

ORDENACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN ESTADOS DE EMERGENCIA SANITARIA. EL CASO ESPAÑOL

Raúl CANOSA USERA*

SUMARIO: I. *Introducción: derecho de excepción y derecho de la normalidad.*
II. *Marco internacional del sistema de fuentes nacional.* III. *El caso español.*
IV. *Vuelta a la normalidad.*

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DERECHO DE LA NORMALIDAD

Hemos visto que, frente a la pandemia producida por el COVID-19, la medida esencial, adoptada por los Estados para proteger la salud pública, ha sido casi sin excepciones la misma: un confinamiento más o menos severo, además de otras medidas de diversa índole. El confinamiento implica inmediatas restricciones de la libertad personal y como consecuencia también se ven afectados otros muchos derechos fundamentales, como el derecho de reunión, la libertad religiosa, la libertad de empresa, el derecho al trabajo, entre otros.

Sin embargo, el confinamiento no se ha encauzado jurídicamente de la misma manera en todos los países. Las notables diferencias podrían sintetizarse en dos vías: imposición del confinamiento y otras medidas gravosas para los derechos fundamentales mediante la aplicación del Derecho de la normalidad o a través de algún instrumento del Derecho de excepción.

Es sabido que el Derecho de excepción se emplea en un Estado constitucional si los instrumentos del Derecho de la normalidad no son suficientes para preservar esa normalidad y se requiere el empleo de medidas extraordinarias que el Derecho de excepción proporciona. Rasgo cardinal

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, donde fue Decano. Trabajo como consultor en la FAO (Naciones Unidas), fue vocal de la Junta Electoral Central y actualmente es miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales.

del Derecho de excepción es su temporalidad, en línea con la vieja y venerable institución romana de la dictadura, en la que la asunción de poderes extraordinarios por el dictador tenía una duración limitada. Cuando el régimen de excepción se prolonga y el Derecho de la normalidad se posterga indefinidamente, lo que emerge es la tiranía en la que la excepcionalidad se convierte en normalidad. El escritor guatemalteco Miguel Ángel Asturias explica esta espeluznante metamorfosis en su célebre novela “El señor Presidente”.

Sin ánimo de ser exhaustivos y sólo a modo de ejemplo advertimos que, en Europa, con frecuencia los Estados han reaccionado activando el Derecho de la normalidad que contemplaba la posibilidad de afrontar la crisis sanitaria (el caso de Alemania, Francia e Italia), mientras que otros países, entre ellos España, han optado por la activación de algún mecanismo del Derecho de excepción.

El caso de Italia es peculiar porque su Constitución no prevé Derecho de excepción. Ante tal ausencia se ofrecía la posibilidad de emplear esa herramienta normativa híbrida y peculiar que son los decretos leyes, previstos para casos “de extraordinaria necesidad y de urgencia” (artículo 77 de la Constitución italiana). Aunque hay que recordar que las primeras medidas fueron adoptadas en Italia por entidades locales y regionales, la declaración de la emergencia sanitaria se hizo mediante un decreto ley que abrió la puerta al discutible empleo de un instrumento normativo hasta entonces residual, el decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros que ha sido clave en el modo italiano de combatir la epidemia. Parece así continuar operando al sistema de fuentes ordinario pero radicalmente transformado, sobre todo debido al uso del mencionado tipo de decreto presidencial que ha suscitado en la doctrina italiana dudas acerca de un posible *ultra vires*.¹ Ha acabado por plantearse la conveniencia de que la Constitución italiana recoja instrumentos del Derecho de excepción.

Los casos de Francia y Alemania son distintos porque, si bien tampoco en estos dos países se ha aplicado el Derecho de excepción, sus respectivas Constituciones sí ofrecen mecanismos de emergencia. En el caso alemán ni el artículo 91 de la Ley fundamental de Bonn (ante peligro para el régimen fundamental de libertad y democracia), ni su artículo 115 (ante situaciones de amenaza y guerra exterior) parecen concebidos para una emergencia sanitaria, pero tampoco se ha optado por aplicar las leyes de emergencia de 1968 (que hubieran supuesto, además de posibles limitaciones de derechos,

¹ Cfr. el seminario virtual <https://www.radioradicale.it/scheda/604842/le-fonti-normative-nella-gestione-dellemergenza-covid-19>.

una clara centralización en el Gobierno federal) sino la Ley de protección contra las infecciones, de 2001. En este contexto los Länder no han visto disminuidas sus competencias, como sucede generalmente cuando se aplica al Derecho de excepción en un Estado compuesto, sino que han actuado en coordinación con el Gobierno federal. Las medidas de confinamiento que implicaban limitaciones de derechos han sido consideradas proporcionales y la decisión del Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 2020, respecto al derecho de manifestación asegurando su ejercicio, ha sido ejemplo de control jurisdiccional en garantía de la libertad.

