

CRISIS EPIDÉMICA Y CRISIS CONSTITUCIONAL¹

Santiago Muñoz Machado.
Ponencia en la RACMyP

- 1. *Sumario:* 1. Epidemia y crisis institucional: una constatación. 2. Las tradiciones de la gobernación sanitaria en España y su marginación. 3. Las consecuencias jurídico constitucionales de la pandemia. A) El desconcierto de los juristas. B). La posición del Tribunal Constitucional. C). La doctrina del Tribunal Supremo. 4. Juzgar a la Administración es también administrar. 5. La ruptura de los principios en materia de reparto de competencias territoriales.**

1. Epidemia y crisis institucional: una constatación.

Es una constante en la historia de las epidemias su efecto devastador sobre las instituciones de gobierno de las comunidades políticas, constituidas o no como Estados. Los análisis de esta clase de catástrofes se centran habitualmente, como es razonable, en la mortandad causada por las epidemias o en las consecuencias económicas que arrastran, dejando a un lado la gran perturbación que producen en el gobierno de las naciones.

Siempre se origina una gran desestabilización de los sistemas políticos porque la epidemia tiene que ser combatida usando medidas excepcionales en relación con la legalidad ordinaria, que se desplaza, en todo o en parte, en beneficio de una legalidad de excepción. El régimen ordinario de los derechos y libertades, y los medios de actuación de los poderes públicos se modulan o suspenden y aparecen nuevos arquetipos políticos y administrativos adaptados a los requerimientos de la epidemia.

La epidemia de covid que afecta al mundo entero desde los primeros meses del año 2020 ha producido también la esperable conmoción en las instituciones públicas y sacudido la legalidad y la constitucionalidad ordinaria, en términos que me dispongo a considerar en esta exposición ante el pleno de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Un libro reciente de Niall Ferguson, *Desastre. Historia y política de las catástrofes*. Destino, Barcelona, 2021, incluye bastantes referencias para considerar las crisis políticas causadas por las epidemias, a lo largo de la historia del mundo. Tomo de aquí algunos de los ejemplos más conocidos:

La primera crónica literaria de las consecuencias de una epidemia está en la *Historia de la guerra del Peloponeso* de Tucídides. El siglo V fue el siglo de oro de la historia de

¹ Este texto es la versión escrita de la disertación ante el pleno de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 19 de marzo de 2021

Atenas, pero también un tiempo abundante en catástrofes, buena parte de las cuales provocadas por la guerra que se sumaron a un sinfín de desastres naturales. Según lo describe Tucídides “nunca fueron capturadas y despobladas tantas ciudades... , ni tantos hombres exiliados y muertos, ya durante la propia guerra, ya por las luchas internas... así ocurrió con los seísmos, que abarcaron amplias regiones de la tierra y fueron además violentísimos; eclipses de sol, que acaecieron con mayor frecuencia de lo que se recuerda de anteriores tiempos; grandes sequías en algunos pueblos, que desembocaron en hambre, y, en fin, la causante de las no menores desgracias, y la que en buena parte nos aniquiló: la epidemia de peste”.

La peste azotó Grecia en el segundo año de la guerra del Peloponeso (430 a.C.). Eran los tiempos de Pericles. La peste había venido de Etiopía, y luego se extendió por Egipto. Se desarrolló rápidamente porque los atenienses se habían replegado tras los muros, con la intención de librar una batalla eminentemente naval, pero no habían contado con que la aglomeración de gentes en espacios reducidos favorecería el contagio y tendría efectos mortales: una cuarta parte de la población falleció, incluido Pericles y sus hijos.

Tucídides describe los síntomas de la enfermedad, pero todavía discute sobre la naturaleza de la peste que mató a tantos atenienses: el tifus, la viruela, el sarampión, el ébola o una fiebre hemorrágica, han sido las opciones más citadas. Excavaciones realizadas en un enterramiento colectivo en 1994 y 1995, han dado lugar a nuevas hipótesis.

La conclusión de Tucídides que más me interesa destacar es la concerniente a los efectos sobre la gobernación de Atenas de los episodios epidémicos que se sucedieron entre el 430 y el 429 a. de C. y en el invierno del 427 al 426:

“Todos los ritos que hasta entonces habían seguido para enterrar a sus muertos fueron trastornados... La peste introdujo en Atenas una mayor falta de respeto por las leyes en otros aspectos. Pues cualquiera se atrevía con suma facilidad a entregarse a placeres que con anterioridad ocultaba, viendo el brusco cambio de formas de los ricos, que morían repentinamente, y de los que hasta entonces nada tenían y de pronto entraban en posesión de las riquezas de aquellos. De suerte que buscaban el pronto disfrute de las cosas y lo agradable, al considerar igualmente efímeros la vida y el dinero.

Y nadie estaba dispuesto a sacrificarse por lo que se consideraba un noble ideal, pensando que era incierto si iba él mismo a perecer antes de alcanzarlo.... Ni el temor a los dioses ni ninguna ley humana podía contenerlos, pues respecto de lo primero tenían en lo mismo el ser piadosos o no, al ver que todos por igual perecían; por otra parte, nadie esperaba vivir hasta que llegara la hora de la justicia y tener que pagar el castigo de sus delitos, sino que sobre sus cabezas pendía una sentencia mucho más grave y ya dictaminada contra ellos, por lo que era natural disfrutar algo de vida antes de que sobre ellos se abatiera”.

La indiferencia hacia la religión y la ley socavó la famosa democracia de la ciudad y dio lugar a un período de anarquía en el 411.

Convulsiones similares sufrieron algunos gobiernos romanos con las epidemias. Hubo una gran epidemia de viruela en el invierno del 165 al 166, durante el reinado de Marco Aurelio. Probablemente vino con los esclavos de África. La peste se inició hacia el 192 y redujo drásticamente la población desde Egipto hasta Atenas, y dejó pueblos desolados. Gibbon dijo que murieron cinco mil personas al día en Roma. Los muertos totales alcanzaron un porcentaje del diez al treinta por ciento de toda la población del imperio.

La sacudida se repitió muchos años después en el siglo VI, sumiendo en la más absoluta confusión la Constantinopla de Justiniano.

Pero la peor pandemia de la historia de la humanidad fue la peste negra de mediados del siglo XIV. Probablemente fue una reaparición de la que había afectado al imperio romano. Las principales razones de la enorme incidencia de la peste medieval hay que situarlas en el hecho de que la población mundial era un cincuenta por ciento superior a la de la época de Justiniano (329.000.000 en el año 1300 y 210.000.000 en 1500) y, sobre todo, había más ciudades en Europa occidental que en el siglo VI. Y dentro de ellas se constituía una red que facilitaba la transmisión y el contagio de la enfermedad.

Falleció entre un tercio y tres quintas partes de la población europea. Las cifras, crecían en los meses más calurosos del año, que era cuando atacaban las grandes oleadas de peste porque la pulga que la transmitía encontraba entonces condiciones más favorables.

En general, la peste derrumbó los cimientos de la leve economía medieval, pero en algunos países, como Inglaterra, fortaleció al Estado porque, ante la escasez crónica de comida y mano de obra, la Corona estableció controles sobre los salarios y los precios. En 1351, aumentó los impuestos per cápita, y obligó a trabajar a todos los hombres capacitados.

También tuvo repercusiones religiosas la peste negra, porque permitió el renacimiento o reviviscencia de algunos movimientos rebeldes, como los lolardos en Inglaterra y diversas órdenes, como la de los flagelantes, que creían aplacar el castigo divino con actos de arrepentimiento.

La epidemia de gripe de 1918 se originó con seguridad en el ejército británico, y se la identificó como “bronquitis purulenta con bronconeumonía”. Coincidió con la movilización bélica para la Primera Guerra Mundial, que afectó a setenta millones de hombres uniformados. Nunca antes en la historia se habían sacado tantos jóvenes de sus casas y sus puestos de trabajo y se los había amontonado en alojamientos precarios y transportado largas distancias en barcos y trenes estableciendo así condiciones óptimas para el desarrollo del contagio. Esta epidemia fue la conocida como “gripe española” y, al decir de Ferguson, se debió la denominación a que la prensa de la España neutral, libre de censura, informaba sobre ella con mayor precisión que ninguna otra

del mundo. Entre cuarenta y cinco y cincuenta millones de personas murieron como consecuencia de esa pandemia.

