

# ENFRENTAR RIESGOS PARA LA SEGURIDAD SANITARIA EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO. LECCIONES A APRENDER DE LA COVID-19

ROSARIO SERRA CRISTÓBAL  
*Catedrática de Derecho Constitucional*  
*Universitat de València*

TRC, n.º 51, 2023, pp. 231-257  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. La afección a los derechos fundamentales por razón de seguridad. II. Los estados de excepcionalidad como medida de preservación del Estado constitucional de Derecho. III. Cuando las circunstancias excepcionales se convierten en permanentes. IV. Afrontar la crisis sanitaria fuera del marco de un estado de excepcionalidad. V. La necesidad de adoptar una Ley de carácter orgánico que regule presentes y futuras emergencias sanitarias como la causada por la COVID-19.

## I. LA AFECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR RAZÓN DE SEGURIDAD<sup>1</sup>

Se viene diciendo que son muchos los riesgos a los que se enfrentan nuestras sociedades, riesgos que pueden suponer, todos ellos, una amenaza para la seguridad (bien sea la seguridad nacional, la seguridad pública, la seguridad humana, la seguridad económica, la seguridad sanitaria, ...o cualquier otra) (Ulrich Beck,

<sup>1</sup> Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos» (Ref. PID2021-126552OB-I00). Comunicación seleccionada para su publicación en el XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: Estado constitucional pospandemia: ¿crisis o fortalecimiento?.

2006 y 2011). Entre las amenazas o riesgos pueden encontrarse las crisis medioambientales, los conflictos armados, el terrorismo yihadista, las ciberamenazas, las crisis económicas globales, los grandes flujos migratorios o las epidemias sanitarias como la causada por el CoV-SARS-2, solo por poner algunos ejemplos. Todas ellas son de carácter global y, en muchas ocasiones, pueden referir a algo que todavía no ha ocurrido pero que, en caso de producirse, podría generar un daño notable, por lo que es necesario adoptar medidas para evitarlo o minorar ese posible daño.

Una de esas clásicas amenazas que siempre ha estado ahí, la de una pandemia, se ha materializado en una crisis epidemiológica global que los ciudadanos solo hubiésemos imaginado en una de esas obras distópicas que los libros o la pantalla nos han brindado. El COVID-19 ha puesto en jaque a las sociedades y gobiernos de los más variados puntos del planeta, sin distinción entre sociedades más o menos desarrolladas. Al igual que otras amenazas u otros riesgos, la pandemia ha incrementado la vulnerabilidad de los Estados y el equilibrio económico de los mismos y sus ciudadanos, además de afectar a la salud y vida de millones de individuos. A su vez, las decisiones que se han adoptado para luchar contra la pandemia han puesto en riesgo otros bienes preciados en cualquier sistema democrático, empezando por los derechos fundamentales de los ciudadanos y continuando con la propia democracia (Bogain, 2017). En este mismo sentido, precisamente, el Comité Económico y Social de la UE en el Dictamen sobre «El impacto de la COVID-19 en los derechos fundamentales y el Estado de Derecho en toda la UE y el futuro de la democracia», de 23 de febrero de 2022, (2022/C 275/02), recordaba cómo «el Estado de Derecho se caracteriza por una relación interdependiente, inseparable y triangular con los derechos fundamentales y la democracia» y que la respuesta a la crisis actual debía ser rápida, requiriendo ciertas medidas excepcionales y limitadas en el tiempo, pero que «no pueden ir en contra del Estado de Derecho ni poner en peligro la democracia, la separación de poderes y los derechos fundamentales de la ciudadanía europea» (Conclusiones 1.3 y 4).