Por su parte, en Francia, la regulación constitucional del Derecho de excepción (artículo 16 que regula la “dictadura” presidencial) resultaba a todas luces excesivo para abordar la crisis sanitaria. Tampoco se aplicó el estado de urgencia (que habría encajado en la situación prevista de “calamidad pública”), creado por la Ley 58-385, de 13 de abril de 1955, y que en los últimos años se declaró en 2005 (crisis de las *banlieues*) y en 2015, tras los atentados terroristas en París. Se ha preferido una aplicación *sui generis* del Derecho de la normalidad que comenzó con un discutible decreto del Ministerio de la Salud y continuó de manera inmediata con la Ley de urgencia sanitaria, una reforma rapidísima del Código de la salud que otorga poderes muy amplios al Gobierno. En otras palabras, se está aplicando en Francia un Derecho de la normalidad modificado, en plena emergencia, con un trámite parlamentario muy rápido.

II. MARCO INTERNACIONAL DEL SISTEMA DE FUENTES NACIONAL

Antes de entrar en el análisis de la ordenación de las fuentes española conviene apuntar cuál es el marco internacional de los derechos humanos que inexorablemente nos concierne y que acaso deba ser empleado por los organismos encargados de su aplicación, en el caso no improbable de que algunas situaciones nacionales lleguen a esas instancias internacionales revisoras. Lógicamente, este marco internacional establece los límites de la capacidad limitadora de los derechos que los Estados pudieran activar en un estado de emergencia. Ello supone delimitar el contenido tanto del Derecho de excepción nacional como del Derecho de la normalidad.

Nos vamos a referir al Pacto de derechos civiles y políticos, de Naciones Unidas de 1966, y al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950. En ambos encontramos dos categorías de afectaciones de derechos: la de la suspensión o derogación y la de la limitación. La primera en-

laza con el Derecho de excepción y la segunda con las limitaciones posibles que pudieran contemplarse en el Derecho de la normalidad.

En efecto, el artículo 4 del Pacto de 1966 establece que, en una situación excepcional que haya sido “proclamada oficialmente” por el Estado y “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”, podrán quedar suspendidas las obligaciones derivadas del Pacto. En ningún caso, se añade, podrán verse afectados los derechos proclamados en los artículos 6 (vida), 7 (prohibición de torturas y tratos inhumanos), 8.1 y 2 (prohibición de esclavitud y servidumbre), 11 (prohibición de prisión por deudas), 15 (legalidad y tipicidad penales), 16 (reconocimiento personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

En términos algo distintos, pero en la misma línea, contempla el artículo 15 del Convenio Europeo la posible “derogación en caso de urgencia”, concretándose que, en caso de “guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, podrán adoptarse medidas “que deroguen las obligaciones previstas” en el Convenio. Se excluyen de la posible derogación los artículos 2 (vida), 3 (tortura y tratos inhumanos), 4.1 (esclavitud y servidumbre) y 7 (legalidad penal). En el caso de ambos tratados, como en el de la Convención americana de Derechos Humanos (artículo 29), se conforma un núcleo de derechos que no pueden ser suspendidos, verdadero *ius cogens* que armonizaría con el Derecho Internacional Humanitario.²

Por otro lado, ambos tratados internacionales, en ciertos preceptos que proclaman derechos concretos, consienten que su disfrute sea sometido a “restricciones”, “previstas en la ley” y que sean “necesarias” para preservar, entre otros bienes, “la salud pública”. El CEDH añade la frase “en una sociedad democrática”. Esta autorización a la potencial limitación de los derechos proclamados se refiere tácitamente al Derecho de la normalidad y se condiciona a su previsión legal y a la consecución de un fin legítimo y con medidas proporcionales. Esta cláusula se introduce en los artículos siguientes del Pacto de 1966: artículo 12 (libertad deambulatoria y de residencia), artículo 18 (libertad de manifestar religión o creencias), artículo 19 (libertad de opinión), artículo 21 (derecho de reunión) y artículo 22 (derecho de asociación). Y asimismo en los artículos siguientes del Convenio Europeo: artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones), artículo 9 (libertad de pensamien-