La persona más eminente que contrajo la gripe española en EE.UU fue el presidente Woodrow Wilson, que enfermó el 3 de abril de 1919, en el tiempo en el que se estaba negociando el Tratado de Versalles. Estuvo tres días en la cama, pero se imputa a la gripe que cediera en varios puntos esenciales en los que tenía diferencias con los europeos. Volvió de Europa agotado, y sufrió un grave derrame cerebral en 1919, que fue determinante de que no pudiera presentarse a la reelección.

El presidente Eisenhower tuvo que vérselas con dos epidemias durante su carrera como servidor público: la primera durante la gripe española, cuando estaba al mando de una fuerza de tanques de diez mil hombres; la segunda fue la pandemia de gripe asiática de 1957-58, cuando ya era presidente.

Eisenhower no declaró el estado de emergencia. No hubo confinamientos ni se cerraron las escuelas. Los estudiantes que enfermaban se quedaban en casa, como es habitual, y se siguió trabajando de forma más o menos ininterrumpida. La Administración no se endeudó para financiar créditos y ayudas destinados a los ciudadanos y las empresas, y el presidente sólo pidió al Congreso una limitada cantidad de dólares para reforzar el servicio de salud pública. La valoración popular de Eisenhower sufrió un deterioro, pero ningún historiador serio lo ha atribuido a la pandemia.

La decisión de Eisenhower en el 57 supuso que la responsabilidad se trasladara por completo de las medidas no farmacéuticas a las farmacéuticas. En los años de la gripe asiática EE.UU. contó con un científico de excepcional talento y lucidez: Maurice Hilleman, que era director del departamento de enfermedades respiratorias del centro médico del ejército. Había estudiado los síntomas de la enfermedad desde hacía muchos años, y ello permitió que EE.UU. pasara de la detección del riesgo pandémico a la vacunación en un tiempo asombroso. La primera noticia sobre la enfermedad apareció en el *New York Times* en abril del 57, y tres meses después los médicos de Fort Ord empezaron a vacunar a los reclutas del ejército. Hilleman se incorporó después al laboratorio Merck, donde, en los años sucesivos, desarrolló más de cuarenta vacunas experimentales.

2. Las tradiciones de la gobernación sanitaria en España y su marginación.

Publiqué a finales del pasado año un breve ensayo titulado *El poder y la peste de 2020*, en el que expuse las reacciones de los poderes públicos para hacer frente a las crisis epidémicas desde principios del siglo XVIII hasta la actualidad. Tomé como punto de partida la entrada de la peste negra, procedente de Marsella en 1720, analicé lo hecho, en el plano legal y administrativo a lo largo del siglo XIX y resumí las características que adopta el sistema sanitario público antes y después de la Constitución de 1978.

La utilización de la peste negra como primer momento relevante de la historia jurídico pública de las epidemias, se debe a que entonces hubo, por primera vez, una respuesta organizativa consistente en sustituir instituciones con muy escaso poder de intervención y acción positiva (el Protomedicato), por otras acordes con las reformas administrativas que implantó la monarquía borbónica al establecerse en España. Se Creó una Junta de Sanidad como organismo especializado en el seno del Consejo de Castilla en la lucha contra las epidemias.

Era un organismo de actividad intermitente, como lo fueron las oleadas epidémicas que sufrió España a lo largo del siglo. Las medidas que propuso siempre tuvieron que ver con el aislamiento de las personas y las cosas (cordones sanitarios, lazaretos...), consideradas entonces como los únicos remedios que habían mostrado cierta eficacia en el control de los contagios. Las propuestas de sustituir esta simplísima organización sanitaria por otra más poderosa y mejor informada, tuvieron un momento de apogeo en un periodo crucial de la vida política española como fue el de la elaboración de la Constitución de 1812. Mientras los diputados discutían en Cádiz nuestra primera Constitución, la ciudad estaba infectada por una grave epidemia de fiebre amarilla, vómito negro o peste americana. La inmediatez de la emergencia sanitaria puso de relieve, más que en ninguna otra ocasión anterior o posterior, la necesidad de configurar un sistema sanitario capaz de luchar contra ella. A partir de aquellos años se inició una interminable historia de propuestas y debates que no dejaron en todo el siglo, como no dieron descanso tampoco las epidemias (tercianas, fiebre amarilla y el cólera, presente de forma intermitente en el territorio español desde 1834), que abarca desde el proyecto de Código sanitario, que se discutió en las Cortes durante el trienio liberal (1820-1823) hasta la aprobación por Decreto, ya que las Cortes se mostraron incapaces de sacar adelante una ley sanitaria general, la Instrucción General de Sanidad de 1904. Casi todas las actuaciones de los poderes públicos fueron de contenido organizativo: ensayaban fórmulas de articulación territorial de los organismos competentes en materia de salud pública (Dirección General de Sanidad, juntas provinciales y juntas locales de sanidad) o regulaban la creciente pléyade de instituciones especializadas. Desde el punto de vista sustantivo, es decir, considerando la regulación de las medidas a adoptar en caso de epidemias, la Instrucción citada recogió buena parte del copioso arsenal que pretendió establecer el Código sanitario de 1822. Y esa tradición acabó recalando en la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

Remito a mi ensayo citado *El poder y la peste* para una explicación más detenida del recorrido de la acción pública contra las epidemias en los siglos XIX y XX. La Base 4.ª de la Ley citada resumió los conceptos principales. Se titulaba «Lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinfección y desinsectación». El modo de actuar la Administración sanitaria se atenía a lo siguiente: todo caso de enfermedad sospechoso de ser de origen infeccioso debía ser declarado por el médico que lo asistiera. Responsable única de la «ordenación de la lucha contra las enfermedades infecciosas en el territorio nacional» era la Dirección General de Sanidad. En cada provincia la dirección del servicio correspondía al Jefe de Sanidad respectivo, quien «asumirá la facultad de ordenar el aislamiento de los enfermos infecciosos, dando cuenta previa al

Gobernador civil de la provincia, bien en sus domicilios, bien en hospitales. De la misma facultad gozarán los alcaldes en sus jurisdicciones y, por su delegación, los jefes locales de Sanidad». Los jefes de Sanidad estaban habilitados asimismo para «aislar a los portadores de gérmenes, prohibiendo el ejercicio de determinadas profesiones. En las mismas condiciones, podrá prohibírseles el concurrir a centros y locales donde su presencia puede ser peligrosa para los demás, sometiéndolos a las medidas pertinentes hasta que dejen de ser perjudiciales a la sociedad». En fin, «La declaración de estado epidémico en todo el territorio nacional corresponderá al Consejo Nacional de Sanidad, y a los Consejos provinciales en las zonas de su demarcación, pero no será precisa la declaración de este estado para que puedan tomarse las medidas que estimen oportunas las autoridades. Declarada ya la epidemia, los jefes provinciales y locales de Sanidad podrán proponer a la superioridad la incautación de locales, de materiales, así como la utilización de los servicios profesionales que consideren precisos para combatir la epidemia. Corresponderá a la autoridad gubernativa, a petición de la sanitaria, en tiempo de anormalidad sanitaria, la prohibición de ferias y mercados, la clausura de escuelas, espectáculos y centros de reunión, así como la prohibición o reglamentación del comercio de objetos que se juzguen peligrosos para la salud pública. En caso de duda, la autoridad gubernativa podrá pedir informe a los consejos provinciales de sanidad o elevar consulta a la Dirección General del Ramo».