La experiencia nos ha demostrado que las respuestas de los Estados desmesuradas o indebidamente dilatadas en el tiempo pueden convertirse a su vez en una amenaza contra los propios derechos de la ciudadanía (Carrasco Durán, 2010; Clifford, 2017; Serra Cristóbal, 2020). Por poner un claro ejemplo, las medidas que con los años han ido adoptándose frente al fenómeno del terrorismo global son paradigmáticas de cómo la sobrevaloración de la seguridad en nuestros días ha derivado en la aceptación social de que nuestras libertades deben ceder en favor de dicha seguridad hasta unos límites preocupantes. La existencia de una amenaza para derechos o bienes de la ciudadanía, —como puede ser la seguridad—, ciertamente, puede llevar a una respuesta por parte de los poderes públicos que conduzcan a una privación del normal ejercicio de los derechos y libertades. Pero, hay que conciliar la situación excepcional por su extensión y riesgo con la menor lesión posible al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades. González Cussac y Flores Giménez (2018: 54) subrayan que una de las cuestiones principales hoy es «cuánto riesgo razonable debe aceptarse en una

sociedad avanzada» y cuándo es preciso dar un paso adelante y adoptar medidas a sabiendas de que cercenan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. En ese balance entre intereses en juego el principio de proporcionalidad debe ser la regla que ha de presidir la actuación de los poderes públicos cuando enfrentan amenazas o desafíos a la seguridad.

El COVID-19 nos ha situado, una vez más, ante ese mismo escenario, pero esta vez con un riesgo global para la seguridad (sanitaria) mucho más evidente y, lamentablemente, con una afectación mucho más palpable de forma directa en la salud y la vida de millones de ciudadanos en el mundo. Además del riesgo para la salud y la vida de los ciudadanos, sin duda, el COVID-19 ha puesto de relieve de nuevo la forma tan rápida en que los derechos de la ciudadanía pueden verse coartados cuando se lucha por la seguridad. Desde que la Organización Mundial de la Salud declaró oficialmente el 11 de marzo de 2020 la existencia de una pandemia provocada por el SARS-CoV-2, en numerosos países del mundo empezaron a adoptarse medidas —dirigidas a evitar la propagación del virus— que restringían derechos. Por centrarnos en España, algunas Comunidades Autónomas (CCAA), que son las competentes en materia sanitaria, se vieron obligadas desde el primer momento a cerrar perimetralmente algunos municipios, limitando la movilidad de los ciudadanos, a impedir la salida de huéspedes de un hotel, o a la suspensión de la actividad escolar en centros educativos, por poner algunos ejemplos. Esas primeras medidas excepcionales usaron una batería de normas que se ubicarían en el Derecho administrativo propio de lo que se englobaría en el llamado *Derecho de necesidad*. Como paraguas para adoptar esas medidas limitativas previstas en la legislación de emergencia, algunas CCAA publicaron decretos y órdenes de desarrollo de las leyes habilitantes de sanidad, otras adoptaron acuerdos de los Consejos de Gobierno con respaldo en esas mismas normas y otras activaron sus planes de emergencia sanitaria. Lamentablemente, pronto se evidenciaría que la amenaza era mucho más seria de lo que inicialmente parecía, que se hacía necesaria una respuesta estatal urgente y contundente que evitara el contagio exponencial de la enfermedad, y que ello podría afectar de forma grave al ejercicio de los derechos de toda la población. Como indicaba Carmona Contreras (2021:30), las extraordinarias medidas que habían de adoptarse y la gravosa afección a los derechos que ello conllevaba dejó en evidencia la necesidad no solo de articular las decisiones a escala nacional sino también, y sobre todo, de recurrir a los instrumentos jurídicamente idóneos en función de lo previsto en el marco constitucional, esto es, la declaración del estado de alarma.

Por supuesto, el recurso a un estado de emergencia como forma de responder a la situación creada por la pandemia no fue exclusivo de España (Díaz Crego, 2021: 401-402<sup>2</sup>). No es la primera vez que un Estado reacciona frente a una

2 De los 27 Estados miembros de la UE, 10 declararon un Estado de excepción constitucional durante la primera ola de la pandemia (Bulgaria, República Checa, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo,

situación de excepcionalidad o anormalidad decretando un estado de excepcionalidad/emergencia. Ciertamente es que en nuestro país la experiencia había sido muy escasa, limitándose a la declaración del estado de alarma cuando se produjo la huelga de los controladores aéreos en 2010, una declaración de excepcionalidad que por las consecuencias y duración no es en absoluto parangonable con las que vinieron provocadas por la COVID-19.

