

Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia

versión On-line ISSN 2448-5136versión impresa ISSN 2448-5128

Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.6 no.16 Guadalajara nov. 2020
Epub 27-Ene-2021

<https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.408>

DERECHO COMPARADO

El estado de alarma al descubierto

Enrique Arnaldo Alcubilla¹

¹ Colegio de Abogados de Madrid, España enrique.arnaldo@urjc.es

I.- Planteamiento: el contexto político-social para afrontar la pandemia en el siglo XXI

Como una recurrente maldición secular, el año 2020 permanecerá escrito en letras negrísimas por la voraz pandemia del COVID-19, como en los libros de los peores recuerdos ha perdurado la de la gripe de 1918-1919, que tan mortífera resultó. El contexto político y socio-económico del primer tercio del siglo XX no es, en absoluto, equiparable ni siquiera análogo al del siglo XXI por cuánto: a) El Estado democrático constitucional se ha consolidado y, como concluyera **Francis Fukuyama**, no conoce alternativa, pues es la superior forma convivencial; b) El Estado democrático constitucional se ha comprometido, además, en ser social y, por ende, promotor de la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, procurando garantizar las condiciones esenciales de la existencia; c) La sociedad es estructuralmente abierta, y además, exigente en el acceso al conocimiento y la información y en el requerimiento de la transparencia pública; d) Una de las grandes transformaciones -como anticipara **Mosquera Sánchez** hace más de sesenta años- ha sido la configuración de un Poder Judicial no subordinado si no independiente que dice y aplica la ley y el derecho ante cualquier controversia que se le plantee, desapareciendo las áreas exentas o inmunes a su control; e) En fin, la responsabilidad de los titulares de los poderes públicos no es únicamente la política, más etérea e indeterminada, sino asimismo la jurídica -penal, civil y administrativa- incluso la económica derivada del manejo de los fondos públicos. La responsabilidad es el contrapeso necesario a la confianza depositada en los gobernantes por el pueblo soberano, el cual en ningún momento deja de ser el dueño del poder del que aquéllos son solo gestores o administradores que deben dar cuenta estricta de todos los actos realizados en el ejercicio de las funciones que la ley les encomienda.

Ciertamente, desde sus orígenes, la humanidad se ha enfrentado a decenas de epidemias causantes de grandes estragos. El escritor sefardí Elías Canetti aseguró que la que teme más el hombre "es ser tocado por lo desconocido", por aquello que es extraño o incontrolable. En su Historia de la Guerra de Peloponeso- como rememora **Recuerda Girela**- Tucídides narró una epidemia de tal gravedad que "el aniquilamiento de hombres (que produjo) no se recordaba que hubiera tenido lugar en ningún sitio". Pericles murió a causa de aquella epidemia y Atenas perdió su hegemonía política y social en favor de los peloponesios. Desde aquélla de la que el historiador da cuenta se han sucedido dramáticamente pestes, viruelas y otras enfermedades infecciosas combatidas con los medios disponibles ("salus populi...") y que, de un modo u otro cambiaron el curso de la historia, como la ha cambiado la que a nuestra generación ha tocado vivir con el tristemente célebre COVID-19, de largo el más agresivo que hemos sufrido y que se ha traducido en centenares de miles de muertos, en varios millones hospitalizados sin conocerse las posibles secuelas, en la paralización de la vida económica con un brutal empobrecimiento de gran parte de la población, en cifras descomunales de paro, en cierres de empresas y microempresas,... La segura y optimista sociedad del siglo XXI ha sufrido un shock traumático que ha desdibujado y puesto en cuarentena el que Heck denominará "principio esperanza" al que estábamos agarrados en nuestro optimismo existencial confiados en la generalización del bienestar común y compartido.

El coronavirus ha transformado la humanidad entera y, con toda probabilidad, también a todos y cada uno de los miembros de la comunidad universal, en cuanto a sus formas de hacer y no hacer; también en creencias y convicciones, en el retorno a miedos y contenciones derivados de las medidas de aislamiento y de soledad por más activamente que haya funcionado la conectividad digital... Pero, sobre todo, la crisis ha despertado un generalizado espíritu crítico, de decepción primero y de rechazo después, ante el tambaleante actuar de la mayor parte de los gobiernos y de los gobernantes. Como escribió **Consueña Madrigal** "siempre debe frenarse la ilegítima apropiación de poder por parte de los poderes constituidos que deben gestionar la crisis y su recuperación, pero bajo el estricto control de las instituciones democráticas, apoyadas por la ciudadanía activa y crítica. En esta crisis se ha evidenciado, salvo en casos muy puntuales, el fracaso de los controles, el sacrificio desmedido de las libertades, la marginación de principios estructurales del Estado democrático como el de transparencia, el abuso de la legislación de emergencia y de la propaganda."