Estos esquemas normativos de actuación sanitaria en casos de catástrofes epidémicas o pandémicas no han sido nunca derogados en sustancia. Puede constatarse su legado en la legislación sanitaria posterior a la Constitución de 1978. La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 mantuvo la competencia del 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 dando cuenta inmediata al Pleno» (artículos 21.1.m y 124.4.h). Y la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, invocó en su preámbulo los principios y la tradición recogidos en el proyecto de Código sanitario de 1822, en la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y en la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, asumiendo la herencia de dos siglos de lucha contra las enfermedades infecciosas y los fundamentos regulatorios de la Sanidad preventiva en España. Según prescribe la Ley Orgánica 3/ 1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, las autoridades competentes para intervenir adoptando las medidas necesarias son las de cualquier nivel de gobierno territorial, desde las autoridades municipales hasta las estatales. Pueden intervenir en cuanto que «se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población». Y las «medidas» que se enuncian son todas las que la situación aconseje. El artículo tercero recoge esta habilitación y la hace extensiva a cualquier medida que sea oportuna para el control de los enfermos y de las personas que hayan estado en contacto con ellos y el medio ambiente inmediato. Y concluye haciendo uso de una cláusula general para que no pueda interpretarse la atribución de potestades con restricción alguna: *«así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»*.

Este criterio técnico de definir las competencias de intervención por medio de cláusulas generales de habilitación forma parte no solo de la tradición normativa española en lo que concierne a la lucha contra las emergencias sanitarias, sino que

reproduce una solución jurídica que ha sido general en los sistemas jurídicos europeos, sin excepciones reseñables. La habilitación mediante cláusulas generales a las autoridades gubernativas o sanitarias para que adopten las medidas que sean pertinentes, atendida la situación y las necesidades de cada momento, es la fórmula de la legislación alemana, de la francesa o de la italiana.

La defensa de la salud de la población ante situaciones epidémicas se ha atendido aplicando recursos sanitarios por las autoridades sanitarias y siempre se han considerado emergencias que, aunque hayan precisado de la aplicación de recursos gubernativos de limitación de derechos o de coacción, están incardinadas en el ámbito de la sanidad. Mucho más desde que a las reacciones clásicas del distanciamiento social empezaron a sumarse las de naturaleza farmacéutica como remedio prevalente. El último intento, previo a la pandemia de coronavirus, de precisar las competencias sanitarias de intervención en caso de trastorno grave de la salud colectiva, está en la Ley 23/2011, de 4 de octubre, General sobre salud pública, artículo 54, que mantiene las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986 y desarrolla algunos de sus conceptos sin variar el sentido y justificación de los poderes extraordinarios.

No obstante, una de las variaciones con respecto a los modelos preconstitucionales que más relevancia tiene es la ruptura de la centralización estricta que caracterizó a nuestro sistema sanitario hasta la aprobación de los estatutos de autonomía y de la Ley General de Sanidad de 1986. Las competencias ordinarias de gestión sanitaria corresponden ahora, dentro del Sistema Nacional de Salud a las Comunidades Autónomas. Y en supuestos de emergencia esta posición se mantiene, no obstante la evidente necesidad de coordinación de toda la organización sanitaria pública. Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud acogió esta apelación a la coordinación total. Su artículo 65 bis establece la obligación de los órganos competentes en materia de salud pública de las comunidades autónomas de comunicar al Ministerio de Sanidad, «en el caso de una situación de emergencia», la información epidemiológica y la relativa a la capacidad asistencial que se requiera y la identificación de las personas responsables de la misma, así como las medidas de prevención, control y contención adoptadas por las comunidades autónomas y las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial”. La información procedente de entidades locales se transmite por intermedio de la Comunidad Autónoma de su territorio. Sin perjuicio de la coordinación de las actuaciones, el artículo 65 bis evidencia que, en caso de necesidad sanitaria, todas las medidas de intervención las puede adoptar cualquier Administración Pública en su territorio, *sin esperar a pronunciamientos previos o autorizaciones de cualquier clase*.

El artículo 65 regula las «actuaciones coordinadas en materia de salud pública». La coordinación comprende al Estado y a las Comunidades y se inicia con una declaración del Ministerio de Sanidad. Su finalidad más destacada es «responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública». Para ello programa la utilización en común de instrumentos técnicos, se definen estándares mínimos para el análisis e intervención sobre problemas de salud y se activan o diseñan planes o estrategias. Nada hay en estas previsiones que se oponga a que cada entidad autónoma de carácter territorial adopte las medidas urgentes que se consideren necesarias en caso

de epidemia. Como siempre ha ocurrido a lo largo de la historia sanitaria de nuestro país.

La tradición jurídica resumida en los párrafos anteriores ha sido interferida, con ocasión de la pandemia de coronavirus, por medidas de orden público por completo ajenas a la misma. Las epidemias no han sido nunca en la historia administrativa española una cuestión de orden público tratada desde la perspectiva de la legislación reguladora de esta materia. Parecen evidentes las razones: una epidemia puede llegar a provocar algaradas, desórdenes o trastornos importantes del orden, pero no es por su naturaleza una acción dirigida a alterar el orden de las instituciones ni a perturbar la convivencia. Es, por el contrario, una situación de hecho, independiente de la voluntad de los ciudadanos, que afecta de modo grave a la salud colectiva y que tiene que ser tratada como un problema sanitario, no de orden público.

Es constatable en las leyes de orden público aprobadas a lo largo de la historia en España la exactitud de esta consideración. Las tres leyes principales de orden público dictadas a lo largo de nuestra historia han sido la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, en la que se establecieron, de acuerdo con la norma fundamental, «las medidas gubernativas que las Autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público, y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo, y contra el orden público» (artículo 2.º.1). Ley de 28 de julio de 1933, que definía el orden público por referencia al «normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y público ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución». (artículo 1.º). Y la Ley de Orden Público franquista de 30 de julio de 1959, que define el orden público del mismo modo que la de 1933 y, como ella, concibe que las alteraciones del orden público proceden de «actos», es decir, actuaciones o conductas de personas, no de «hechos». A diferencia de la norma republicana, en la de 1959 aparece un supuesto de perturbación del orden que tiene que ver con la sanidad. El artículo segundo g) establece que son contrarios al orden público «Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar epidemias y contagios colectivos». La epidemia en sí no se considera una situación contraria al orden público, sino que los son las transgresiones a las medidas antiepidémicas.

Esta situación legislativa fue ampliada por la Ley Orgánica de estados de alarma, excepción y sitio de 1 de junio de 1981, a la que se remitía el artículo 116 de la Constitución. Esta ley, pese a su nombre, es una ley de orden público por su contenido (posiblemente no asumió el legislador la tradición por las connotaciones represivas del término en el tardofranquismo) y en ella se tratan directamente las epidemias como una alteración del orden que justifica el establecimiento del estado de alarma. El estado de alarma, en la Ley de 1981, no se basa en la concurrencia de actos contrarios a la convivencia originados por la conducta de personas o grupos, sino en situaciones provocadas por hechos extraordinarios que no dependen de la voluntad de las personas, tales como catástrofes, situaciones de desabastecimiento, paralización de servicios esenciales y, por lo que ahora interesa, «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación grave».

No deja de ser llamativo que, pese a la innovación importante que introdujo la citada Ley, no desplazara las formas y potestades de las autoridades sanitarias, consolidadas en la tradición a que me he referido, puesto que el artículo 12.1 permite que los órganos competentes puedan adoptar «por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, *las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas*». Es decir, que la utilización del estado de alarma como respuesta a las epidemias y crisis sanitarias se concibió por el legislador como un complemento de las actuaciones de necesidad previstas en la legislación sanitaria. No ha pretendido sustituirlas.

Cabe preguntarse, por tanto, qué es lo que aporta la ley de 1981, si es que añade algo, a la legislación sanitaria, cuyos contenidos tradicionales aparecen ratificados en legislación posterior. La indagación al respecto ofrece resultados bastante magros. Ciertamente la declaración de estado de alarma implica la posible limitación de la libre circulación de personas y vehículos, requisas de bienes y servicios personales; intervenciones y ocupaciones de industrias, fábricas, talleres o explotaciones; la limitación o racionamiento del uso de servicios y bienes de consumo; controlar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los centros de producción. También habilita la unificación del mando para dirigir la situación, que corresponderá al gobierno, sin perjuicio de las delegaciones que se acuerden.