Con el objetivo de contener la propagación de la infección causada por el virus y hacer frente a las diferentes olas de contagios que se han ido produciendo, al estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 (Real Decreto 463/2020) —con sus durísimas medidas y sus reiteradas prórrogas—, le siguieron el declarado el 9 de octubre para diversos municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid (Real Decreto 900/2020)<sup>3</sup> y el estado de alarma decretado el 25 de octubre de 2020 para todo el territorio español (Real Decreto 926/2020). Este tercero y último finalizaba el día 9 de noviembre de ese año, pero sería prorrogado el 3 de noviembre por 6 meses más, a propuesta del Gobierno y autorizado por el Congreso (Real Decreto 956/2020), y su finalización se produjo el 9 de mayo de 2021.

## II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIONALIDAD COMO MEDIDA DE PRESERVACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

### 1. Los estados de emergencia como garantía de los derechos fundamentales. La limitación de derechos durante la COVID-19

Hablar de garantía y de limitación de derechos y libertades requiere a su vez ubicarnos en dos escenarios distintos: uno, el de normalidad, y otro, el de excepcionalidad. Una situación de anormalidad o excepcionalidad es aquella que viene provocada por elementos de la suficiente intensidad como para generar una alteración seria en el normal acceso a bienes, servicios y derechos o en el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y servicios esenciales, o cualquier

Portugal, Rumania, Eslovaquia, España), cifra que se vio reducida a 5 Estados miembros durante la segunda (y la tercera y cuarta, en algunos casos) ola (Eslovaquia, República Checa, España, Hungría y Portugal). La reducida proporción en el uso del Estado de excepción fue debida, en muchos casos, bien a unos estados de emergencia previstos constitucionalmente que no estaban pensados o no eran útiles para afrontar la pandemia, o ante la duda sobre su adecuación se decidió no activarlos, o simplemente, porque no existía tal previsión constitucional.

<sup>3</sup> Alcobendas, Alarcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz. Tuvo una duración del 9 al 24 de octubre. Durante el periodo establecido se restringió la entrada y salida de personas de estos municipios a aquellos desplazamientos adecuadamente justificados por listado tasado de motivos (cumplimiento de obligaciones laborales, asistencia a centros sanitarios, asistencia a centro educativo, realización de exámenes o pruebas, retorno al lugar de residencia habitual...)

otro aspecto del orden público, o más aún lo sería una posible insurrección o un acto contar la soberanía de un Estado.

Las situaciones excepcionales pueden venir provocadas por un riesgo o una amenaza a la que hay que responder de un modo urgente, para lo cual puede ser útil, incluso necesaria, la declaración de un estado de emergencia/necesidad/excepción. Estos tienen un sentido: habilitan a los gobiernos y sus agentes con mayores poderes con el fin de que puedan ofrecer una respuesta más ágil y apropiada a la situación de emergencia (Ferejohn y Pasquino, 2004). Lo que sucede es que, entre otras cosas, ello puede conllevar la limitación en el ejercicio de derechos y, como indicaba Carmona Contreras (2021:38), ello puede suponer no la mera limitación parcial o la imposición de ciertas condiciones a su ejercicio, sino incluso la imposibilidad de tal ejercicio en momentos o circunstancias determinadas. Aunque, no debemos olvidar nunca que la declaración de un estado de excepcionalidad, en principio, constituye una garantía de la propia Constitución y de las instituciones y derechos en ella reconocidos. Nos encontramos «ante el intento, más o menos logrado, de que el Derecho siga presente en las situaciones excepcionales» (Presno Linera, 2022: 6). Y, como indicaba, Revenga Sánchez (2006-7: 61) «lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad».

La pandemia del COVID-19 sin duda nos ubica en una situación sanitaria excepcional como no habíamos vivido en más de cien años, cuando irrumpió con virulencia en todo el mundo la llamada *fiebre española*. La gravedad de la nueva emergencia sanitaria global condujo al Gobierno español a la declaración de uno de los estados de excepcionalidad previstos en la Constitución, —el menos grave, el estado de alarma—, aunque ciertos grupos políticos y algunos autores pronto defendieron que debiera haberse hecho uso del estado de excepción (Aragón Reyes, 2020; Sánchez Ferriz, 2020; Díaz Revorio, 2020; Alegre Ávilas y Sánchez Lamelas, 2020), por entender que, como consecuencia del estricto confinamiento domiciliario que se ordenó, se vieron *suspendidos* derechos fundamentales como la libertad de circulación, que es al que alude el estado de alarma, y otros más. El Tribunal Constitucional vino a pronunciarse sobre esta cuestión en la STC 148/2021, de 14 de julio, declarando inconstitucional parte del Decreto del Gobierno que proclamó el estado de alarma en marzo de 2020 —el RD 463/2020 para la gestión de la situación de la crisis sanitaria causada por la COVID-19— y los Decretos de modificación que le siguieron. El Tribunal consideró que se había producido la *suspensión* de derechos, como la libertad circulatoria, introduciéndose solo excepciones absolutamente indispensables para garantizar la subsistencia de los ciudadanos, y que, por lo tanto, no se trató de una mera restricción de ellos como permitía la declaración de un estado de alarma.

