

## Crisis del Coronavirus y estado de alarma en España

**Miguel Ángel Presno Linera**

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo (España).*

*Mail: [presnolinera@gmail.com](mailto:presnolinera@gmail.com).*

La Constitución Española de 1978 (CE) incluye una previsión específica – artículo 116 – para los llamados estados o situaciones excepcionales, llamados en España estados de “alarma, excepción y sitio”. Dice ese artículo en sus tres primeros apartados: «(1) Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. (2) El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. (3) El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos [...]».

La Ley Orgánica a la que se remite el artículo 116.1 CE es la 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y el pasado 14 de marzo fue aplicada por segunda vez en la reciente historia constitucional española: ese día se aprobó el Decreto 463/2020, «por el que se

declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», que ha sido prorrogado por el Decreto 476/2020, de 27 de marzo; por el Decreto 487/2020, de 10 de abril, y, en el momento de escribir estas páginas, por el Decreto 492/2020, de 24 de abril. El único precedente, y para una situación muy diferente de la actual, fue el Decreto 1673/2010, 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo en el contexto de una huelga de prácticamente todos los controladores aéreos españoles.

La Ley Orgánica 4/1981 concreta aspectos que la Constitución española no reguló de manera expresa; entre ellos, las circunstancias en las que puede acordarse el estado de alarma mencionando, entre otras, (art. 4.b) «b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». Parece, pues, que en las actuales circunstancias está justificada la declaración del estado de alarma aunque hay un intenso debate, más académico que político, entre quienes defienden esta solución, como es mi caso, y quienes opinan que se tendría que haber declarado el estado de excepción porque, primero, consideran que está afectado el orden público ante la imposibilidad de ejercer varios derechos fundamentales como las libertades de circulación y manifestación y, segundo, porque las medidas que ha implantado el Gobierno, especialmente los límites a la libertad de circulación, son propias del estado de excepción. Lo cierto es que el confinamiento decidido por el Gobierno español es de los más intensos, junto con el italiano, si lo comparamos con las limitaciones en Francia, Alemania, Bélgica..., e implica una prohibición de salir de casa con las únicas excepciones previstas en el artículo 7 del Decreto 463/2020: «a) Adquisición de alimentos,

productos farmacéuticos y de primera necesidad [...]. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza». Desde el punto de vista jurídico, insisto en que no se da el presupuesto legislativo para declarar el estado de excepción y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón, el legislador efectuó una «despolitización» del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)<sup>1</sup>. En España no hay un problema de desorden público, que justificaría el estado de excepción;

<sup>1</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 1981, 93-128; ID., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984; véanse también F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, en *Revista de derecho político*, 11, 1981, 83-116; D. LÓPEZ GARRIDO, *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1984; A. CARRO MARTÍNEZ, *Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional*, en O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, 210 ss.; I. TORRES MURO, *Art. 116. Los estados excepcionales*, en M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZPIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009, 1814 ss.; A. ABA COTOIRA, *El estado de alarma en España*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 305-334; P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *Teoría y práctica del Estado de alarma en España*, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2,

sí un gravísimo problema de salud pública, para el que parece previsto el estado de alarma.

Otra cosa es, y no se trata de una cuestión menor, si las limitaciones a la libertad de circulación que ha decidido el Gobierno son compatibles con las autorizadas por la Ley Orgánica 4/1981, donde el Legislador optó, pudiendo hacer otra cosa, por medidas que parecen menos gravosas que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre las mismas (que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico<sup>2</sup>.

No entramos a cuestionar aquí si esas medidas limitativas de la libertad de circulación son, o no, las mejores para contener la epidemia, al margen de que en otros países no hayan

Madrid, 2012, 1499-1514; N. PÉREZ SOLA, *Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales*, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012, 1539-1556; C. GARRIDO LÓPEZ, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, 43-73. Asimismo, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, en *Revista de Derecho Político*, 51, 2001, 105 ss; ID., *Art.55. De la suspensión de los derechos y libertades*, en M.E. Asas Baamonde, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, cit., 1201 ss

<sup>2</sup> P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *La suspensión de los derechos fundamentales*, en Bastida Freijedo Y Otros *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, 222-235.

alcanzado la misma intensidad. Pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, “deben fundarse en una Ley” y nos parece discutible que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la L. O. 4/1981, máxime teniendo en cuenta que debe interpretarse la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4).

Una segunda cuestión que también ha provocado cierto debate, a menos en algunas Comunidades Autónomas, es la atribución al Gobierno central de la competencia para tomar decisiones en materias como la sanidad, que han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, aunque ello no ha impedido que esas Comunidades estén gestionando ámbitos como, por ejemplo, el de los abastecimientos sanitarios.

En tercer lugar, y como exige la Constitución, el Congreso de los Diputados ha sido informado por el Gobierno de la declaración del estado de alarma y, desde el 15 de marzo, se han celebrado varias sesiones de la Cámara para debatir esa declaración y para autorizar por amplia mayoría, hasta el momento, cuatro prórrogas del estado de alarma de quince días cada una. La última aprobada al escribir estas líneas, el 6 de mayo, se extenderá desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2020 hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020. En la primera prórroga el Congreso estableció la siguiente exigencia: «el Gobierno remitirá semanalmente al Congreso de los Diputados información documental estructurada de la ejecución de las distintas medidas adoptadas y valoración de su eficacia para contener el virus COVID-19 y mitigar su impacto sanitario, económico y social».

