apenas duraran un día o a veces medio y el número de enmiendas presentadas fuera sumamente escaso¹⁶⁴. Todo lo cual indica que el control ejercido por el Congreso fue muy liviano y superficial. En tercer lugar, el control resultará prácticamente ineficaz, por razones obvias, si el partido o la coalición política gubernamental cuenta con la mayoría parlamentaria.

La intervención previa del Congreso, por otro lado, puede ser enormemente costosa. Para que ésta cumpla efectivamente su función de control y protección, hace falta tiempo, el indispensable para que los diputados adquieran la información y los conocimientos que les permitan evaluar adecuadamente tanto la crítica situación como las propuestas formuladas por el Gobierno para afrontarla. Y el coste de oportunidad de ese tiempo, que se añade al que el Gobierno empleó antes para analizar la situación y preparar esas propuestas, puede ser extraordinariamente elevado, pues en el ínterin puede contagiarse mucha gente. En una grave pandemia, en la que es necesario

¹⁶⁴ CUENCA MIRANDA (2021, p. 22).

tomar urgentemente medidas de protección de la salud pública, el coste en vidas humanas y daños para la integridad física de las personas que conlleva esperar un tiempo considerable a que los diputados puedan efectuar dicha evaluación será normalmente excesivo. Seguramente por esta razón, ARAGÓN REYES afirma –de manera no muy coherente con su posición sobre la licitud del RD 463/2020– que «cabe formular un principio general: las medidas excepcionales deben adoptarse lo más inmediatamente posible al surgimiento de la situación de riesgo que las habilita»¹⁶⁵. No podemos estar más de acuerdo.

Precisamente por esa y otras razones, y como la propia [STC 148/2021](#) reconoce, tanto los constituyentes como los artífices de la LOEAES estimaron que el estado de emergencia más adecuado para luchar contra una grave epidemia era el de alarma, no el de excepción.

d. El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción

Para evaluar en su justa medida la autorización parlamentaria requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos ha de repararse asimismo en otra circunstancia, sobre la que la [STC 148/2021](#) guarda silencio: la prórroga del estado de alarma está sujeta también a esa misma garantía¹⁶⁶. De hecho, el Congreso autorizó por amplias mayorías cada una de las seis prórrogas quincenales de que fue objeto el estado de alarma declarado por el RD 463/2020.

PASQUAU LIAÑO estima que «un estado de alarma prorrogado por el Congreso tiene un “efecto equivalente” a un estado de excepción, pues ya no es una decisión unilateral del Gobierno, que es justamente lo que distingue una cosa y otra»; «una vez obtenida la autorización del Congreso para su prórroga, [queda] cubierta la garantía de control parlamentario». De esta «equivalencia» se derivaría una importante consecuencia práctica: «la tacha de inconstitucionalidad que ha apreciado el Tribunal Constitucional debería ir referida a los primeros quince [en realidad, fueron once] días del estado de alarma [anteriores a su primera prórroga]; «sería defendible afirmar... que la medida quedó regularizada constitucionalmente a partir de su primera prórroga, que sí contó con dicha aprobación del Congreso»¹⁶⁷.

En sentido similar, XIOL RÍOS señala en su voto particular (§§ 42-47) a la [STC 148/2021](#) que, desde el momento en el que el Congreso autorizó la primera prórroga del estado de alarma, las medidas restrictivas impuestas cumplían las exigencias que la Constitución impone para suspender derechos fundamentales, aunque fueran previstas por una norma que declaró el estado de alarma y no el de excepción. Y aquí la denominación resulta irrelevante. «Los actos jurídicos han de calificarse de acuerdo con su naturaleza, no con el nombre que se les otorgue». Es más, en su opinión cabría sostener incluso que esta intervención parlamentaria «subsano en origen el vicio en el que, según sostiene la mayoría, incurrió el Gobierno al dictar esta norma sin la previa autorización del Congreso de los Diputados». Al prorrogar las medidas suspensivas de derechos, el Congreso «las hizo suyas en su integridad», «corrigió el defecto inicial» en el que había incurrido el Gobierno al dictarlas y las «convalidó».

¹⁶⁵ ARAGÓN REYES (2020a, p. 2).

¹⁶⁶ En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), «a partir de la prórroga del estado de alarma, sus garantías procedimentales se igualan con las del estado de excepción».

¹⁶⁷ PASQUAU LIAÑO, «La “alarma”, la “excepción” y la “autoridad”», *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

La [STC 148/2021](#), sin embargo, no se pronuncia sobre esta cuestión, ni tampoco razona por qué la invalidez de los preceptos del RD 463/2020 que establecían medidas suspensivas de derechos determina necesariamente también la de sus prórrogas. Simplemente lo afirma apodóticamente, como si fuera obvio. XIOL indica, a modo de explicación, que «instituciones clásicas en el Derecho público, como la convalidación de los actos, maridan mal con las concepciones del Derecho de carácter esencialista y formalista, proclives a dar un valor absoluto a cualquier atisbo de nulidad».

Nuestra opinión en este punto es parecida a las de PASQUAU y XIOL. Hay que tener en cuenta cuáles son los vicios de inconstitucionalidad que la [STC 148/2021](#) aprecia en algunas disposiciones del RD 463/2020 y, por lo tanto, cuál es el interés constitucionalmente protegido que éstas lesionaron. Sólo estaría justificado considerar inconstitucionales las prórrogas del RD 463/2020 si los vicios de que éste padecía hubieran afectado también a aquéllas o, dicho de otra manera, si las prórrogas hubieran menoscabado igualmente las garantías constitucionales que dicho decreto eludía. Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe entender que esto haya ocurrido, en principio.