Pero, como puede verse en toda la legislación sanitaria, desde el siglo XIX a las leyes vigentes, ninguna de esas medidas requeriría la declaración previa de estado de alarma porque dicha legislación ofrece habilitaciones suficientes para que las autoridades tomen medidas como las enunciadas, o parecidas a ellas, con semejantes efectos sobre los derechos individuales. La diferencia radica (si acaso y no necesariamente) en la menor especificación o detalle con que se confieren las habilitaciones porque las de carácter sanitario relativas a las epidemias se contienen en cláusulas generales comprendidas en la legislación ordinaria, mientras que las del estado de alarma se concretan más en la ley de 1981 y en el decreto que lo declara. Puede considerarse que aquella opción normativa forma parte de una tradición jurídica, extendida en toda Europa, que se explica por la dificultad de establecer previsiones detalladas sobre las características de las intervenciones del poder administrativo que van a ser precisas, considerando que la evolución e incidencias de una epidemia son de difícil predicción.

3. Las consecuencias jurídico constitucionales de la pandemia.

Es improbable que una crisis pandémica de tanta duración como la provocada por la covid no produzca alteraciones del régimen constitucional ordinario. La historia muestra esta correlación implacable. Europa no ha sido una excepción en el año 2020 y en estados significativos, como Francia o Alemania, además de aplicar la legislación sanitaria, han aprobado nuevas normas para favorecer una acción directa del poder federal (Alemania) cuando carecía de competencias suficientes (Ley de 2020, en el país citado, de *protección de las infecciones*) o para modular los tipos de respuestas preexistentes (creación de un nuevo *etat d'urgence sanitaire* en Francia, por Ley de 23 de marzo de 2020, y Decisión del *Conseil Constitutionnel de 5 de agosto de 2021*). Pero la estabilización constitucional se ha producido siempre en poco tiempo, como también es propio de las situaciones de emergencia: la excepcionalidad jurídica no debe durar más que aquellas.

En España la pandemia ha albergado una seria crisis constitucional. Hay piezas del sistema institucional que han quedado dislocadas, fuera de sus órbitas legítimas; los derechos individuales han pasado por una etapa de seria inseguridad; los poderes territoriales han aceptado un reparto de competencias de ocasión, contra la que apenas han protestado porque les ha servido para sacudirse responsabilidades muy pesadas; los tribunales han sido invitados a ejercer funciones propias de la Administración pública; y los juristas hemos pasado por momentos de gran tribulación.

A). El desconcierto de los juristas.

Comenzaré el comentario por esto último, aunque no podré extenderme mucho, a pesar de ser muy atractiva la incitación, debido a la brevedad que la ocasión impone a este discurso que, además, no está dirigido a una comunidad integrada exclusivamente por especialistas. Lo que quiero expresar es, sin embargo, simple: el Real Decreto 463/2020 de 20 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para adoptar medidas contra la expansión de la epidemia, generó un estado de opinión lleno de contradicciones entre los juristas especializados en Derecho Público. No recuerdo otro caso igual, por su intensidad y por la amplitud del desacuerdo, desde que la Constitución entró en vigor.

Algunos analistas (J. Ridao, G. Domenech, por ejemplo) han ensayado clasificaciones de las opiniones vertidas en periódicos y revistas, asegurando que las de los constitucionalistas forman un bloque más o menos homogéneo, que sostiene interpretaciones distintas de las de los administrativistas, que también son unívocas casi por completo. Es curiosa, por lo menos, la clasificación, que parece retomar aquella vieja cantinela de que la columna vertebral del Derecho Público está en el Derecho Administrativo y no en el Derecho Constitucional (hablo de la doctrina española, claro está), y que los cultivadores de aquella disciplina están más próximos al utillaje del Derecho y los de la segunda a las herramientas de la política. Vana distinción que, si fue posible alguna vez, el tiempo se ha encargado de diluir. Es más, en el debate al que ahora voy a aludir los constitucionalistas se han mostrado más intransigentemente formalistas que los administrativistas, lo que siempre hace sospechar que algunos han abrazado el credo de la literalidad y se afanan en un culto en el que no se considera ni la historia de las instituciones ni la realidad social a la que sirven.

Lo curioso del caso, desde mi punto de vista, ha sido la manera de argumentar de bastantes intervinientes en la polémica. No ha parecido importante que las interpretaciones del ordenamiento conduzcan a resultados absurdos o poco productivos o, incluso, manifiestamente inconvenientes para la lucha contra la pandemia; lo importante, en el sentir de quienes han adoptado posiciones dogmáticas inflexibles, ha sido la salvaguarda de su manera de entender la Constitución y las normas que la han desarrollado, sobre todo en materia de derechos.

Este tipo de planteamientos me recuerda un artículo de Santi Romano, incluido en sus *Frammenti de un Dizionario Giuridico* (editado por Giuffré en 1947, se editó por Ed. Jurídicas de Europa- América, Buenos Aires 1964 una traducción española de S. Sentis y M. Ayerra, y, recientemente, de la misma traducción, por Comares, Granada 2002) ; se titula “Glissez, mortels, n’appuyez pas”. Romano dice que esta expresión resumía un consejo del entrenador Pierre Charles Roy a sus pupilos de patinaje, recomendación que consideraba por completo aplicable a los juristas que tienen la “pedante sutileza de quienes gustan, como suele decirse, de hendir en tres un cabello”.... Se refiere “a aquellos que, y no son pocos, se aferran a algún concepto, que a veces no es más que un mal concepto, e insisten incansablemente en él, a fin de poner de relieve todos los puntos de vista desde donde puede examinárselo, todos sus aspectos, todas sus facetas, todas las consecuencias lógicas que pueden inferirse de él, creyendo que así lo definen mejor. Y no advierten que de este modo, frecuentemente, no consiguen más que enturbiarlo, esfumar sus contornos o, por el contrario, hacerlos demasiado precisos, cuando no pueden ser tales por naturaleza, al utilizarlo a fuerza de limarlo y esfumarlo y disolverlo, tal como ocurre con la nieve sobre la cual se aprieta demasiado, en vez de resbalar... Ciertamente, al formular un concepto, al enunciar un principio, al delinear un instituto, es necesario ser exactos y precisos, pero la exactitud y la precisión exigen que no se torne rígido lo que es flexible, ni sólido lo que es fluido; más todavía, se exige también que lo que debe examinarse en conjunto, para que resulte su verdadero aspecto, no se fraccione en trozos diminutos, que luego no se puedan recomponer en conjunto”

Algo así ha ocurrido con las interpretaciones de los juristas sobre las normas aplicables a la epidemia.

El núcleo del debate radica en la cuestión de saber si fue legítima la declaración de estado de alarma o, por el contrario, supuso un error constitucional porque lo procedente hubiese sido declarar el estado de excepción. En relación con ello, si era necesario recurrir a la Ley de estados excepcionales de 1981 o bastaba con aplicar la legislación sanitaria. No repito ni los contenidos de estas leyes, que ya he resumido, ni me detengo a exponer la decisión final de los tribunales sobre el debate, que dejo para un poco más adelante. Ninguna duda cabe que la Ley de 1981 habilita al Gobierno expresamente para declarar el estado de alarma en caso de epidemia, otra cosa es que fuera más procedente jurídicamente cualquiera de las otras opciones mencionadas.