Adoptada esta interpretación, el Tribunal no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de las privaciones de libertad (suspensivas) adoptadas durante un estado de alarma, sino que fue más allá y, actuando como intérprete (*político*),

indicó que debía haberse declarado el estado de excepción, pues solo en el marco del mismo hubiese sido posible la suspensión de derechos que entendió que se produjo.

La consideración de privaciones impuestas a los derechos fundamentales como *suspensiones* o como *limitaciones* de estos constituyó el eje fundamental de la discusión y argumentación de la sentencia. Para seis de los once magistrados, una suspensión es «una limitación o restricción especialmente cualificada» (FJ 3); luego, la clave para distinguir lo que significa suspender y limitar está en la mayor o menor intensidad de la restricción que sobre el derecho afectado se imponga. Y, conforme a dicho parámetro, la mayoría del Tribunal consideró que esa línea de intensidad en la restricción de derechos se había sobrepasado. De todos modos, como subraya Presno Linera (2022:19), tratar de medir la afectación de un derecho fundamental es harto complicado y el Tribunal no aportó pautas o variables que permitieran realizar el test sobre la existencia o no de suspensión y, por tanto, objetivarlo para aplicarlo, en su caso, en futuras ocasiones.

En todo caso, la decisión del Tribunal Constitucional fue controvertida, no solo porque las opiniones de los magistrados estuvieron muy divididas en el seno del propio órgano (la sentencia contó con cinco votos discrepantes), sino también por las enfrentadas reacciones que generó en la doctrina (AAVV, 2021). Las limitaciones de espacio de este trabajo no me permiten detenerme mercedamente en las razones que me llevan a ubicar mi postura en el lado de los votos discrepantes, pero (1) una de las principales haría referencia al supuesto habilitante que justifica la declaración entre un estado de alarma y un estado de excepción. Coincidió con Carmona Cuenca (2021: 53), Presno Linera (2021: 24), Revenga Sánchez y López Ulla (2021: 228), y Ridaura Martínez (2022), entre otros, en que, en modo alguno, la situación de pandemia generó una crisis de orden público que pudiera dar lugar a la declaración de tal estado de excepción, siendo más idóneo el marco de emergencia que ofrece el estado de alarma (*ídem*, Álvarez García, 2020: 9). Recordemos que el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), precisamente cita a las «crisis sanitarias, tales como epidemias...» como alteraciones graves de la normalidad que habilitarían a un Gobierno a declarar un estado de alarma. Se trató más bien de lo que la doctrina ha denominado emergencias de naturaleza no política o situaciones de anomalía social, para diferenciar la alarma de los estados de excepción y de sitio, que sí suelen basarse en un supuesto de hecho derivado de decisiones o actuaciones con motivación política (Álvarez Vélez, 2021: 552).

(2) Por otro lado, en lo que refiere al carácter limitativo o suspensivo de los derechos que se vieron afectados, sin duda, la declaración por el Gobierno español del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 no solo conllevó incómodas consecuencias para el ejercicio de la libertad y otros derechos por parte de los ciudadanos, sino que supuso una restricción intensa en los mismos, pero en ningún momento se declaró la suspensión formal (Aláez Corral, 2004: 243) de los mismos con el establecimiento de un régimen de garantías sustitutivo. De hecho,