Declamamos antes que las epidemias producen grandes transformaciones, son seísmos de alta intensidad que convulsionan todos los tejidos sociopolíticos y económicos. En una visión de conjunto no resulta aventurado concluir que esas transformaciones han permitido avanzar hacia la construcción de una sociedad abierta, pero que en el momento presente se abren serias incógnitas ante la acción conjunta de diversos ismos herméticos de los que los más peligrosos son el populismo, el nacionalismo y, por todos, el autoritarismo.

II. Las diferentes respuestas en el Estado Constitucional ante la pandemia del COVID-19

No pocos de los epidemiólogos más renombrados identificaron las noticias provenientes de Wuhan (China) con el recurrentemente invernal virus de la gripe, por lo que solo hasta entrado el mes de enero tanto la OMS como sociedades científicas y centros de investigación comenzaron a detectar el mortal impacto de un ignoto virus que iba saltando desde el continente asiático con una deficiente información y escaso conocimiento, acreditándose la incapacidad de los Gobiernos de anticipar, adelantarse y establecer previsiones de reducción o limitación del impacto tan brutal. Ya es tarde para rasearse las vestiduras por la nula visión con altura de miras, y además la evaluación de este hecho corresponde, ya, al ámbito de las responsabilidades políticas y jurídicas, en cada país.

No ha habido una respuesta uniforme, homogénea -la de algunos países es desconocida dado que son sociedades cerradas - sino diversa, si bien, con trazos gruesos, podemos reducir a un trío los modelos aplicados. Por un lado, la declaración por el Ejecutivo de alguna de las situaciones de anomalía en la vida constitucional del Estado -sea el estado de alarma, emergencia, alerta, excepción o calamidad pública- que es la respuesta en gran parte de los países iberoamericanos y que, en el continente europeo, ha aplicado España. Por otro lado, la adopción de medidas limitativas, de contención y control, con base en la legislación sectorial de protección civil, salud pública o seguridad, que es la respuesta generalizada en la mayor parte de los países europeos, y entre ellos, por ejemplo, Alemania, Italia, Holanda o a Austria. En fin, la excepción o singularidad francesa, cuya Asamblea Nacional aprobó -con velocidad vertiginosa- el 23 de marzo una ley por la que se declara el estado de emergencia sanitaria por un periodo de dos meses.

III. La respuesta en España: la declaración de estado de alarma y sus prórrogas

1. La Constitución española, en su art. 116, regula el llamado derecho de necesidad -que en el Estado constitucional- forma parte de la Norma Suprema como instrumento para su defensa, y no para su eliminación, como adelantara Löwenstein. El derecho de necesidad comporta básicamente la potenciación de las facultades del Ejecutivo para hacer frente a una situación en la que resulta "imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes", como dice el art. 1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución. Claro es que el derecho de necesidad no tiene una única expresión, sino tres que se corresponden a grados distintos de intensidad en razón de la naturaleza de la crisis: calamidad o desgracias públicas (estado de alarma), orden público (estado de excepción), insurrección o acto de fuerza contra el ordenamiento constitucional (estado de sitio).

En cualquier caso, se establecen una serie de garantías comunes a los tres estados de emergencia para la protección del ordenamiento constitucional de las consecuencias derivadas de su declaración: prohibición de disolución del Congreso de los Diputados (no así del Senado, marginado de toda intervención en estos estados); no modificación del principio de responsabilidad política del Gobierno y de sus agentes; no interrupción del funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado; y, en fin, prohibición de la suspensión de derechos fundamentales, salvo los susceptibles de serlo conforme al artículo 55 de la Constitución, pero exclusivamente en el caso de que se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, pero en ningún caso en el de alarma. A estas garantías constitucionales añade la Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, los principios que han de regir e informar la declaración y vigencia de cada uno de los estados de emergencia: los principios de necesidad y temporalidad, de temporalidad o transitoriedad, de vigencia inmediata y de publicidad y de responsabilidad (arts. 1 a 3), a los que, por supuesto, hemos de adicionar, los de legalidad y de razonabilidad. Como he explicado en otro lugar la Constitución expresa tal principio de razonabilidad de modos muy diferentes pues en el Estado democrático de Derecho el poder político expresa su voluntad de someterse a la racionalidad expresada en el Derecho.

2. Pues bien, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, para la gestión de la situación de crisis sanitaria, ocasionada por el COVID-19, al amparo del art. 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, que específicamente prevé su aplicación ante "crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves", siendo de aplicación a todo el territorio nacional y con una duración de 15 días.