² Sobre esto en particular y sobre el artículo 15, en general, incluyendo un análisis de la jurisprudencia del TEDH al respecto, *cf.* Fernández Sánchez, P., “La suspensión de garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 15)”, en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los derechos*, CEPC, Madrid, Tercera edición, 2014, pp. 613 y ss.

to, convicciones y religión), artículo 10 (libertad de expresión) y artículo 11 (derecho de reunión y asociación).

Parcialmente distinta es la manera en la que uno y otro tratado se ocupan de las posibles limitaciones de la libertad personal (artículo 9 del Pacto de 1966 y artículo 5 del CEDH). Se exige en ambos casos previsión legal y se establecen garantías para los privados de libertad. Pero el artículo 5 del Convenio Europeo es más exhaustivo, porque enumera las situaciones posibles de privación de libertad, entre las que menciona, en el apartado e), la de internamiento “de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”. Encontramos aquí una justificación explícita de internamiento y *a fortiori* del confinamiento domiciliario. Ahora bien, el precepto se refiere en singular a una persona susceptible de transmitir a otros una enfermedad, lo que plantea la duda de si el Derecho de la normalidad tendría la cobertura de esta cláusula para ordenar confinamientos masivos o si lo que se autoriza es un internamiento o eventual confinamiento que sólo podría imponerse de manera individualizada. La respuesta tendría que ser la de que consiente el confinamiento masivo, pues de lo contrario, todas las medidas que países como Alemania, Francia e Italia han adoptado sin apelar al Derecho de excepción, quedarían fuera del Convenio.

III. EL CASO ESPAÑOL

Al tomar las medidas que todos los Estados han adoptado, el Estado español y singularmente el Gobierno central tenía dos opciones: optar por el Derecho de excepción³ o bien aplicar el Derecho de la normalidad. En cualquiera de

³ Sobre el Derecho de excepción español en general *cf.* Aba Catoira, A., “El estado de alarma en España”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 305-334. Carro Martínez, A., “Artículo 116”, en: Alzaga, O. y Fernández Segado, F. (eds.), *Comentarios a la Constitución, Tomo IX*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, pp. 210-262. Cruz Villalón, “El nuevo derecho de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-130. Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid, 1984. Duque Villamediana, Juan Calos, “Artículo 116”, en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A. (dir.), *Comentario a la Constitución española. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1645-1655. Fernández Segado F., “La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, pp. 83 a 116. Lafuente Balle, J. M^a, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 30 y 31, 1989 y 1990, pp. 25-54 y 25-67. Mateu-Ros Cerezo, R., “Estados de alarma, excepción y sitio”, en VV. AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, Vol. I, pp. 165-205. Pascua Mateo, F., “Artículo 116”, en Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Editorial Planeta, Barcelona, 2018, pp. 447-451. Pérez Sola, N., “Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declara-

las dos opciones podía echar mano de un instrumento normativo híbrido, los decretos leyes que se han convertido, en la vida del sistema de fuentes español, en una herramienta normativa de uso cotidiano, a pesar de reservarse su uso (artículo 86 CE) para casos de “extraordinaria y urgente necesidad”.

En el momento de redactar estas páginas, el Derecho de la normalidad es propuesto por algunas fuerzas políticas para que se aplique de inmediato, al considerarlo suficiente para abordar la llamada desescalada, mientras que el Gobierno y otros actores políticos proponen la reforma de esta legislación ordinaria para actualizarla y, mientras esta actualización se produce, seguir aplicando el Derecho de excepción.

El Gobierno español optó por el uso del Derecho de excepción que recoge el artículo 116 en combinación con el artículo 55.1 ambos de la Constitución. Desde la expedición del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma⁴ para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, un frondoso cuerpo normativo ha ido creándose a su sombra, desplazando la legalidad ordinaria.