Pero el debate ha sido bastante más abigarrado y complejo. He aquí una muestra de cuestiones sobre las que se ha polemizado: a), competencias de las Comunidades Autónomas para adoptar medidas antiepidémicas individuales y generales apoyándose en lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/ 1986, de 14 de abril, de medidas en materia de salud; b) adecuación a la Constitución de las cláusulas generales de habilitación de potestades excepcionales de limitación de derechos, contenidas en la legislación sanitaria; c) la función de la reserva de ley y la predeterminación normativa de las potestades de limitación de derechos; d) ¿las habilitaciones generales contenidas en la legislación sanitaria son habilitaciones en blanco, inaceptables constitucionalmente, o pueden ser desarrolladas y completadas mediante reglamentos y “medidas” de aplicación? e) La alteración del régimen constitucional de competencias ampliando las responsabilidades ejecutivas de Estado para luchar contra la epidemia ¿es constitucionalmente admisible?, ¿es viable en un Estado que ha transferido toda la organización administrativa de la Sanidad Pública a las Comunidades Autónomas?; f) ¿la regulación establecida en el Decreto de alarma establece limitaciones de derechos individuales o los suspende?; g) ¿es más protector de los derechos el estado de excepción porque impone un mayor control parlamentario? La mayor parte de estas cuestiones han sido abordadas y respondidas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en términos que voy a exponer seguidamente. No diré que han quedado definitivamente resueltas porque las dos sentencias del primero en las que ha abordado la adecuación a la Constitución de los decretos que declararon el estado de alarma, fueron aprobadas por estricta mayoría simple de los miembros del Tribunal y cuentan con contundentes votos discrepantes de los magistrados que quedaron en minoría. Además su doctrina ha sido severamente criticada por muchos juristas, participantes o no en el debate principal. Por su parte, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que son las que han venido a resolver la mayor parte de las cuestiones que he dejado enunciadas, han sido, en general, valoradas como interpretaciones adecuadas de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Tal vez lo único que sigue sin explicar con suficiente desarrollo sea lo más evidente; a saber: que muchas de las categorías jurídicas e instituciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico tienen que ser moduladas, flexionadas o interpretadas de manera diferente a la ordinaria cuando el Estado y la sociedad se ven afectados por una situación de emergencia. En estos casos, la legalidad ordinaria queda parcialmente desplazada por una legalidad de excepción, integrada no solo por normas especiales para la ocasión, sino también por otras interpretaciones de la legalidad ordinaria, que faciliten a los poderes públicos la lucha por preservar la salud pública. No es posible admitir interpretaciones del ordenamiento que dificultan hasta el extremo la intervención inmediata de la Administración ante una situación que pone gravemente en peligro la salud pública.

B). La posición del Tribunal Constitucional.

La controversia que se llevó ante el Tribunal Constitucional se refería, casi exclusivamente, a la cuestión de la adecuación a la Constitución de la declaración de estado de alarma, por considerar los recurrentes que procedía haber declarado estado de excepción. El Tribunal se ha pronunciado en sentido favorable a las pretensiones de los recurrentes en las Sentencias de 14 de julio y 27 de octubre de 2021 y ha anulado parte del Decreto. La argumentación de que se ha valido la mayoría de magistrados que lo integran para adoptar tan severa decisión está desarrollada sobre todo en la primera de las sentencias citadas, que se pronunció sobre la impugnación del Real Decreto 463/2020, de 20 de marzo, que declaró el primer estado de alarma adoptando medidas contra la epidemia; consideró el Tribunal lo siguiente:

Nuestra Constitución establece una distinción, apoyada en dos circunstancias concretas, “entre el estado de alarma y el de excepción, la primera de esas perspectivas permite apreciar que ambos estados son declarados por el Gobierno, si bien ‘dando cuenta al Congreso’ (en la alarma) o ‘previa autorización del Congreso’ (en el estado de excepción: artículo 116.2 y 3 CE). La segunda, que en la alarma sólo cabe limitar derechos; en excepción (y sitio), cabe suspenderlos...”

Así pues, y por lo que hace específicamente a su posible incidencia en los derechos fundamentales, la declaración de un estado de alarma no consiente la suspensión de ninguno de los derechos de tal rango (que sí cabe para determinados derechos en el supuesto de proclamación del estado de excepción o el de sitio, conforme a los artículos 55.1 y 116.3 y 4 CE), pero sí ‘la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (STC 83/2016, FJ 8) que habrán de atemperarse a lo prescrito en la LOAES y a las demás exigencias que la Constitución impone’...”

“De esta forma, y respecto al límite genérico que acaba de invocarse, ‘suspensión’ y ‘limitación’ de derechos fundamentales son nociones jurídico constitucionales que deben ser perfiladas, pues sólo a partir de una definición de principio cabe situar en sus justos términos la fundamentación de las pretensiones

deducidas en este proceso: como se ha visto, la demanda equipara la ‘suspensión’ con una limitación especialmente intensa de los derechos fundamentales invocados, que excedería el alcance constitucionalmente reconocido al estado de alarma, por lo que no podría venir amparada por el decreto ahora impugnado.

En este sentido, una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de ‘limitación’ (o ‘restricción’) es más amplio que el de ‘suspensión’, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico.

En efecto conforme a los diccionarios de la lengua española y panhispánico del español jurídico, los términos ‘limitación’ o ‘restricción’ hacen referencia, en última instancia, a la ‘acción y efecto’ de ‘reducir a menores límites’ algún ‘derecho o facultad’; mientras que la ‘suspensión’ implica una ‘cesación’ o privación ‘temporal’, que ‘impide temporalmente el ejercicio de un derecho’”. Toma la sentencia también el ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde aparecen los conceptos de restricción, derogación (artículo 15) o suspensión. De todo lo cual concluye que la suspensión “parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que sólo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas al margen de la suspensión”.

Más adelante argumenta el Tribunal que no basta con que un decreto encuentre acomodo en la LOAES para limitar derechos, sino que es necesario tener en cuenta también el principio de proporcionalidad.

Utilizando estos criterios generales, analiza la sentencia los preceptos impugnados para determinar si en cada caso puede apreciarse una suspensión de los derechos concernidos o limitaciones más o menos importantes de los mismos. Y concluye que las medidas adoptadas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 7, y la habilitación contenida en el apartado 6 del artículo 10, que permite modificar o ampliar las medidas, son contrarias a la Constitución porque suponen no una limitación, sino una suspensión o cesación de derechos.

La posterior sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021 atiende la impugnación del Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov2, y concluye estimando la nulidad de varios artículos y apartados de artículos.

La argumentación es sustancialmente la misma establecida en la sentencia anterior. Es decir, como se repite en el apartado B, titulado “Limitaciones de derechos fundamentales durante el estado de alarma. Doctrina general”, “El real decreto declarativo del estado de alarma ‘podrá llegar a establecer restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que excedan de las ordinariamente previstas en su

régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (artículo 116.1 y 2 CE)'. Por otra parte, 'estas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el artículo 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los anteriores requisitos, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten''.

También repite el Tribunal que "Los términos 'suspensión' y 'limitación' de los derechos 'son nociones jurídico constitucionales que deben ser perfiladas'. En una primera aproximación se parte de la idea de que la limitación es un concepto 'más amplio que el de la suspensión, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico'. En el concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión 'parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que sólo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas al margen de la suspensión''.

A esta tesis de la mayoría del Tribunal se opusieron cinco votos particulares, que expresaron diversas razones de disconformidad. Todos considerando que fue constitucionalmente adecuada la declaración de estado de alarma. El magistrado Xiol en su largamente argumentado escrito aseguraba, analizando los antecedentes parlamentarios de la Constitución que "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". Resulta de los precedentes que el parlamento consideró que la figura aplicable a las epidemias era el estado de alarma. No cabe duda literal en la ley. Distinguir entre ambos estados excepcionales dependiendo de la gravedad de la mayor o menor limitación de los derechos sitúa su régimen en una situación de extrema inseguridad, dada la dificultad de establecer cuándo una limitación es tan profunda como para considerarla suspensión, habida cuenta de que no hay ningún criterio determinado en que fijarse.

La sentencia considera que el art. 7 produjo una suspensión de derechos a la libertad de circulación "de altísima intensidad"; suspensión y limitación son categorías jurídicas distintas. El magistrado Conde Pumpido argumentó que suspensión es supresión temporal del derecho, o "desplazamiento circunstancial o pro tempore de la norma constitucional", de modo que su régimen pasaría a ser sustituido para el que se establezca para los estados de excepción y sitio. Los derechos suspendidos pierden su condición de derechos constitucionales. La suspensión hace que el derecho pierda eficacia temporalmente y sea sustituido su régimen de ordenación por el dispuesto en la ley orgánica. En el estado de alarma, sin embargo, el contenido del derecho queda disminuido, incluso de modo drástico, pero sin que desaparezcan algunas de las

garantías constitucionales de su contenido, como es el sometimiento de la restricción al principio de proporcionalidad.