De acuerdo con lo previsto en el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 concreta el Real Decreto las medidas limitativas o restrictivas adoptadas en cuanto a la circulación de personas, de contención en el ámbito educativo y de formación, en la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos recreativos, de hostelería y restauración, en lugares de culto, así como medidas de reforzamiento del Sistema Nacional de Salud, de aseguramiento del suministro de bienes y servicios esenciales, de organización del transporte, de garantía del abastecimiento sanitario, de suministro de energía y faculta para la práctica de requisas temporales de bienes y de imposición de prestaciones personales obligatorias.

El Gobierno, que es el habilitado con carácter exclusivo para la declaración del estado de alarma, dio cuenta de la misma al Congreso de los Diputados facilitándole la información requerida, si bien -como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril- "esta dación de cuentas no altera el carácter exclusivo de la competencia gubernamental para declarar inicialmente el estado de alarma por un plazo máximo de quince días, configurándose como un mecanismo de información que puede activar e impulsar, en el marco de la relación fiduciaria que ha de existir entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados, un control político o de oportunidad sobre la declaración del estado excepcional y las medidas adoptadas al respecto... Se trata, en todo caso, de una intervención de la Cámara *a posteriori*, una vez que ha tenido lugar la declaración gubernamental del estado de alarma, y de naturaleza estrictamente política, esto es, que si el resultado, si la intervención parlamentaria se llegase a concretar o formalizar en algo, no vincula jurídicamente al Gobierno, ni condiciona ni altera, por lo tanto, el contenido del decreto por el que se ha llevado a cabo la declaración del estado de alarma".

En cambio el Gobierno no puede actuar por sí solo para ampliar la duración del estado de alarma, y requiere, al efecto, de la autorización expresa del Congreso de los Diputados, que puede en este caso establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la o las prórrogas, pues aunque el art. 6 de la Ley Orgánica 4/1981 utilice el singular, no se excluye que haya prórrogas sucesivas. Sorprendentemente la Ley Orgánica no fija un tiempo máximo de duración del estado de alarma (a diferencia del de excepción, cuyo límite es de 60 días) y tampoco dispone de forma expresa el plazo máximo de cada prórroga, aunque debe inferirse en una interpretación finalista y sistemática, acorde con el principio de proporcionalidad, que las prórrogas no pueden exceder del plazo determinado para su declaración inicial tanto más cuanto que; como dice el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, "las medidas así como la duración... serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad".

3. Han sido seis las prórrogas solicitadas por el Gobierno y autorizadas por el Congreso de los Diputados por mayorías progresivamente más magras y con mayor discusión política y social, particularmente porque tras la primera etapa -que abarca hasta la tercera prórroga- se anunció el "Plan para la transición hacia una nueva normalidad" -del que **García Trevijano** comenta que es un "peligroso oxímoron pues la ley habla solo de "normalidad" no adjetivada- estructurada en fases de la bautizada como "desescalada", es decir, de salida progresiva de la crisis por territorios, atribuyendo la potestad decisora sobre el "avance hacia la normalidad" al Ministerio de Sanidad, haciendo uso de una delegación de gobierno cuya validez -señala el último autor citado- es harto discutible, y conforme a un esquema "que se traduce en decisiones de plano y que lleva a la arbitrariedad (incluida la desigualdad)" pues no se funda en criterios públicos predeterminados sino en "indicadores diversos para la libérrima decisión de aquí".

En fin, no han sido pocas las voces, en el foro de la política y en el académico, que han defendido que, superada la fase crítica, se debía operar para la "desescalada" con la legalidad ordinaria, y , en concreto, como señala **Berzosa**, con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, en lugar de añadir más prórrogas al estado de alarma que computan algo más de tres meses consecutivos en los que el gobierno está dotado de poderes excepcionales. Como bien señaló **Flores Juberías** el de alarma es un estado excepcional, no susceptible de cronificarse.