1. Características del derecho de excepción español

La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio viene a desarrollar el marco constitucional y a conformar un verdadero sistema de fuentes del Derecho de excepción español que, además de compartir con el Derecho de la normalidad la exigencia de publicidad (artículo 2 de la L.O. 4/1981), se caracteriza por lo siguiente:

a) *Gradualidad y proporcionalidad*, en relación fundamentalmente con la afectación más o menos intensa de los derechos fundamentales, los estados de excepción y sitio pueden suponer la suspensión del disfrute de algunos derechos fundamentales en los términos previstos en el artículo 55.1 CE, mientras que el estado de alarma sólo puede implicar ciertas limitaciones

ción del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales”, en *Constitución y Democracia: Ayer y hoy*, vol. II, Universitas, Madrid, 2012, pp. 1539-1555. Serrano Alberca, J. M., “Comentario al art. 116”, en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 1764-1817.

⁴ Sobre el estado de alarma en particular, además de la bibliografía general sobre el Derecho de excepción citada, *cf.* Requejo Rodríguez, P., “Teoría vs. práctica del estado de alarma en España”, en VV.AA., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Madrid, 2012, vol. 2, pp. 1499 a 1514. Sandoval, J. C., “Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales. A propósito de la crisis de los controladores de tránsito aéreo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 14, 2012.

previstas en el artículo 11 de la L.O. 4/1981. Al hilo de esto se ha puesto de manifiesto cuán difícil resulta en estos casos distinguir nítidamente entre suspensión y limitación de derechos cuando esta última afecta a la mayor parte de la población como consecuencia de un confinamiento generalizado.

Según las causas que se invoquen para declarar cualquiera de los estados que prevé el artículo 116 constitucional, las medidas que en potencia pueden adoptarse deben ajustarse a la finalidad última de recuperar la normalidad, combatiendo los factores que la impiden para desactivarlos. El marco jurídico del Derecho de excepción ofrece a los actores institucionales habilitados para activarlo (Gobierno central y Congreso de los Diputados) una panoplia de medidas posibles que han de administrar con proporcionalidad (artículo 1.2 de la L.O. 4/1981).

b) *Validez pro tempore* (artículo 1.3 de la L.O. 4/1981). Como subraya la SCT 83/2016, de 28 de abril (F. J. 10), dictada por el Pleno con ocasión de un recurso de amparo interpuesto contra la declaración del estado de alarma que tuvo lugar en el año 2010, una declaración del estado de alarma supone el desplazamiento *pro tempore* de la legalidad ordinaria para aplicar una legalidad de excepción. Es verdad que la regulación española de las fuentes del Derecho de excepción, aunque impone plazos, no siempre lo hace de modo absoluto y sólo el estado de excepción tiene un plazo máximo de 60 días acumulable en dos períodos. Respecto al estado de alarma sólo se limita a 15 días la primera declaración efectuada por el Gobierno, pero sus prórrogas, ya con autorización parlamentaria, podrían dilatarse más. También el estado de sitio podría lógicamente prolongarse. En relación con la vigencia temporal, por razones obvias el Derecho de excepción entra inmediatamente en vigor (artículo 2 de la L.O. 4/1981).

c) *Control parlamentario*. El artículo 116 constitucional prohíbe la disolución del Congreso de los Diputados y además dispone la convocatoria automática de las Cámaras (hay que entender que también del Senado) “si no estuvieran el periodo de sesiones”. Y si el Congreso de los Diputados estuviera disuelto, operaría entonces la Diputación Permanente.

La garantía general de continuidad en el funcionamiento de los “poderes constitucionales del Estado” que el artículo 116.5 establece, atañe, como vemos, de modo muy intenso al Congreso de los Diputados, porque es éste el órgano que comparte con el Gobierno la función constitucional de activar la entrada en vigor del Derecho de excepción. Sólo en el caso de la primera declaración del estado de alarma en el Gobierno actúa sólo. En las prórrogas de la alarma y las declaraciones del estado de excepción o de sitio el Congreso es decisorio y la decisión de prorrogar la alarma o la declaración de los otros tipos de estado tiene que imputarse a la voluntad del Con-

greso, como subraya el ATC 7/2012, de 13 de enero (dictado por el Pleno, a pesar de tratarse de la inadmisión de un recurso de amparo), aunque esta voluntad se exprese a petición del Gobierno.