La [STC 148/2021](#) declaró inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020, por cuanto esta habilitación permitía agravar dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de comunicar inmediatamente la declaración del estado de alarma al Congreso con el fin de que éste pueda ejercer su función de control político. Creemos que aquí podía haberse hecho una interpretación conforme con la Constitución del art. 10.6 RD 463/2020. Hubiera sido razonable declarar que la habilitación se entendía sin perjuicio del deber del Gobierno de dar cuenta inmediata al Congreso de las modificaciones correspondientes, a fin de que éste pudiera controlarlas.

El confinamiento domiciliario se consideró inconstitucional por constituir una suspensión de la libertad de circulación, que no podía ser impuesta en un estado de alarma. Al utilizar un instrumento equivocado, el Gobierno omitió las dos grandes garantías constitucionalmente previstas para suspender derechos a través del estado de excepción: la previa autorización del Congreso y los sesenta días de duración máxima.

Sin embargo, todos los decretos que prorrogaron el estado de alarma cumplieron ambas garantías. A diferencia del RD 463/2020, cada uno de ellos se dictó en virtud de una previa resolución del Congreso de los Diputados por la cual se autorizaba la imposición de ciertas restricciones durante un periodo de tiempo inferior a treinta días¹⁶⁸. Se respetó así la garantía de la «previa autorización de la representación popular» requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos.

Debe resaltarse que la intervención del Congreso por la que se autoriza la prórroga del estado de alarma no es menos «garantista» que su intervención requerida para declarar el estado de excepción. Los requisitos, el procedimiento, el alcance del control y los efectos jurídicos de los dos tipos de resoluciones parlamentarias son equivalentes, sin perjuicio de las puntualizaciones

¹⁶⁸ Vid., por ejemplo, la [Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#)).

que luego haremos. El procedimiento parlamentario que ha de seguirse para prorrogar el estado de alarma es exactamente el mismo que el contemplado para declarar y prorrogar el estado de excepción (art. 163.1 del [Reglamento del Congreso](#)). Y, en ambos casos, el Congreso tiene idéntico margen de maniobra para determinar el alcance y los efectos de las restricciones impuestas.

Conviene, no obstante, hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, el art. 116.3 CE establece que la autorización parlamentaria para declarar el estado de excepción «debe determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración». En cambio, esa determinación expresa no se requiere para prorrogar el estado de alarma. El art. 6.2 LOEAES simplemente dispone que en este último supuesto el Congreso «podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga». Con todo, hay que poner de relieve que las seis resoluciones parlamentarias por las que se autorizaron las prórrogas determinaron expresamente sus efectos, alcance territorial y duración, si bien algunas de esas determinaciones expresas se hicieron por remisión: el Congreso precisó esos extremos asumiendo de manera explícita las disposiciones del estado de alarma objeto de prórroga y, en su caso, especificando las modificaciones introducidas¹⁶⁹. Cabe entender, obviamente, que semejante determinación expresa por remisión constituye una determinación expresa a los efectos del art. 116 CE, principalmente porque garantiza en la misma medida los derechos constitucionales afectados.

En segundo lugar, según hemos visto, de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES se desprende claramente que sólo cabe prorrogar por una vez el estado de excepción, cuya duración total, sumadas la de su vigencia inicial y la de su prórroga, no puede superar sesenta días. Ni la CE ni la LOEAES, por el contrario, limitan explícitamente el número de prórrogas de las que es susceptible el estado de alarma, ni tampoco su duración total. De hecho, el declarado en marzo de 2020, tras ser prorrogado en seis ocasiones, tuvo una vigencia de noventa y nueve días.

Cabe sostener, por consiguiente, que el Tribunal Constitucional debía haber «convertido» al menos la primera y la segunda prórrogas del primer estado de alarma en la declaración y la prórroga de un estado de excepción, habida cuenta de que aquellas disposiciones gubernamentales cumplían todos los requisitos de validez establecidos por el ordenamiento jurídico para los actos por los que se declara y prorroga el estado de excepción.

No hubiera sido, ni mucho menos, la primera vez que el Tribunal lleva a cabo una conversión semejante, consistente en dar al acto jurídico enjuiciado una calificación, con arreglo a la cual éste es válido, distinta de la que le dio su propio autor, de acuerdo con la cual el acto es inválido. Cabe mencionar, a título de ejemplo, algunos casos en los que el Estado estableció un precepto con carácter de legislación básica, aplicable tanto al Estado como a las Comunidades autónomas, pero se excedió de lo que en la materia correspondiente constituyen las bases con arreglo a la Constitución. En tales casos, el Tribunal no suele declarar la nulidad del precepto en cuestión, sino que se limita a declarar que éste vulnera el orden constitucional de competencias. Es decir, el Tribunal «convierte» una norma jurídica básica, vinculante para el Estado y las Comunidades autónomas, en una norma no básica, que vincula al primero y que sólo se aplica a las segundas con carácter supletorio¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, la citada Resolución del Congreso de 25 de marzo de 2020.

¹⁷⁰ Vid., por ejemplo, las SSTC [50/1999, de 6 de abril](#), y [55/2018, de 24 de mayo](#).