IV.- Evaluación de daños

España se encuentra de luto oficial, 40.000 muertos, según cifras que resultan del INE, han impactado dolorosamente a la sociedad española, que tardará en recuperarse incluso anímicamente, como de los tres meses largos de enclaustramiento y de tantos jirones dejados por el camino. Pero no somos psicólogos ni sociólogos, tampoco políticos, sino juristas y, aunque todavía apresuradamente, hemos de avanzar una primera evaluación de daños llamemos jurídicos o jurídico-políticos que solo enunciaremos.

a) El estado de alarma ha comportado una severísima afectación de los derechos fundamentales en términos tales que han devenido puramente teóricos o gnoseológicos, es decir inejercitables, razón por la cual algunos autores (no pocos) han sostenido que habían sido suspendidos, lo que no es factible en el estado de alarma.

b) No han funcionado regularmente los poderes constitucionales del Estado. El Congreso de los Diputados, inexplicablemente, suspendió los plazos parlamentarios y suspendió las sesiones de control político del Gobierno, y después, tras dejar este acuerdo sin efecto, ha pasado a ejercer solo muy parcialmente algunas de sus funciones de modo que únicamente se ha reunido en Pleno para: 1) El debate y votación de las autorizaciones para las sucesivas prórrogas y para la convalidación de la docena de decretos-leyes aprobados por el Gobierno; 2) El "question time" y debate de las interpelaciones o debates de política general sin votación. Y en Comisión exclusivamente para la celebración de conferencias sectoriales de los miembros, Gobierno o autoridades públicas, en ambos casos -Pleno y Comisión - con aforo limitado en los términos autorrestrictivos pactados entre los grupos parlamentarios.

c) No ha funcionado tampoco regularmente el Tribunal Constitucional que asimismo tempranamente suspendió sus plazos procesales y que en tres meses se ha reunido en dos ocasiones, ambas no presencialmente. La primera, para la admisión a trámite de algunos recursos de inconstitucionalidad contra uno de los decretos de prórroga de la alarma (disposición a la que se atribuye rango y valor de ley por la STC 83/2016 antes citada) y contra algunos de los decretos-leyes aprobados, así como de algunos recursos de amparo sobre materia absolutamente ajena a la situación derivada de la crisis sanitaria. La segunda reunión lo fue para aprobar su, Sala Primera, el reprochable Auto por el que inadmite el recurso de amparo planteado contra la prohibición de la celebración de una manifestación en vehículos cerrados el 1 de mayo en una ciudad española.

d) No han funcionado tampoco regularmente los Juzgados y Tribunales, salvo para los asuntos urgentes en el orden penal, pues también fueron suspendidos los plazos procesales, por lo que ni del Tribunal Constitucional ni del Poder Judicial ha habido respuesta a las demandas de tutela de derechos e intereses legítimos.

e) No han funcionado ni el supremo órgano consultivo del Gobierno, el Consejo de Estado, que no ha sido consultado más que respecto de una Orden, ni tampoco el Defensor del Pueblo que, según el art 54 de la Constitución, es el Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos ciudadanos y para la supervisión de la actividad de la Administración Pública que, en términos generales, tampoco ha actuado con regularidad.

f) Se ha conformado un Código normativo, formalizado para el combate contra el COVID-19, elefantíaco, con miles y miles de páginas que han desbordado las páginas del Boletín Oficial del Estado, y que se ha constituido en un ordenamiento alternativo al ordinario, alterando el sistema de fuentes del Derecho y el principio de jerarquía normativa.

g) Por si fuera poco tanto la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio como incluso la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública -cuya aplicación se ha obviado- han acreditado notables insuficiencias, carencias y limitaciones, pero también los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado y los medios de funcionamiento de las Cámaras, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial... Como escribe **Flores Juberías**, la lista de normas que la pandemia ha revelado como obsoletas está lejos de ser exhaustiva, "pero es el apunte de un deber para el legislador, dotarnos de un marco normativo adecuado para hacer frente futuras emergencias."

BIBLIOGRAFÍA

F. Fukuyama. *El fin de la historia y el último hombre*. Planeta 1992; [[Links](#)]

L. Mosquera Sánchez. "El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo". *Revista de Administración Pública* num.46 (1965); [[Links](#)]

Miguel Ángel Recuerda Girela. "La prioridad de la salud es una falacia". La Razón, 27 de mayo de 2020; [[Links](#)]

C. Madrigal. "La sociedad cautiva". *El Mundo*, 4 de mayo de 2020; [[Links](#)]

K. Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona, 1970; [[Links](#)]

E. Arnaldo Alcubilla. "Salus populi est lex, sed lex superior est Constitutio. Sobre el ejercicio de derecho de manifestación en el estado de alarma" *Diario la Ley* nº9637, 21 de mayo del 2020; [[Links](#)]

J. A. García Trevijano "Alarma o despropósito". *ABC*, 18 de mayo de 2020; [[Links](#)]

D. Berzosa. "El estado de alarma no puede seguir". *ABC*, 4 de mayo de 2020; [[Links](#)]

C. Flores Juberías. "Paisaje (legislativo) después de la batalla" *Las Provincias*, 27 de mayo de 2020. [[Links](#)]