Cosa distinta es que la declaración de cualquiera de estos estados conlleve un ensanchamiento de las facultades normativas del Gobierno central a despecho de las Cortes Generales o de los poderes normativos de las Comunidades Autónomas.

d) *Principio de responsabilidad del Gobierno.* Así lo establece el apartado 5 del artículo 116 CE y concreta el artículo 3.2 de la L.O. 4/1981. Hay que entender por lo tanto que la irrupción de la legalidad de excepción no altera la efectividad de este principio, aunque obviamente se modifique el parámetro del control de legalidad con los elementos aportados por la legalidad de excepción que desplaza a la ordinaria.

e) *Concentración y centralización normativa y ejecutiva.* El Derecho de excepción por definición implica concentración de poder; éste a la postre se pone manos del Gobierno y en ocasiones, como en el caso de Francia, en las del Presidente de la República (artículo 16 CF). En los Estados compuestos, por añadidura, esa concentración del poder es simultáneamente centralización, es decir, desapoderamiento de los entes territoriales cuyas competencias pasan a ser ejercidas por el Gobierno central. El Congreso de los Diputados participa en este desapoderamiento en la medida en la que lo autoriza. Este desplazamiento no se realiza a través de un despojamiento expreso de competencias, sino en la atribución de competencias nuevas al Gobierno central para que las ejerza mientras dure la emergencia. Automáticamente las Comunidades Autónomas ven suspendidas las suyas que permanecen latentes y que sólo podrán volver a ser ejercidas cuando se levante el estado de emergencia declarado. Queda en suspenso la vigencia misma de los Estatutos de autonomía. En definitiva se ve alterada la división de poderes, tanto horizontal (reforzamiento del poder ejecutivo) como vertical (centralización).

Precisamente en España, durante la alarma sanitaria, se ha suscitado un intenso debate a este respecto y han sido numerosas las quejas de las Comunidades que reclamaban coordinación entre el Gobierno central y ellas, admitiéndose por lo general la existencia de un mando único, pero exigiendo consulta y cada vez mayores espacios de discrecionalidad para ellas. En el momento de redactar estas páginas y tras la aprobación el día 21 mayo de una nueva prórroga, ésta sólo mantiene como autoridad delegada al Ministerio de Sanidad, cuando en los anteriores periodos de la alarma eran cuatro los Ministerios que habían recibido tal designación y asumido competencias en detrimento de las Comunidades.

2. *¿Cuáles son las normas del derecho de excepción español?*

Hay que distinguir entre las normas de producción de normas del Derecho de excepción y las normas que conforme aquéllas se dicten en cada específico período de emergencia. Las primeras se recogen en la Constitución (artículo 116 en combinación con el artículo 55.1) y en la Ley Orgánica 4/1981. Ambas, Constitución y Ley Orgánica, formarían el parámetro de enjuiciamiento del Derecho derivado que se dictase durante la vigencia de cualquiera de los estados, incluyendo su declaración. Estas normas no podrían rebasar el marco creado por el parámetro mencionado y a este respecto cabe preguntarse si la Ley Orgánica 4/1981, al completar lo establecido en la Constitución, se integra o no en el bloque de la constitucionalidad, es decir, en el canon de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional. Este, aunque no aclaró esta cuestión específica, parece dar a entender que sí (ATC 7/2012 y STC 83/2016). Se consideraría entonces contraria al artículo 116 constitucional la infracción de algún precepto de la Ley Orgánica 4/1981.

¿Qué ocurre respecto al Derecho de excepción derivado? En él podemos distinguir un primer nivel constituido por las declaraciones de cualquiera de los estados contemplados en la Constitución, así como sus eventuales prórrogas y como fruto de la declaración de uno de estos estados surge una legalidad de excepción que, en el caso de la actual emergencia sanitaria, ha producido en España un sinfín de normas al punto de que puede emplearse la expresión, como hace el BOE, de “Código Covid-19” que ha acabado a la postre desglosándose en seis códigos individualizados para ordenar, además de las declaraciones y sus prórrogas, 13 decretos leyes y más de 200 disposiciones, órdenes y resoluciones de las autoridades delegadas.

El panorama que tenemos es por lo tanto el de un Derecho de excepción extensísimo, por lo general compuesto de normas reglamentarias que, sin embargo, desplazan la aplicación de otras normas en ocasiones con valor de ley. Estas últimas obviamente no son derogadas, ya que mantienen su fuerza pasiva de ley, pero su vigencia viene interrumpida por la aplicación, vigencia de primer grado, de normas sin rango equiparable. Porque lo propio del Derecho de excepción es el empleo de normas administrativas cuya expedición es mucho más rápida, al no requerir el acotamiento del siempre premioso procedimiento legislativo. En definitiva, el principio de legalidad se ve afectado en aquellos ámbitos donde se haya autorizado la producción del Derecho de excepción; éste no puede derogar el Derecho de la normalidad, de rango superior en muchas ocasiones, pero sí puede desplazar su aplicación, con el agravante, en el caso del Estado compuesto como el espa-

ñol, de que las normas del Derecho de excepción dictadas por el Gobierno central desplazan también la aplicación de normas autonómicas.