También en otros ámbitos del Derecho público encontramos casos de conversión parecidos. El [art. 50 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común](#), rotulado «conversión de actos viciados», dispone que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste»¹⁷¹.

La conversión puede considerarse un caso particular de aplicación del llamado principio de interpretación de las normas conforme con el ordenamiento jurídico¹⁷². Si una disposición es susceptible de dos o más interpretaciones (y calificar una norma es una de las operaciones que ha de llevarse a cabo para interpretarla), hay que descartar aquellas con arreglo a las cuales la disposición es inválida y escoger alguna conforme a las cuales es válida. La justificación de este canon interpretativo reside en que permite conservar, hasta cierto punto, el efecto práctico perseguido por el autor de la norma al dictarla y, por ende, satisfacer los intereses legítimos en juego mejor de lo que los satisfaría una anulación total.

En el caso aquí considerado, invalidar íntegramente las restricciones y sanciones impuestas durante las sucesivas prórrogas del estado de alarma podría, cuando menos, minar los incentivos que en el futuro los ciudadanos tendrán para respetar restricciones análogas, lo cual entraña un riesgo para la salud pública que conviene enervar.

Por lo demás, conviene señalar dos diferencias existentes entre nuestra posición y la sostenida por XIOL RÍOS en su voto particular a la [STC 148/2021](#). La primera es una *technicality*. A nuestro juicio, no nos encontramos aquí ante una convalidación, sino ante una «conversión», fenómeno que, como el propio XIOL apunta, consiste en dar a un acto una calificación jurídica conforme a la cual ese acto es válido y distinta de la que le dio su autor, con arreglo a la cual era inválido. No creemos que pueda afirmarse que la intervención del Congreso «convalidó» los preceptos del primer estado de alarma que suspendían derechos. Lo que podemos sostener es que, prorrogados estos preceptos previa autorización del Congreso, la prórroga cumplía todos los requisitos constitucionalmente previstos para declarar el estado de excepción y, por lo tanto, podía ser considerada como –o «convertida» en– una declaración tal.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acabamos de señalar, estimamos que esta «conversión» no tuvo efectos retroactivos y, por lo tanto, no dio cobertura a las situaciones jurídicas surgidas al amparo de los preceptos en cuestión durante sus primeros once días de vigencia. Las normas jurídicas no tienen efecto retroactivo a menos que dispongan lo contrario (art. 2.3 Código civil). Y ni los decretos por los que se acordaron las prórrogas ni las previas resoluciones del Congreso dispusieron su retroactividad. En cualquier caso, no cabe sostener que las sanciones impuestas durante esos once días al amparo de los preceptos luego declarados inconstitucionales fueron objeto de una convalidación retroactiva, pues ésta vulneraría el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (art. 25.1 CE)¹⁷³.

¹⁷¹ Sobre esta figura, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 497-511; ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid, 2012.

¹⁷² Reflejado, por ejemplo, en los arts. 5.1 y 5.3 de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial](#).

¹⁷³ Vid., *mutatis mutandis*, las SSTC [29/1989, de 6 de febrero](#), y [45/1994, de 15 de febrero](#); DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 417, 455-465).

e. *El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas*

La interpretación gradualista amplía el conjunto de situaciones en las que es necesario declarar el estado de excepción. Ello tiene, ciertamente, un efecto tuitivo que, en principio, ha de considerarse positivo: el Gobierno sólo podrá adoptar las medidas que la mayoría del Congreso considere apropiadas, tras el correspondiente debate parlamentario. Pero también conlleva un grave riesgo. En un estado de excepción cabe imponer las mismas restricciones admisibles en un estado de alarma (art. 28 LOEAES) y, además, otras mucho más intensas, tales como: la detención de personas (art. 16); la realización de inspecciones y registros domiciliarios (art. 17); la intervención de las comunicaciones (art. 18); la intervención y el control de transportes (art. 19); la suspensión de publicaciones (art. 21); la prohibición de algunas reuniones y manifestaciones (art. 22); la prohibición de huelgas y medidas de conflicto colectivo (art. 23), etc. Ello puede propiciar que el Gobierno «aproveche la ocasión» para solicitar y obtener del Congreso el aval que le permita tomar medidas restrictivas de la libertad que en realidad son excesivas y que no hubiera podido acordar en un estado de alarma. Este riesgo resultará especialmente elevado si concurren circunstancias que dificultan, debilitan o minan la calidad del control previo ejercido por el Congreso, lo cual es relativamente probable que ocurra en una grave pandemia. Nos remitimos a lo señalado anteriormente¹⁷⁴.

f. *Riesgo de desprotección de la vida y la salud*

Una de las grandes diferencias existentes entre los estados de alarma y excepción tiene que ver con su duración. Ni la Constitución ni la LOEAES han querido limitar con exactitud el número de veces que se puede prorrogar el estado de alarma, ni tampoco la duración máxima de sus prórrogas¹⁷⁵. Aquí el único límite es el establecido con carácter indeterminado para todos los estados de emergencia: su duración será la estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOEAES). En cambio, la Constitución ha establecido un límite temporal bien preciso para el estado de excepción: éste sólo puede durar un máximo de treinta días y ser prorrogado una única vez por otro plazo igual (arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES).