“Sin embargo – continua el magistrado mencionado-, para la sentencia de la que discrepamos, lo procedente hubiera sido hacer desaparecer el derecho a la libre circulación mediante su suspensión declarando el estado de excepción. Proponer que se garantizan mejor los derechos de los ciudadanos suprimiéndolos en lugar de restringiéndolos dejando incólumes sus garantías constitucionales, es, a mi juicio, no comprender adecuadamente el sistema de derechos fundamentales establecido en nuestra norma fundamental”.

También discrepa de que pueda tenerse como criterio para saber cuándo un derecho fundamental es suspendido en lugar de restringido, el carácter singular o general de la restricción. Tampoco vale el criterio de la intensidad de la medida, que no puede ser determinante de que la limitación mute en suspensión. La suspensión exige, para el discrepante, “una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las referidas garantías constitucionales”. La clave de la suspensión es la sustitución del régimen de garantías al que se someten las limitaciones de un concreto derecho, y no el grado de intensidad o la generalidad de éste.

La conclusión de Conde Pumpido es que

“constituye una cierta tradición en el Tribunal citar la frase del primer presidente, García Pelayo, quien señaló que la función del Tribunal Constitucional es resolver problemas políticos con argumentos jurídicos.

La sentencia de la mayoría hace exactamente lo contrario. No resuelve, sino que crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias, privándole del instrumento que la ley determina expresamente para hacer frente a las crisis sanitarias, que es el estado de alarma. Y no responde a criterios propiamente jurídicos, pues dichos criterios deben proporcionar certeza y seguridad jurídica, mientras que en el caso actual, se utiliza un atajo argumental (calificar como suspensión una restricción intensa de un derecho fundamental) para estimar la inconstitucionalidad de una medida sanitaria solicitada por un partido político, que previamente la había apoyado expresamente en el debate y votación parlamentaria de la prórroga del estado de alarma”.

C). La doctrina del Tribunal Supremo.

No hay mucho más que decir, más allá de lo expresado en el debate transcrito, sobre la dificultad extrema de discernir qué clase de proclama es más pertinente para atajar una crisis de carácter epidémico. Ya he expuesto mi idea de que todas las medidas de orden público son extrañas a la policía de epidemias, que se han de resolver con los medios establecidos en la legislación específicamente sanitaria. Pero si alguno de aquellos estados de emergencia es pertinente aplicar, el que el legislador ha señalado expresamente es el estado de alarma. No cabe duda ni por los antecedentes ni por el

tenor literal de la ley. Distinguir entre limitaciones de “altísima intensidad” y suspensiones es en extremo difícil, y no hay otra manera que distinguir entre una y otra figura que observar si la intervención pública supone un cambio de régimen jurídico del derecho, una alteración sustancial de las garantías que la Constitución establece.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha situado en un nivel bastante más aclaratorio de los problemas que las acciones antiepidémicas venían planteando. Durante las primeras semanas de la emergencia pandémica, se discutió si las comunidades autónomas y otras administraciones territoriales tenían competencias para adoptar medidas sin autorización del Estado o sin el auxilio de los tribunales, y las respuestas, en los casos en que sus actuaciones fueron impugnadas habían sido muy dispares. Por otro lado, estuvo pendiente durante un año la cuestión de saber si, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, la legislación sanitaria contiene habilitaciones en favor de las autoridades administrativas lo suficientemente amplias como para que puedan adoptar las medidas que convengan, incluso limitando o suspendiendo derechos, sin necesidad de que se haya declarado previamente la situación de estado de alarma o de excepción.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 719/2021, de 24 de mayo, ponente P. Lucas Murillo de la Cueva, ha sido la primera en afrontar estas cuestiones iniciando una jurisprudencia clara y definitivamente clarificadora, coincidente también con las tesis que he venido sosteniendo sobre estos problemas jurídicos. Se dicta resolviendo un recurso de casación interpuesto contra el Auto de 9 de mayo de 2021, dictado por el TSJ de Canarias, que denegó la ratificación de las medidas adoptadas por acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 de mayo de 2021.

El TS examina el Auto, que se refiere a las medidas especiales adoptadas en virtud de las leyes sanitarias de 1986 y la de Salud Pública de 2011 ya mencionadas. Limitaba la entrada y salida de personas en las islas, la libertad de circulación de personas en horario nocturno, los encuentros familiares y sociales en espacios públicos y privados a un máximo de personas, y la estancia en lugares de culto. Examina lo establecido en los artículos 3º de la Ley Orgánica 3/1986, 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011. Y sienta la siguiente interpretación como ratio decidendi de su fallo:

“Este conjunto de preceptos 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- y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de las sanciones, por ejemplo en su sentencia número 14/2021.

Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran

susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos, si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación, siempre que se den las condiciones por ella previstas ...”.

La comprobación que se pide a las salas de los tribunales que conocen en primera instancia de estas cuestiones se ha de referir exclusivamente a verificar si la Administración que pide la ratificación es la competente, invoca los preceptos legales de las leyes sanitarias, identifica el peligro grave para la salud pública, establece la extensión del riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal, y justifica que no tiene otros medios para afrontarlo. El tribunal requerido deberá concluir si dicha justificación es suficiente, y si la limitación pretendida es necesaria, idónea y proporcionada.

Una sentencia inmediatamente posterior del TS, Sección Cuarta de la Sala Tercera, nº 788/2021, de 3 de junio, ratificó la doctrina con algún énfasis añadido (ponente Luis M. Díez Picazo):

“de nuestra sentencia 719/2021 ya se desprende que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma. Entonces se dijo que, al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. No es ocioso, sin embargo, dar algunas explicaciones sobre este punto. Que el Gobierno y el Congreso de los Diputados considerasen necesario, en marzo de 2020 y en octubre de 2020, declarar el estado de alarma, y con base en el mismo se restringieran determinados derechos fundamentales no significa que, una vez levantado el estado de alarma, no exista una base constitucionalmente idónea para adoptar medidas sanitarias de lucha contra la pandemia que restrinjan algunos derechos fundamentales...”.

El Tribunal no entra a valorar la idoneidad del estado de alarma. Solamente reitera que en la Constitución hay base para la restricción de derechos habilitada mediante leyes orgánicas o leyes ordinarias. En el caso de la sentencia, el Ministerio Fiscal reclamaba la anulación de las medidas de ratificación por considerar que las medidas adoptadas sólo podían valer en el marco del estado de alarma. Las cláusulas generales de habilitación, establecidas en la legislación sanitaria, se acomodan de modo suficiente a los principios de reserva de ley y predeterminación de los poderes que confieren, considerando la singularidad de las situaciones que contemplan. No son

remisiones en blanco ilegítimas que impliquen una declinación o renuncia, por parte del legislador, de los poderes que tienen atribuidos. En fin, considerando el reparto de competencias ejecutivas establecido en la Constitución y los estatutos de autonomía, las comunidades autónomas pueden aplicar directamente esas previsiones legales, sin más intermediación del Estado.

4. Juzgar a la Administración es también administrar.

La intervención de las comunidades autónomas, usando sus competencias sanitarias para contrarrestar la epidemia, ha constituido otro foco de polémica. La cuestión discutida ha sido si sus potestades alcanzan la limitación o suspensión de derechos de los ciudadanos. Cuando comenzó la pandemia algunas comunidades autónomas se adelantaron al Estado estableciendo medidas de distanciamiento social o confinamiento de personas. El primer Real Decreto que declaró el estado de alarma confirmó su legitimidad y las convalidó, pero decidió una centralización de la gestión de la crisis que condicionó la autonomía de gestión de las administraciones territoriales. Casi simultáneamente, estas actuaciones sanitarias se condicionaron con la importante carga de tener que compartirlas con la jurisdicción contencioso administrativa; quiero decir que se varió la legislación procesal para establecer una intervención judicial de validación de la legalidad de las medidas de intervención. Esta regulación convirtió a los jueces y salas en lo contencioso administrativo en coadministradores de la gestión contra la epidemia, en la medida en que la autorización judicial de las decisiones de Administración competente se convirtieron en imprescindibles para su eficacia y ejecutividad.