3. *Naturaleza de la declaración del estado de alarma y de sus prórrogas*

El Gobierno es el órgano constitucional facultado para la declaración de los estados de alarma y excepción, mientras que la declaración del estado de sitio se reserva a la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Bien es cierto que el Congreso autoriza al Gobierno previamente la declaración de la excepción, mientras que, en relación con la declaración de la alarma, el Congreso sólo interviene de manera directa en las prórrogas.

Con el estado de alarma se produce, pues, una situación única: que el Gobierno puede declararlo sin aprobación del Congreso que sólo tiene reservada la autorización de su prórroga. Como consecuencia de lo anterior, pueden distinguirse dos revestimientos formales de la declaración del estado de alarma: la original declaración gubernamental y las eventuales prórrogas autorizadas por el Congreso. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta dualidad que reconoció en la medida en la que la primera es manifestación de la voluntad del Consejo de Ministros, mientras que la prórroga puede imputarse a la voluntad del Congreso (ATC 7/2012). Ambos actos normativos tendrían, a juicio del TC rango o valor de ley porque pueden “afectar aquellas normas legales o asimiladas, esto es, diseccionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente” y continúa “sin duda esto ocurre con las autorizaciones del Congreso de los Diputados para aprobar el estado de alarma”. Tales autorizaciones tienen pues rango y valor de ley a pesar de que estos actos no vengan “revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las previstas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia de que se trate” (ATC 7/2012, F. J. 3). Así las cosas, el TC concluye en que las autorizaciones parlamentarias no pueden ser atacas por la vía del amparo sino únicamente a través del control de constitucionalidad.⁵

⁵ En particular sobre el control de constitucionalidad, *cf.* Navas Castillo, A., “Los estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 87, 1997, pp. 133-164.

Con esta argumentación el ATC pudo inadmitir el recurso de amparo que un grupo de controladores aéreos había interpuesto, *ex* artículo 42 LOTC contra la prórroga del estado de alarma acordada por el Congreso de los Diputados.

El voto particular a este Auto del magistrado Luis Ortega, al que se adhirieron los magistrados Delgado Barrio y Pérez Tremps (estos tres magistrados ya habían dejado de serlo cuando se dictó por unanimidad la STC 83/2016), sostiene que de la Constitución se infiere que la declaración de la alarma es un acuerdo del Consejo de Ministros carente de valor de ley, y si la “norma sustantiva de afectación de los derechos” no es calificada por la Constitución como norma con rango valor de ley, mucho menos puede predicarse tal condición del acto de la prórroga. Y concluyen en que, según la mayoría, el establecimiento del estado de alarma carecería de rango de ley que, sin embargo, poseería su prórroga.

La STC 83/2016 tuvo ocasión de aclarar este punto, desactivando la diferencia que habían inferido los discrepantes en su voto particular a la ATC 7/2012. El TC sostiene que también la declaración gubernamental tiene rango o valor de ley. Comienza por repasar los elementos del Derecho de excepción y, tras subrayar la ubicación de este precepto entre los comprendidos en el Título V, “De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales” (F.J. 7), inmediatamente después (F.J. 8) el TC completa la tesis que plasmó en el ATC 7/2012, resaltando que la intervención del Congreso de los Diputados no es pasiva, mera autorización de la prórroga, sino que, de acuerdo con el Reglamento Parlamentario, los grupos pueden presentar enmiendas sobre el alcance y las condiciones de la prórroga y tales propuestas habrán de debatirse y votarse. La prórroga, se dice en el mismo fundamento jurídico, “se configura, en forma de autorización, no sólo como presupuesto para decretar la prórroga del estado de alarma, sino también como elemento determinante del alcance, de las condiciones y de los términos de la misma, bien establecidos directamente por la propia Cámara, bien por expresa aceptación de los propuestos en la solicitud de prórroga, a los que necesariamente ha de estar el decreto que la declara”.