Con este umbral infranqueable, la Constitución ha querido limitar el riesgo de que el Gobierno incurra en excesos o arbitrariedades al imponer restricciones de derechos de una extraordinaria intensidad, sin sujeción al control de los Tribunales ordinarios y sin necesidad de respetar garantías básicas de los derechos de los ciudadanos (v. gr., ciertas reglas de procedimiento). Cabe razonablemente estimar que: (i) sesenta días son suficientes para resolver la gran mayoría de las graves crisis de orden público para las que el estado de excepción estaba pensado y configurado por los constituyentes y los artífices de la LOEAES; y (ii) que suspender derechos fundamentales por más de sesenta días para resolver este tipo de crisis resulta inaceptable.

La Constitución tenía al menos dos buenas razones para hacer aquí una diferencia y permitir que el estado de alarma pudiera alargarse más allá de esos sesenta días. La primera es que el riesgo de abusos y arbitrariedades gubernamentales seguramente resulta, *ceteris paribus*, más elevado

¹⁷⁴ *Supra*, 4.7.c).

¹⁷⁵ En el mismo sentido, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 78); y, más extensamente, DOMÉNECH PASCUAL (2020b), [«La discutible prórroga del estado de alarma»](#), *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020. En contra, ARAGÓN REYES (2020a, pp. 3 y 4); CUENCA MIRANDA (2021, p. 18).

en el estado de excepción que en el de alarma. De un lado, porque las potestades que el Gobierno puede ejercer son mucho más amplias, incisivas y peligrosas en el primero que en el segundo. De otro lado, porque, transcurrido aquel plazo, las garantías dirigidas a prevenir dicho riesgo son idénticas en ambos casos: si el Gobierno pretende prolongar el estado de alarma más allá de quince (y, por tanto, también más allá de sesenta) días, deberá contar igualmente con la autorización previa del Congreso. La segunda razón es que, a la vista de la experiencia, resulta altamente probable que las crisis para cuya resolución está pensado el estado de alarma («catástrofes naturales o tecnológicas») y, por ende, la necesidad de los poderes gubernamentales extraordinarios asociados a éste duren más de dos meses. Las epidemias (piénsese en la gripe española y la COVID-19) y los accidentes nucleares graves constituyen claros ejemplos¹⁷⁶.

Pues bien, al interpretar extensivamente el concepto de suspensión y, con ello, forzar la aplicación del estado de excepción en casos para los que éste no está constitucional ni legislativamente diseñado, la [STC 148/2021](#) sienta una doctrina que puede tener consecuencias nefastas en futuras «catástrofes naturales o tecnológicas». A menos que se reforme la Constitución en este punto (suceso altamente improbable), dicha doctrina impedirá que, en estas situaciones críticas, el Gobierno adopte excepcionalmente medidas que supongan una restricción de derechos generalizada, de altísima intensidad y de duración superior a sesenta días, aun cuando éstas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger derechos o intereses de capital importancia, como la vida de las personas. Según advierte el Magistrado XIOL RÍOS en su voto particular (§ 47), «esta concepción supone dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que [tengan] una duración superior a sesenta días y [exijan] adoptar medidas que [conlleven] intensas limitaciones de derechos fundamentales».

Este serio problema práctico no ha sido abordado por la [STC 148/2021](#), que aquí guarda un llamativo silencio, pero sí por algunos de los autores que han salido en su defensa. ARAGÓN REYES, por ejemplo, estima que «el hecho de que el estado de excepción sólo pueda declararse por un máximo de 30 días y prorrogarse una sola vez por otros 30, no impide que, si pasado ese plazo máximo la situación continúa, pueda declararse un nuevo estado de excepción. Lo contrario supondría una interpretación absurda que dejaría al Estado inerte para seguir actuando si el supuesto de hecho persiste»¹⁷⁷.

Esta «tortuosa interpretación» con la que se intenta «esquivar» el art. 116.3 CE¹⁷⁸ es inaceptable. En primer lugar, porque contraviene claramente el tenor literal y el espíritu de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES. Este último precepto dispone que «si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días». Es decir, «si la situación continua», lo que la LOEAES permite hacer al Gobierno no es declarar un «nuevo» estado de excepción, sino solicitar del Congreso su prórroga. Además, la interpretación propuesta por ARAGÓN REYES contraviene palmariamente el sentido del art. 116.3 CE, en tanto en cuanto la vacía de cualquier efecto práctico. Es evidente que la finalidad de este precepto es limitar de manera

¹⁷⁶ En sentido similar, vid. el voto particular (§ 11) de XIOL RÍOS a la [STC 148/2021](#).

¹⁷⁷ ARAGÓN REYES (2021), «[El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma](#)», *El País*, 4 de agosto de 2021. Esta solución ya había sido defendida en general (no en consideración específica a una situación de epidemia grave) por CRUZ VILLALÓN (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, p. 91.