Esta participación de los jueces en las funciones administrativas no es algo nuevo; por el contrario, la historia de la separación entre la Administración y la Justicia, establecida como principio de organización del Estado en todas las Constituciones de la Europa continental a partir de la Revolución francesa, ha seguido un largo recorrido desde sus primeras aplicaciones hasta su consagración definitiva que, en España, ha tenido lugar con la Constitución de 1978 (he estudiado esta transformación en mi libro *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989; hay una nueva edición en Bogotá, Temis, 2020). Fueron órganos de naturaleza administrativa, incardinados en el Ejecutivo no en el poder judicial, los que fueron encargados de juzgar a la propia Administración activa en los orígenes del contencioso administrativo, muy señaladamente en Francia pero también en España cuando se implantó la jurisdicción contencioso administrativa en 1845. La tarea de juzgar a la Administración se consideró más una tarea administrativa que algo propio de la función judicial. Sus fundamentos los expresa sintéticamente el aforismo *Juger a l'Administration c'est encore administrer*, sobre el que se fundó el régimen de lo contencioso. A partir de este criterio organizativo, la separación entre la Administración y la Justicia se ha ensanchado sobre la base de reducir las tareas judiciales de los órganos administrativos y eliminando interferencias entre la Justicia y la Administración. La meta a alcanzar era que los jueces no pudieran intervenir de ninguna manera en la función de administrar, ni los administradores públicos pudieran

condicionar las decisiones judiciales. Ese ideal se ha conseguido casi por completo durante la vigencia de la Constitución de 1978.

La depuración de las interferencias ha sido un proceso largo y difícil, que no puedo relatar con detalle en este momento (lo examino con detalle en mi estudio “Los poderes de oficio del juez administrativo”, en la obra *Por el Derecho y la libertad*. Libro homenaje a Juan Alfonso Santamaría Pastor, Madrid, Iustel, 2014) pero es de notar que la propia Constitución, de modo absolutamente excepcional, previó un solo supuesto en que las decisiones administrativas, para gozar de ejecutividad, necesitan autorización judicial. Se trata de las entradas y registros de domicilios. Siendo el domicilio inviolable, el artículo 18.2 de la Constitución establece que esas medidas de intervención necesitan autorización judicial. Los jueces no son coautores de la decisión administrativa, pero comprueban su legalidad anticipadamente.

Esta técnica de garantía, establecida para el limitado caso de la inviolabilidad de domicilio, se ha extendido inopinadamente, con ocasión de la pandemia de covid, a todas las medidas que impliquen limitaciones de derechos. Al margen de las consideraciones que ahora formularemos desde el punto de vista jurídico, cae por su peso que, en una época de emergencia no es lo más razonable establecer procedimientos nuevos que reduzcan la agilidad de las respuestas administrativas, sino favorecer lo contrario en la medida de lo posible.

Se ha procedido a reformar la Ley 29/98, de la jurisdicción contencioso administrativa, para establecer una nueva regulación de los artículos 10.6, 10.8 y 11.1 i) que prescriben ahora lo siguiente:

Artículo 10.6

“Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada...”

Art. 10.8: competencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia:

...

8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito

distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Artículo 11

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

...

“De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente” .

Las reformas concluyen con lo establecido en el artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, que ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un recurso de casación contra los autos dictados en procedimientos de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública que afecten a destinatarios no identificados individualmente.

Se ha establecido de esta manera un sistema de coadministración judicial de la pandemia, tan innecesario como insólito. Lo primero porque se priva de virtualidad a un principio clásico que afecta al funcionamiento de la Administración pública, tanto en España como a la mayoría de los países europeos, que es el de ejecutividad de los actos administrativos; es decir, la regla según la cuál los dichos actos gozan de presunción de legalidad, es obligatorio cumplirlos por sus destinatarios, y pueden ser ejecutados forzosamente por la propia Administración. Todo lo cuál sin perjuicio de su posible impugnación posterior y enjuiciamiento por los tribunales. Lo segundo, porque esta alteración del sistema convierte a los jueces en coadministradores, les impone decidir en asuntos sobre los que carecen de competencia técnica, como son todos los que conciernen a la acción contra la epidemia, y puede retrasar la eficacia de las medidas hasta que se pronuncie el Tribunal Supremo. Ciertamente se han agilizado los procedimientos para evitar esta consecuencia, pero no tanto como para evitar atrasos que pueden ser trágicos.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 719/2021, de 24 de mayo. Ponente P. Lucas Murillo de la Cueva, ha sido la primera en establecer una interpretación adecuada de las intervenciones judiciales. Conoció el Tribunal Supremo en casación del Auto de 9 de mayo de 2021, dictado por el TSJ de Canarias, que denegó la ratificación de medidas adoptadas por acuerdo del Gobierno de Canarias de 6 de mayo de 2021.

El Tribunal Supremo examina el Auto, que se refiere a las medidas especiales adoptadas en virtud de las leyes sanitarias de 1986 y la de Salud Pública de 2011, ya mencionadas. Las medidas de las autoridades gubernamentales limitaban la entrada y

salida de personas en las islas, la libertad de circulación de personas en horario nocturno, los encuentros familiares y sociales en espacios públicos y privados a un máximo de personas, y la estancia en lugares de culto.

Lo primero que considera el Tribunal es el alcance del artículo 15 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, que estableció el recurso de casación contra los autos dictados en procedimientos de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública que afecten a destinatarios no identificados individualmente.

Afirma la Sentencia que no desconoce el debate constitucional que se ha desarrollado en torno a esta medida, sobre la que hay planteada una cuestión de inconstitucionalidad, admitida a trámite por Tribunal Constitucional, “señal de que no la ha considerado manifiestamente infundada”. Pero a la espera de que el TC se pronuncie, debe resolver los recursos de casación que se planteen.

Es muy importante su estimación de la naturaleza de la autorización judicial para la eficacia de las decisiones administrativas. La doctrina que sienta es que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa exige que la disposición general o acto administrativo obtengan la aprobación o visto bueno de la Sala de lo contencioso-administrativo correspondiente, lo que tiene el siguiente significado jurídico:

“Ello significa que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente. En otras palabras, la ratificación prevista en estos preceptos ‘no es una especie de validación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones requeridas para ser eficaz: no es un acto provisional o claudicante que pueda ser aplicado en el lapso temporal que media entre su adopción por la Administración y la resolución judicial que se pronuncia sobre su ratificación’ (esta doctrina la establecieron anticipadamente los Autos de 20 de mayo de 2021, dictados en los recursos de casación núm. 3417, 3425 y 3473/2021)”.

Aclara que esta conclusión deriva del hecho de que si sólo se pretendiera un control sucesivo de las actuaciones de la Administración, ya existía la vía contenciosa ordinaria y no era preciso modificar la ley. El juicio que el tribunal debe realizar en este nuevo supuesto debe referirse “a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas. A falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen de fondo”. Por lo mismo, no puede condicionar el control de legalidad que se efectúa a través del contencioso pleno.

La comprobación que se pide a las salas de los TSJ se ha de referir exclusivamente a verificar si la Administración que decide es la competente, invoca los preceptos legales de las leyes sanitarias, identifica el peligro grave para la salud pública, establece la

extensión del riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal, y justifica que no tiene otros medios para afrontarlo. La Sala deberá concluir si dicha justificación es suficiente, y si la limitación pretendida es necesaria, idónea y proporcionada.

La consecuencia de esta doctrina es que las medidas sanitarias no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, no son aplicables; y, por otro lado, que si se deniega la ratificación judicial, la Administración no tiene que dejar sin efecto la orden o medida porque nunca fue eficaz. Así lo dice la propia Sentencia. Pero todavía cabe establecer otra conclusión más importante, que no está recogida en la Sentencia, como es que la participación decisoria del juez o tribunal es necesaria para complementar la resolución administrativa y, por tanto, ello supone que estamos ante una codecisión en la que uno de los participantes, el órgano judicial, acepta o rechaza una medida sin contar con competencia ni medios para evaluar su pertinencia y adecuación al fin que con ella se persigue, ya que la mecánica procesal de estas autorizaciones no permite una prueba plena y contradictoria sobre la legalidad de la actuación o sobre el control de la discrecionalidad que, inevitablemente, comporta.