Y en el F.J. 9 el TC, con cita profusa del F.J. 3 del ATC 7/2012, aplica a la declaración gubernamental de la alarma el mismo valor normativo, es decir el rango y valor de ley, que el ATC 7/2012 atribuyó a sus prórrogas, “porque las locuciones “valor de ley”, “rango de ley” o “fuerza de ley” no quedan exclusivamente circunscritas en nuestro ordenamiento a actos o decisiones de origen parlamentario, pudiendo predicarse también la cualidad de la que son manifestación aquellas locuciones, sin necesidad de entrar

ahora en consideraciones más detalladas, de actos, decisiones o disposiciones de procedencia gubernamental” (F. J. 10).

“Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental 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, cuya aplicación puede suspender o desplazar.” (F. J. 10). Es decir, la declaración opera como ya el ATC 7/2012 explicó qué operaba la prórroga, y por las mismas razones debe atribuirse a la declaración gubernamental idéntico rango y valor de ley.⁶

4. *Ultra vires*

Durante la aplicación del orden de fuentes de la legalidad de excepción se ha suscitado también el problema del posible *ultra vires* de ciertas normas, especialmente órdenes ministeriales u otras de rango administrativo, por regular materia que habría debido ser regulada en el decreto de la declaración o en las prórrogas. Bien es verdad que, como el TC señala, en la STC 83/2016, el decreto de declaración “dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del Derecho de excepción, al complementar el Derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado” (F. J. 10).

La afirmación del Tribunal deja claro que el decreto de declaración no sólo opera como norma sustantiva, sino que lo hace asimismo como norma creadora de normas, por cuanto que habilita a determinadas autoridades delegadas para crear un derecho derivado de la declaración que, junto con ella, conforma la legalidad de excepción que desplaza la legalidad ordinaria.

Nada que objetar a lo dicho por el Tribunal respecto a esa doble condición normativa de la declaración, sustantiva y predeterminadora del derecho que de aquélla deriva. Sin embargo, lo anterior no permite que el decreto desconozca lo que establecen ni la Constitución ni la Ley Orgánica

⁶ Sobre la doctrina del TC que se acaba de explicar, *cf.* Garrido López, C., “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017, pp. 43-73. Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D., “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 243-265.

4/1981. Estas normas enmarcan la acción de los órganos facultados para declarar alguno de los estados previstos en el artículo 116 constitucional y, en concreto, la Ley Orgánica 4/1981 precisa qué medidas podrían adoptarse. Pero el problema que ha llamado la atención en España radica sobre todo en el alcance que ha de tener la regulación contenida en el mismo decreto de declaración y en su posible vaciamiento en beneficio de las normas administrativas que lo desarrollen. El artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que, a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente es el Gobierno y la declaración de 14 marzo 2020 estableció, en su artículo 4.2, la delegación en cuatro Ministerios para el ejercicio de las funciones asumidas por el Gobierno mediante la declaración. Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo habilita a esas autoridades delegadas, a los cuatro Ministerios, “para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”.

Surge la duda acerca del alcance de esta atribución de facultades normativas, a la vista de que algunas de las órdenes, disposiciones o resoluciones dictadas implican verdaderas limitaciones de derechos que acaso hubieran tenido que recogerse en la misma declaración. El artículo 4.2 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone que la declaración determine “el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma” y por su parte el artículo 11 establece que el decreto de declaración podrá limitar ciertos derechos e imponer ciertas cargas. Tales limitaciones contenidas en la declaración de la alarma se estarían introduciendo en una norma con valor de ley, según la doctrina del TC, y por lo tanto potencialmente sometida a control parlamentario y a control de constitucionalidad.

Sin embargo, si ocurriese que la declaración no agotarse la determinación de las medidas limitadoras de los derechos y fueran después las autoridades delegadas quienes las adoptaran, se habrían infringido, a mi juicio, la Ley Orgánica 4/1981 y por conexión la Constitución. Se habría producido en suma un *ultra vires*. En efecto, de la interpretación sistemática de los artículos 7 y 11 de la Ley Orgánica 4/1981 parece desprenderse una suerte de reserva de declaración de la materia limitación de derechos, consentida por el artículo 11, pero reservada a la declaración, norma con rango de ley. La imposición de limitaciones a través de normas de rango administrativo implicaría una suerte de deslegalización que no consiente, a mí parecer, la ley Orgánica. Y aquí podríamos evocar los artículos 53.1 y 81 de la Constitu-

ción cuya vigencia podría eventualmente verse afectada por la declaración de los estados previstos en el artículo 116. Este último precepto opera en potencia como una norma de autorruptura de la Constitución. Con todo, parece más aceptable, constitucionalmente hablando, la interpretación de la Ley Orgánica 4/1981 que hemos defendido, pues aún en los casos previstos en el artículo 116 constitucional la limitación de los derechos se efectuaría través de una norma con rango y valor de ley.