¹⁷⁸ En palabras de OLLERO TASSARA, en su voto particular (§ 3) a la [STC 148/2021](#).

precisa, mediante un umbral exacto e infranqueable, el periodo de tiempo durante el cual el Gobierno, con la autorización del Congreso, puede, excepcionalmente, restringir de manera extraordinariamente intensa e incluso suspender derechos fundamentales. Si aceptáramos la interpretación de ARAGÓN REYES, ese límite temporal desaparecería *de facto*. El Gobierno y el Congreso podrían extender dicho periodo más allá de sesenta días. Obsérvese, además, que la declaración de un estado de alarma y su prórroga (i) producen los mismos efectos jurídicos, con la única salvedad de que la prórroga no puede ser prorrogada, y (ii) están sujetas a «los mismos requisitos» (art. 116.3 CE). *Ergo* son lo mismo, *de iure* y *de facto*, al margen de que su nombre difiera. El Gobierno incurriría en un evidente fraude si, con la autorización del Congreso, estableciera lo que, a todos los efectos, no es otra cosa que una nueva prórroga de un estado de excepción utilizando simplemente la triquiñuela de llamarla «nuevo estado de excepción». Como en otros tantos casos, la naturaleza jurídica de los actos jurídicos, especialmente en el ámbito público, no depende de cómo los denominen sus autores, sino de su contenido y efectos.

En segundo lugar, ARAGÓN REYES nos presenta el problema como si fuera un dilema interpretativo en el que sólo hay dos alternativas posibles: o bien el Gobierno y el Congreso contravienen el art. 116.3 CE para seguir protegiéndonos con medidas proporcionadas en una situación crítica, o bien respetan el art. 116.3 CE a costa de dejarnos desprotegidos. Planteado así el problema, cualquier persona sensata escogería la primera opción, que es el mal menor. Mejor ignorar la Constitución que dejar que la gente muera.

La pega de ese razonamiento es que hay una tercera alternativa. Sólidos argumentos apoyan la tesis de que las medidas enjuiciadas no constituyen una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE y, por lo tanto, sí pueden ser válidamente adoptadas en un estado de alarma, que puede prolongarse más de dos meses. Esta interpretación literal, originalista, sistemática, realista y pragmática del término suspensión permite eludir los dos males a los que nos enfrenta, ineluctablemente, la doctrina sentada por la [STC 148/2021](#). Esta tercera alternativa, al igual que la postulada por ARAGÓN REYES, permite que el Gobierno, previa autorización del Congreso, imponga medidas que restringen derechos de manera muy intensa, generalizada y proporcionada durante más de sesenta días, con el objeto de proteger a los ciudadanos en ciertas situaciones críticas. Y esta interpretación, a diferencia de la de ARAGÓN REYES, nos ahorra el espectáculo de que el Gobierno, el Congreso y, en su caso, los Tribunales se vean forzados a contravenir un tajante mandato constitucional, con el notable perjuicio que una contravención tal implica para la seguridad jurídica y la credibilidad de los poderes públicos.

g. ¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?

La doctrina sentada por la [STC 148/2021](#) implica que, mientras el Tribunal Constitucional no la rectifique o no se reforme la Constitución, las crisis sanitarias para cuya resolución haga falta tomar medidas que restringen derechos «de manera generalizada y con una altísima intensidad» deberán ser gestionadas centralizadamente, de modo conjunto por el Gobierno de España y el Congreso de los Diputados, a través de un estado de excepción o, en su caso, de sitio.

Este problema será tanto más grave cuanto más extensivamente se interprete la expresión «restricción generalizada y de altísima intensidad», que define el concepto de suspensión de derechos. Y la enorme indeterminación de esta expresión propiciará que, en caso de duda, el

Gobierno recurra al estado de excepción¹⁷⁹, aun en los casos en los que lo más apropiado y eficiente sería afrontar la crisis de manera descentralizada, con los instrumentos previstos en la legislación sanitaria –esperemos que adecuadamente remozada–.

Más arriba hemos expuesto las razones por las que cabe sostener que este modelo centralizado no es o no tiene por qué ser necesariamente siempre el más adecuado para gestionar una crisis sanitaria grave en un estado descentralizado como el español, en el que las competencias sanitarias ordinarias, así como los conocimientos, experiencia y recursos asociados a ellas, están en manos de las Comunidades autónomas desde hace décadas¹⁸⁰. Añadamos ahora algunas observaciones.

TAJADURA TEJADA (2021, p. 150) denuncia que la gestión descentralizada de la pandemia ha generado «un escenario de arbitrariedad –incompatible con el Estado de Derecho– en el que, en muchas ocasiones, Comunidades Autónomas con situación sanitaria y epidemiológica mejor que otras han establecido limitaciones de derechos más estrictas que las vigentes en otras con peor situación»¹⁸¹.

En nuestra opinión, la diversidad de estas medidas, fruto inevitable de la descentralización del poder de acordarlas, no es intrínsecamente negativa ni positiva. Depende. Es posible que algunas divergencias estén justificadas en atención a que las circunstancias son diferentes en distintas Comunidades. Y, en este punto, hay que resaltar que los «sanitarios y epidemiológicos» no son los únicos datos relevantes para determinar qué medidas conviene adoptar. También hay que ponderar otros factores, tales como, por ejemplo, el coste de las medidas en cuestión o las preferencias de los ciudadanos, que pueden variar mucho en función del tejido económico y social de cada territorio. No es lo mismo cerrar establecimientos hoteleros en Soria que hacerlo en Mallorca. Otras divergencias, en cambio, deben valorarse negativamente, por cuanto son fruto de la descoordinación, los errores cometidos por algunas autoridades al examinar los hechos, sus sesgos, etc. Para evaluar la diversidad resultante de la descentralización habrá que ver, pues, si las divergencias positivas compensan o no las negativas.