Menudean después las sentencias del Tribunal Supremo sobre la procedencia de casar o no medidas de ratificación adoptadas o rechazadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Todas aplican el esquema argumentativo que acabo de referir.

5. La ruptura de los principios en materia de competencias territoriales.

Aludiré ahora, por último, a otra crisis importante, provocada por la pandemia: la alteración del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

No es preciso que recuerde que las competencias del Estado están fijadas esencialmente en el artículo 149 de la Constitución y las autonómicas se concretan en los estatutos de autonomía. Este marco regulador puede ser alterado de maneras concretas que prevé la Constitución: el Estado puede transferir o delegar competencias mediante ley orgánica (artículo 150. 2), puede aprobar leyes de armonización en los supuestos y con las mayorías parlamentarias que establece el artículo 150.3; o puede acordar una intervención de las previstas en el artículo 155, cuando sucedan incumplimientos autonómicos que afecten gravemente al interés general. Al margen de estas previsiones, el Estado puede concretar o delimitar competencias autonómicas en los casos en que algunos apartados del artículo 149.1 se lo permiten, pero sin desconocer las atribuciones que han hecho los estatutos.

Estos principios están firmemente asentados en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no es caso de repetir ahora (remito, para más detalles, a mi libro *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2 vols. 2ª ed, Madrid, Iustel, 2006). Fuera de este marco, no hay en la Constitución otros preceptos atributivos de competencias que permitan al Estado desconocer el reparto fijado en los estatutos y

sustituirlo por cualquier otro criterio. En este sentido, el artículo 116 de la Constitución que se refiere a los estados de alarma, excepción y sitio, no es un precepto atributivo de competencias que permita al Estado dictar normas que cambien el orden establecido.

El reparto de competencias en materia de sanidad se ha llevado a cabo en los estatutos partiendo de la reserva al Estado, en el artículo 149.1.16ª, de las “Bases y coordinación de la sanidad”. También está exhaustivamente explicada en la jurisprudencia constitucional, siguiendo lo que los autores habían establecido, la significación de los conceptos “bases” y “coordinación “. El primero tienen que ver con la fijación, principalmente mediante normas, pero no exclusivamente a través de normas, la regulación general del sistema de prevención y atención a la salud de las personas. El segundo, a la puesta en común de actuaciones, planes y medidas, para conseguir una actuación coherente y armonizada de las competencias, cuando están repartidas entre diferentes órganos. No alcanzan estas atribuciones, ni sobre las bases ni sobre la coordinación, a legitimar una sustitución de los órganos competentes ni a alterar el contenido mismo de las competencias.

Durante la pandemia ha ocurrido esto último. Puede decirse que, salvo falta de información por mi parte, ha sucedido sin grandes protestas por parte de los perjudicados. Ha sido (y es, lamentablemente, todavía) tan grave la situación que se ha relajado mucho la rigidez, y la observancia, del reparto de competencias. Lo importante era actuar y lo secundario quién asumía la responsabilidad de hacerlo.

La muestra mejor de las alteraciones del régimen de las competencias está en los propios reales decretos que declararon el estado de alarma.

Las medidas anticovid habían comenzaron el 24 de febrero de 2020, cuando la consejería de Sanidad de Canarias decidió confinar a setecientas personas quince días en un hotel de Tenerife. Diversas comunidades autónomas adoptaron diversas decisiones de protección a lo largo del mes marzo. Cataluña habilitó a las autoridades sanitarias incluso para realizar confinamientos de la población. En días sucesivos lo hicieron el País Vasco, Galicia, Murcia y Extremadura.

Existía una amplia reacción autonómica cuando el 14 de marzo se aprobó el Real Decreto “por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19”.

Hasta entonces todas las comunidades autónomas habían utilizado las habilitaciones contenidas en la cláusulas generales contenidas legislación general de sanidad. Cataluña había invocado su propia legislación autonómica sanitaria también.

La centralización acordada con el primer decreto de alarma, rompió con las iniciativas autonómicas. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma reorganiza las competencias y determina cuál será la autoridad competente para actuar:

Artículo 4:

1. La autoridad competente será el Gobierno.
2. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este Real Decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) la ministra de Defensa, b) el ministro de Interior, c) el ministro de Transportes, movilidad y agenda urbana, d) el ministro de Sanidad.

Artículo 6: cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios.

Disposición adicional 1ª: ratifica “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, que continúan vigentes y producirán los efectos previstos en ellas siempre que resulten compatibles con este Real Decreto”.

La norma acuerda una estricta centralización de la gestión que, salvo los aspectos relativos a la coordinación (contemplados como modulación de las competencias autonómicas tanto en la legislación sanitaria que vengo citando como en el artículo 149. 16ª de la Constitución), es competencia de las comunidades autónomas según sus estatutos. También se inhabilita a las entidades territoriales para acordar más actuaciones, fuera del marco de los establecido en el Real Decreto, aunque se respetan y mantienen vigentes las adoptadas con anterioridad (ni siquiera puede aceptarse que un decreto del gobierno, aunque tenga valor de ley, puede privar de vigencia a disposiciones autonómicas acordadas en materias de su competencia).

Este régimen de las competencias sanitarias sobrevenido, es rectificado claramente en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declara de nuevo el estado de alarma: asegura en su preámbulo que las administraciones sanitarias competentes en salud pública “en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública”, e indica que deben aplicarse las dos leyes de 1986 y la de 2011 en materia sanitaria. Pero añade que “en una situación epidemiológica como la actual resulta imprescindible combinar las medidas previstas en la legislación sanitaria con otras del ámbito del Derecho de excepción”. Es decir, que ahora se acepta la plena pertinencia de las medidas sanitarias, que se desplazaron, sin embargo, en marzo 2020.

Y en lo que hace a las competencias territoriales, cambia la asignación de la condición de “autoridad delegada”, antes conferida a miembros del Gobierno exclusivamente. Transcribo el precepto:

Artículo 2: autoridad competente es el Gobierno de la nación.

2. En el apartado 2 se añade “En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía”.

3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones

para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno, ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Art. 13: “Coordinación a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

La articulación de los poderes no está técnicamente bien resuelta, aunque se haya evitado la centralización que impuso el primer Real Decreto. No lo está porque, aunque la Ley de 1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, crea la figura de la “autoridad delegada”, no se apoya en un título competencial (el artículo 116 de la Constitución no tiene esa condición) que permita al estado reordenar el sistema competencial y asignar a las comunidades autónomas la función de delegadas (con todas las consecuencias que ello comporta respecto del régimen jurídico), transformando competencias que en los estatutos tienen la condición de propias. Las potestades estatales en materia de coordinación sanitaria permiten modular las atribuciones autonómicas para lograr actuaciones no contradictorias ni estridentes, fijando planes y programas, proclamando directivas o criterios de actuación; pero no le permiten cambiar el régimen estatutario de las competencias. El problema está mal resuelto en la ley de 1981 y, en desarrollo de la misma, también lo está en los reales decretos que declararon el estado de alarma. Si se hubiera tratado de una declaración de estado de excepción tal vez podrían haberse puesto en juego las competencias del artículo 149.1. 29 sobre seguridad pública, atribuidas plenamente al estado. Pero el estado de alarma se ha acordado por razones sanitarias, la ley de 1981 no ha desplazado a la legislación sanitaria, y el régimen de ejecución de las medidas correspondientes debe seguir los criterios preferentes del reparto de competencias en la materia concernida, que es la sanidad, no el orden público.

Los comentarios que he formulado al principio de este apartado bastan, sin necesidad de más insistencia por mi parte, para evaluar el alcance de la crisis constitucional en materia de reparto de competencias que ha producido la normativa anti pandemia.