5. Funcionamiento simultáneo de derecho de la normalidad y el acompañamiento de la alarma con decretos leyes

Es obvio que la continuidad en el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado implica que el Derecho de la normalidad se siga aplicando, en lo que no haya sido desplazado por la legalidad de excepción, y renovando a través de los procedimientos normales de creación del derecho.

Por lo que respecta al empleo de los decretos leyes durante el estado de alarma se han suscitado también algunas dudas. Este tipo de normas ya presenta peculiaridades insólitas, puesto que parece aproximarse al Derecho de excepción, pues se exige, para poder ser dictados, que se den unas circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, pero por otro lado, no participa de uno de los rasgos distintivos del Derecho de excepción: la temporalidad, a pesar de que nazcan como normas provisionales, pueden tramitarse por la vía de urgencia para convertirse en leyes formales y además esta tramitación no es necesaria para que mantengan su vigencia para la que sólo necesitan la convalidación del Congreso de los Diputados, convalidación que los transforma en permanentes.

Al hilo de la crisis sanitaria el Gobierno ha aprobado trece decretos leyes (hasta la fecha, del 6/2010 al 18/2020); en todos ellos ha identificado el supuesto habilitante en la crisis sanitaria. En nueve de ellos se prevé su entrada vigor y nada se dice de su vigencia que, por lo tanto, no se liga a la de la vigencia del estado de alarma. Estamos pues ante una insólita situación: se utiliza un instrumento del Derecho de la normalidad para afrontar una situación que ha exigido la declaración del estado de alarma. Expirada ésta, las normas de estos decretos leyes continuarán en vigor, aunque ya hayan desaparecido las circunstancias que motivaron su aprobación.

Los otros cuatro decretos leyes modulan su vigencia. Así, el decreto ley 7/2020 haciendo mención a que mantendrá su vigencia “mientras el Gobierno determina que persisten las circunstancias extraordinarias que motivaron su aprobación”. Por su parte sólo los decretos leyes 8/2020 y 9/2020

ligan su vigencia a la del estado de alarma de forma absoluta, mientras que el decreto ley 13/2020 limita su vigencia hasta el 30 junio, que parece coincidir, más o menos, con el previsto fin de la última prórroga del estado de alarma.

IV. VUELTA A LA NORMALIDAD

Mientras que las disposiciones, órdenes y resoluciones emitidas por las autoridades delegadas tienen su vigencia vinculada a la del estado de alarma y sus prórrogas, la mayor parte de los decretos leyes, que suponen una transformación notable del orden jurídico, van a quedar vigentes tras el fin de la alarma, a pesar de que fueron dictados frente a las circunstancias extraordinarias que es de suponer hayan desaparecido cuando caduque el estado declarado.

Tal vez fuera conveniente revisar nuestro sistema de fuentes para, a la vista de la experiencia de este tiempo convulso, afinar, por ejemplo, el ámbito de la legislación de excepción derivada, es decir, lo que está no puede regular porque lo ha de regular el decreto de la declaración. A esta aclaración contribuirá sin duda el Tribunal Constitucional cuando resuelva para empezar, si es que no le llegan más casos en forma de amparo, el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la declaración de la alarma. A su doctrina anterior tendrá ahora ocasión de añadir nuevas consideraciones. Con todo, ojalá no haya en el futuro necesidad de utilizar la declaración de la alarma porque dispusiéramos de una legislación adaptada para afrontar con el Derecho de la normalidad contingencias como la de la epidemia del COVID-19. En todo caso, este Derecho de la normalidad debería, en la medida en la que contuviera disposiciones limitadoras de derechos fundamentales, venir revestido con el rango de ley orgánica (artículo 81 CE), lo que no sucede, por ejemplo, con la Ley 3/1986, de Medidas especiales en materia de salud pública.