Por otra parte, también la centralización genera un riesgo análogo: el de la «uniformidad arbitraria». La autoridad central tenderá seguramente a establecer las mismas medidas para todo el territorio nacional, aun cuando las circunstancias sanitarias, epidemiológicas, económicas y sociales sean muy distintas en sus distintas partes. No olvidemos que las disposiciones que más gravemente han limitado nuestra libertad durante la pandemia se establecieron y aplicaron, durante el primer estado de alarma, de manera estrictamente uniforme en todo el Estado, sin tener en cuenta que había enormes diferencias territoriales en cuanto a la incidencia del virus y otros factores relevantes. No es ni mucho menos descartable que millones de españoles, que vivían en zonas donde el riesgo de contagio era muy bajo, sufrieran como consecuencia de esa uniformidad restricciones injustificadas por excesivas.

La uniformidad tiene un lado positivo, por cuanto evita las divergencias indeseables que generaría la descentralización, pero también un lado negativo. La uniformidad puede obedecer a que la autoridad central no ha sido capaz de ver o, por cualquier motivo, no ha ponderado

¹⁷⁹ *Supra*, 4.7.a.

¹⁸⁰ *Supra*, 3.2.d, 3.5 y 3.9.

¹⁸¹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 150).

debidamente que las situaciones diferían en distintas partes del territorio y requerían un tratamiento diferente. La uniformidad impide comparar los resultados de distintas regulaciones y obtener información valiosa acerca de cuáles son preferibles. Además, la autoridad central también puede cometer errores o incurrir en sesgos al decidir, etc.

No podemos analizar aquí todas las ventajas y desventajas prácticas de la descentralización (y su corolario, la diversidad regulatoria) frente a la centralización (y la uniformidad) en la gestión de epidemias, así como las variables de las que dependen unas y otras. Parece claro, en cualquier caso, que el grado óptimo de descentralización estará en función de si y en qué medida las autoridades territoriales estén mejor o peor situadas que la central para establecer las regulaciones consideradas en cada caso.

h. La desactivación del concepto de suspensión

DÍAZ REVORIO achaca a la interpretación cualitativa del concepto de suspensión que la misma conduciría «ineludiblemente a la “desactivación”» de esta categoría constitucional¹⁸². Si aceptáramos tal tesis, la suspensión «sería prácticamente un imposible [y] la previsión constitucional del artículo 55.1 carecería de sentido»; «esta tesis desdibuja tanto la categoría de la suspensión de derechos que la hace prácticamente inútil, innecesaria, o vacía de contenido»¹⁸³. La consecuencia de esta «desactivación» sería que «medidas que pueden afectar al contenido esencial de un derecho, o que lo desfiguran hasta el punto de no hacerlo reconocible» podrían adoptarse sin cumplir los «procedimientos y garantías necesarios para la suspensión»¹⁸⁴.

Coincidimos con este autor en que la tesis cualitativa del concepto de suspensión conduce a una cierta irrelevancia práctica o «desactivación» de esta categoría. En primer lugar, porque es difícil imaginar que bajo cualquiera de los estados de emergencia previstos en el art. 116 CE el Gobierno adopte medidas que supriman total y absolutamente derechos constitucionales. En segundo lugar, resulta complicado que una supresión tal pueda superar el test de proporcionalidad que, según ha declarado TEDH, también hay que aplicar en situaciones de emergencia¹⁸⁵. En tercer lugar, una supresión total vulneraría seguramente los artículos de la LOEAES que regulan las medidas que cabe acordar en los estados de excepción y sitio, pues estos preceptos no permiten al Gobierno eliminar enteramente todas las garantías y facultades que forman parte del contenido del derecho en cuestión.

Sin embargo, no nos parece que esta «desactivación» resulte constitucionalmente problemática. Al contrario, estimamos que merece un juicio positivo, en atención a las consecuencias que de ella se derivan para la satisfacción real y efectiva de los principios constitucionales en juego.

El art. 55.1 CE contempla la posibilidad de que ciertos derechos sean suspendidos –en el sentido de la referida tesis cualitativa– en los estados de excepción y sitio, pero no garantiza esa posibilidad. No obliga al legislador orgánico a otorgar al Gobierno el poder de derogar totalmente esos derechos en tales estados. La LOEAES puede encauzar, atenuar, limitar, graduar e incluso

¹⁸² DÍAZ REVORIO (2021, p. 11).

¹⁸³ DÍAZ REVORIO (2021, pp. 24 y 25).

¹⁸⁴ DÍAZ REVORIO (2021, pp. 41 y 25).

¹⁸⁵ Vid. *supra*, 4.6.

eliminar ese poder suspensivo, en atención al principio de proporcionalidad. Y eso es lo que ha hecho la LOEAES, que seguramente estimó que no estaba justificado otorgar dicho poder al Gobierno para afrontar las situaciones extraordinarias correspondientes. Si bien la Constitución permite llegar hasta la eliminación transitoria total de ciertos derechos, la LOEAES ha preferido que sólo se les pueda inferir un sacrificio menor¹⁸⁶. Ha sido la LOEAES la que ha «desactivado» el concepto constitucional de suspensión, así entendido.

No es la primera vez que pasa algo similar. Por ejemplo, el art. 15 CE contempla la posibilidad de que las leyes militares prevean la pena de muerte para tiempos de guerra, pero no obliga a ello. El legislador puede, por lo tanto, desactivar esa posibilidad. Y eso es lo que hizo la [Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra](#).