Igualmente, el Congreso ha votado favorablemente, y por amplia mayoría, la

convalidación de diversos Decretos-ley aprobados por el Gobierno para adoptar medidas de tipo laboral, social y económico. No obstante, algunos partidos políticos de la oposición parlamentaria consideran que la actividad del Congreso está siendo insuficiente y reclaman mayor control de la actividad del Gobierno en relación con la crisis del coronavirus. Sobre esta cuestión puede recordarse que la Constitución (art. 116.5) dispone que «[n]o podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados».

Finalmente, es importante analizar qué tipo de control jurisdiccional se puede ejercer sobre el decreto del Gobierno que ha decidido la declaración del estado de alarma, así como sobre las dos prórrogas que ya ha acordado el Congreso de los Diputados. En este punto la propia Constitución (art. 116.6) dice que «[l]a declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Sobre esta cuestión podemos acudir al precedente que supuso la impugnación ante el Tribunal Supremo (TS) del Real Decreto 1673/2010 por parte de los controladores aéreos. La Sala Tercera del Tribunal Supremo aprobó siete resoluciones entre los años 2011 y 2012 y en todas rechazó su competencia para juzgar la legalidad del decreto aprobado por el Gobierno, porque, según el TS, el Gobierno actuó

como órgano constitucional ejerciendo unas funciones reguladas directamente por la Constitución y no por el Derecho Administrativo y su decreto fue asumido por el Congreso de los Diputados, que autorizó la prórroga. Lo que no dice el Tribunal Supremo es lo que hubiera ocurrido si el Congreso no hubiera aceptado la prórroga. En todo caso, en mi opinión, tampoco el acuerdo del Congreso acordando la prórroga cambia la naturaleza jurídica del decreto del Gobierno, por lo que parece muy discutible esa renuncia del Tribunal Supremo a controlar la legalidad de la decisión gubernamental.

El Tribunal Constitucional, primero, por decisión mayoritaria, en el año 2012 (Auto 7/2012, de 13 de enero) y después, por decisión unánime y de forma más rotunda, en el año 2016 (STC 83/2016, de 28 de abril) ha resuelto que el decreto del Gobierno por el que se declara el estado de alarma tiene la naturaleza jurídica de «acto con valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja ex art. 116 CE en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos»<sup>3</sup>.

Argumenta el Tribunal Constitucional que la decisión del Gobierno se suma a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981 para formar el sistema de fuentes del derecho de excepción. Y esta legalidad excepcional en la que se integra el decreto del Gobierno, desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las

que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley.

Y con estos antecedentes no causó sorpresa el Auto de 4 de mayo de 2020 en el que el Tribunal Supremo resolvió el recurso en el que, en forma directa, «se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como – en lo que se denomina ampliación – el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez».

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, insiste (FJ 4) en que «la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley», como declaró el mismo al considerar que «aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

<sup>3</sup> Sobre esta STC véanse los comentarios de C. GARRIDO LÓPEZ, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, cit., pp. 43-73; M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *Sistema de fuentes del*

*Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril*, in *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, 2016, 325-340.

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade, «lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 de la Constitución española, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles» (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración «argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni

tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En definitiva, tanto el Decreto de declaración del estado de alarma y los posteriores Decretos de prórroga como los acuerdos del Congreso que autoricen esas prórrogas son únicamente recurribles ante el Tribunal Constitucional y no ante el Tribunal Supremo. Es posible, por tanto, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por, eventualmente, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados<sup>4</sup> o cincuenta Senadores. También podrían presentarlos los Gobiernos y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto. En segundo lugar, si un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considera que los decretos del estado de alarma, que tienen rango de Ley, son aplicables a un caso *sub iudice* y de su validez depende la sentencia, y los considera contrarios

<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional ha admitido, por providencia de 6 de mayo de 2020, el recurso de inconstitucionalidad «promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso y, en su representación, por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el art. 7 del Real

Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al art. 7 del Real Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19».

a la Constitución, debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

Para finalizar, quiero recordar que en *La sociedad del riesgo global*, el conocido libro de Ulrich Beck<sup>5</sup>, se alude a la sociedad en la que vivimos con unas palabras que, escritas en 1986, no parecen haber perdido vigencia casi treinta y cinco años después: en la disputa pública sobre la definición de los riesgos se trata «no solo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los efectos secundarios sociales, económicos y políticos [...]: hundimiento de mercados, [...] controles burocráticos de las decisiones empresariales, apertura de nuevos mercados, costes monstruosos, procedimientos judiciales. En la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes el potencial político de las catástrofes. La defensa y administración de las mismas pueden incluir una reorganización del poder y de la competencia. La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad» (cursivas en el original).

Pues bien, lo que estamos viviendo con la epidemia de coronavirus muestra con toda su

crudeza no solo su efecto devastador sobre la salud y la vida de miles de personas sino también los efectos “secundarios” sociales, económicos y políticos: todavía más empobrecimiento y exclusión para las personas más vulnerables, probable pérdida de cientos de miles de puestos de trabajo, puesta en cuestión de las instituciones políticas por su incapacidad para prever y hacer frente de manera eficaz a riesgos que quizá no se vean venir con mucha antelación pero de los que se debe responder.

Por todo ello es necesario que cuando se recupere cierto “estado de normalidad” tenga lugar una intensa reflexión política y social sobre la mejor forma de responder a los riesgos inherentes a esta sociedad “catastrófica” en la que vivimos. Y el derecho de la excepción en sentido amplio, incluido el propio de lo que aquí hemos llamado estado de alarma, no solo no debe sustraerse a esa discusión sino que debe ser uno de los aspectos importantes de un debate en el que siempre debe estar presente el objetivo, mencionado en el preámbulo de la Constitución española, de «establecer una sociedad democrática avanzada».

(15 Mayo 2020)

<sup>5</sup> U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986; edición española:

*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998.