En los epígrafes anteriores hemos analizado las consecuencias que, para la satisfacción de los principios constitucionales implicados, se desprenden de la tesis cualitativa (y también de la gradualista) y, por lo tanto, también de la desactivación (o no desactivación) del concepto de suspensión de derechos. Creemos haber puesto de manifiesto que aquí las ventajas de la tesis cualitativa –y de su corolario, la referida desactivación– superan ampliamente a sus desventajas. Esta tesis nos ahorra enormes incertidumbres interpretativas y el grave riesgo de que se cometan errores en la elección del instrumento jurídico pertinente. Y, sobre todo, permite proteger de una manera más apropiada todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos afectados.

A las razones ya expuestas añadimos ahora otra. La referida desactivación del poder suspensivo efectuada por la LOEAES refuerza una idea que no está muy clara ni en la doctrina española ni en la [STC 148/2021](#)¹⁸⁷: la de que las medidas restrictivas de derechos que el Gobierno puede adoptar en los estados de emergencia, también en los de excepción y sitio, deben respetar sustancialmente los mismos dos grandes límites aplicables a todas las medidas restrictivas de derechos, hayan sido tomadas en esos estados o fuera de ellos: los principios de legalidad y proporcionalidad.

Recordemos que éste es también el resultado que se ha impuesto en la práctica del Derecho internacional y, en particular, en la jurisprudencia del TEDH. También aquí el concepto de suspensión ha sido desactivado; se ha vuelto irrelevante y prescindible. A efectos prácticos, no hay diferencia sustancial entre suspender un derecho y restringirlo. En ambos casos, el Estado debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad¹⁸⁸. Tomemos nota.

5. Conclusiones

En este trabajo analizamos las dos cuestiones jurídico-constitucionales más relevantes y controvertidas que en España ha suscitado la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las medidas restrictivas de

¹⁸⁶ Así lo han advertido REQUEJO RODRÍGUEZ (2018, pp. 1523 y 1528) y VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90).

¹⁸⁷ Como advierte TERUEL LOZANO (2021a), [«Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional»](#), *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

¹⁸⁸ *Supra*, 4.6.

derechos impuestos por el Gobierno en marzo de 2020 podían acordarse válidamente en un estado de alarma o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción.

En el trabajo exponemos las razones por las cuales hay que responder afirmativamente a ambas cuestiones, desde una visión pragmática del Derecho, atenta sobre todo a las consecuencias prácticas que para todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos se derivan de las distintas interpretaciones en liza. Una visión que confiere también una gran importancia al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes parlamentarios, contexto, espíritu y finalidad y a la realidad social del tiempo en el que dichos preceptos han de ser aplicados, en la medida en que ignorar estos criterios interpretativos puede tener consecuencias prácticas indeseables.

En el trabajo también analizamos críticamente los argumentos que se han dado en sentido contrario desde una perspectiva dogmática, basada en ideas preconcebidas o tópicos afirmados de manera inflexible, apodíctica o incluso circular. Una perspectiva formalista y poco atenta a la realidad, que tiende a desconocer no sólo las consecuencias prácticas que pueden desprenderse de las posibles interpretaciones, sino a veces también el tenor literal de los preceptos jurídicos aplicables, sus antecedentes, contexto, espíritu y finalidad.

La referida manera pragmática de ver y resolver problemas jurídicos como el analizado en este trabajo tiene al menos tres grandes ventajas sobre un enfoque dogmático. La primera es que es más respetuosa con los criterios establecidos en nuestro Derecho positivo (art. 3 del Código civil), con arreglo a los cuales hay que interpretar las normas jurídicas.

La segunda es que el método pragmático tiende a engendrar interpretaciones y soluciones jurídicas que producen mejores resultados prácticos, que satisfacen en mayor medida el conjunto de los derechos e intereses legítimos afectados. Es razonable pensar que cuanto más rigurosamente analice un intérprete –supongamos que benevolente– los resultados prácticos esperables de cada una de las posibles interpretaciones de un precepto legal y más los tenga en cuenta a la hora de escoger una de ellas, más probable será que la seleccionada maximice efectivamente la satisfacción de aquellos derechos e intereses. Cuanto más se ignoren los posibles efectos reales de interpretar de una manera u otra la ley y menos se tengan en consideración éstos, mayor será el riesgo de hacer interpretaciones y, a la postre, tomar decisiones de consecuencias prácticas perjudiciales para el conjunto de las personas concernidas.

En tercer lugar, el método pragmático es menos manipulable. Ningún criterio interpretativo permite evidenciar siempre, con absoluta certeza y pleno poder de convicción para todas las personas, cuál es la solución correcta de un problema jurídico. Tampoco ninguno es inmune a las influencias indeseables que sobre los intérpretes y sus interpretaciones pueden ejercer diversos factores: su ideología política, sus intereses crematísticos, las presiones sociales, diversos sesgos psicológicos, etc. Sin embargo, ello no significa que todos los métodos sean equivalentes a este respecto. Cabe pensar que los resultados del método pragmático son tendencialmente menos influenciados por esos factores que los del método dogmático. La explicación es sencilla. En el primer caso, la realidad y el conocimiento empírico juegan un papel decisivo en la actividad interpretativa. Las normas se interpretan teniendo en cuenta, sobre todo, qué efectos reales observables pueden tener en la práctica las alternativas interpretativas consideradas. Y la realidad es, ciertamente, manipulable, pero seguramente menos que las ideas preconcebidas, las afirmaciones apodícticas, las apelaciones a la intuición, los razonamientos circulares y los

apriorismos característicos del método dogmático. Para éste no hay prácticamente nada imposible.

6. Bibliografía

Hugo A. ACCIARRI y Fernando TOHMÉ (2010), *Redundancy of legal rules*, disponible en <https://lawcat.berkeley.edu/record/512727>.

César AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 47-60.

Jean-François AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg.

Benito ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en Luis LÓPEZ GUERRA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 233-246.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Ana SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.

María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 209-248.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, Flor ARIAS APARICIO y Enrique HERNÁNDEZ DÍEZ (2020), *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid.

Carlos Alberto AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 66-77.

Manuel ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Manuel ARAGÓN REYES (2020b), [«Hay que tomarse la Constitución en serio»](#), *El País*, 9 de abril de 2020.

Manuel ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32.

Manuel ARAGÓN REYES (2021), [«El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma»](#), *El País*, 4 de agosto de 2021.

Antonio ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 87-106.

Mariano BACIGALUPO (2020), [«A vueltas con la licitud del confinamiento»](#), *Infolibre*, 15 de abril de 2020.

José María BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, Civitas, Madrid.

José María BAÑO LEÓN (2020), [«Confusión regulatoria en la crisis sanitaria»](#), *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020, luego publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 209, 2020, pp. 11-22.

Javier BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52.

Francisco J. BASTIDA FREIJEDO (2020), [«La cuarentena de los derechos»](#), *La Nueva España*, 5 de abril de 2020.

Miguel Ángel BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

Ángel CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021.

Josefa CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124.

Marc CARRILLO (2020), [«Los derechos en tiempo de pandemia»](#), *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Encarnación CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, pp. 221-237.

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Antonio CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

César CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-78.

Lorenzo COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020.

Lorenzo COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en C. GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Pedro CRUZ VILLALÓN (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid.

Alfonso CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susana DE LA SIERRA (2020), [«Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias»](#), *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020.

Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Ignacio DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2020), [«A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales»](#), *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020a), [«Derecho público del coronavirus \(I\). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención»](#), *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020b), [«La discutible prórroga del estado de alarma»](#), *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020c), [«Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021a), [«Estado de alarma o de excepción: ¿Qué nos estamos jugando?»](#), *Almacén de Derecho*, 12 de julio de 2021.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021b), [«La conversión del estado de alarma en un estado de excepción»](#), *Almacén de Derecho*, 22 de julio de 2021.

Guillermo ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020.

Guillermo ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

Vicente ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en Elena ATIENZA y Juan Francisco RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, pp. 29-46.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en Gabriela COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 143-169.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 59-99.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020.

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, Documento de Opinión IEEE 43/2020.

Ángel FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en Andrés Iván DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134.

Mercedes FUERTES LÓPEZ (2020), [«Estado de excepción, no de alarma»](#), *El Mundo*, 20 de abril de 2020.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27.

Carlos GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, pp. 371-402.

John M. GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susan HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

Alejandro HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 173-187.

Joan David JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40.

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

Guillermo LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020.

Diego LÓPEZ GARRIDO (2020), [«Un estado de excepción sería inconstitucional»](#), *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020.

Antonio MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley*, 9610, 8 de abril de 2020.

Alastair MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

Alastair MOWBRAY (2004), *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford.

Santiago MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, pp. 114-131.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), [«El confinamiento no necesita el estado de alarma»](#), *El País*, 13 de julio de 2020.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2021), [«La “alarma”, la “excepción” y la “autoridad”»](#), *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

Richard A. POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge.

Miguel PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Ciudadanía*, 15:2, pp. 331-358.

Manuel REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, pp. 1521-1543.

Joan RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95.

Joan RIDAO (2021b), [«El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre»](#), *El País*, 9 de agosto de 2021.

Pablo RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I.

Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), «Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020.

David RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), [«Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia»](#), *Almacén de Derecho*, 2021.

Francisco RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid.

Carlos RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020.

Agustín RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 23:38 (2019), pp. 83-104.

Eva SÁENZ ROYO (2020), [«Limitar derechos fundamentales durante la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020

Eva SÁENZ ROYO (2021), [«La incapacidad del Congreso en la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre», en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-239.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado *on line* el 15 de septiembre de 2020.

Sara SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 275-305.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y del Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 17-29.

Javier TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175.

Julio TEJEDOR BIELSA (2021), [«De volcanes y virus»](#), *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

Pedro TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

Germán TERUEL LOZANO (2020), [«Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias»](#), *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020.

Germán TERUEL LOZANO (2021a), [«Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional»](#), *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

Germán TERUEL LOZANO (2021b), [«Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19»](#) (disponible en academia.edu).

José TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Joaquín URÍAS (2020), [«Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión»](#), *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020a), «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en David BLANQUER (dir.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 81-133.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020b), [«¿Estamos ante una “suspensión” de derechos fundamentales? Más bien no»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020c), [«Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020d), [«Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 78-87.

José Manuel VERA SANTOS (2020), [«Estado de alarma: tarde y mal»](#), *El Independiente*, 19 de marzo de 2020.

Ignacio VILLAVERDE (2020), [«COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales \(y para los constitucionalistas\)»](#), *The Conversation*, 14 de mayo de 2020.

Dimitris XENOS (2011), *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London.