aunque muchas de esas medidas extraordinarias comprometieron seriamente el *status quo* de los derechos fundamentales (temporalmente), haciendo recaer la balanza en favor de la seguridad y en detrimento del normal ejercicio de las libertades, ello estuvo justificado y fue proporcional al grado de amenaza que el virus representaba en aquellos momentos y se contemplaron las oportunas excepciones a las limitaciones. En este mismo sentido, la magistrada del Tribunal Constitucional Balaguer Callejón, en su voto particular a la STC 148/2021, expresaba esto en relación al derecho fundamental a la libertad deambulatoria: «El sacrificio innegable infringido en el derecho fundamental a la libertad deambulatoria, no puede entenderse superior al beneficio obtenido, en ese momento, en relación con la limitación del contagio exponencial del virus, que habría impactado de forma irreparable en el derecho a la vida de muchas personas, y de forma intensa en el derecho a la salud de un número aún mayor». La magistrada entendía que, en vez de acudir a la disyuntiva entre limitación y suspensión de derechos, hubiese sido más propio atender al principio de ponderación entre derechos y libertades (esto es, la vida y salud frente a las libertades que fueron limitadas).

(3) Pensemos, además, que también se vieron comprometidos en igual grado derechos fundamentales que un estado de excepción tampoco hubiese podido suspender o limitar, como la libertad religiosa, el derecho a la intimidad personal o el derecho a la educación, y, sin embargo, las necesarias medidas que hubo que adoptar frente a la COVID-19 obligaron a limitarlos.

(4) Por último, desde el punto de vista temporal, ha de pensarse que si se hubiese declarado el estado de excepción, este solo puede declararse por un mes con una posible prórroga de otro mes adicional, lo cual hubiese sido un instrumento con una efectividad que posiblemente hubiese resultado demasiado corta para lo que precisaban las extraordinarias circunstancias sanitarias y la dimensión de la pandemia.

Las medidas de centralización reforzada del primer estado de alarma, —que fueron más allá del papel coordinador ordinario que en materia sanitaria tiene el Ministerio de Sanidad—, aportaron una gestión de la crisis inicial más funcional y eficaz para luchar contra el Coronavirus. Pero, tras la experiencia de varios meses de convivencia con la pandemia, y con una distinta situación de los niveles de contagios en las diferentes partes del territorio, —que requerían de la adopción de diferentes medidas, con las consiguientes afecciones a los derechos fundamentales—, el Gobierno consideró más apropiado devolver competencias sobre la respuesta a la pandemia a las CCAA. El tercer estado de alarma estableció un marco general de medidas que incluía, a su vez, un marco de restricción de derechos aplicable a todo el territorio<sup>4</sup>, pero declaraba que la autoridad competente

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, (1) se limitaba la circulación de las personas por las vías o espacios de uso público entre las 23:00 y las 6:00 horas excepto para supuestos justificados y tasados. La autoridad competente delegada podía determinar, en su ámbito territorial, su inicio entre las 22:00 y las 00:00 horas y su fin entre

en cada Comunidad Autónoma, —el Presidente/a de la Comunidad—, podía concretarlas dentro de ese marco establecido en el Real Decreto. El modelo tenía de positivo el conjugar una intervención estatal y autonómica con conductos de coordinación a través del Consejo Interterritorial del sistema de salud, atemperando la «centralización» que provocó el primer estado de alarma.

Durante ese último estado de alarma, con esta fórmula de habilitación a las autoridades sanitarias de las CCAA y en el ejercicio de las posibilidades que brindaba este, asistimos a una variopinta respuesta por parte de los gobiernos autonómicos, que fueron diferentes no solo a raíz de las diversas situaciones epidemiológicas en las que se encontraba cada uno de esos territorios, sino también por las particulares opciones (políticas) por las que se decantó cada uno de ellos para hacer frente a un problema sanitario que seguía ahí. El ejemplo paradigmático lo constituye el Gobierno de Madrid, que, con cifras elevadísimas de contagios, hospitalizaciones y muertes por COVID-19, optó por unas medidas mucho menos restrictivas del normal ejercicio de derechos que otras Comunidades con unas cifras de damnificados por la enfermedad infinitamente menores.

## 2. Los estados de excepcionalidad deben conjugarse con el debido control parlamentario

Una de las reiteradas críticas que surgieron en torno a la declaración del estado de alarma fue el escaso protagonismo que se otorgó al Parlamento respecto de las medidas que habían de adoptarse para afrontar la pandemia (Sánchez Ferriz, 2020 y 2021), a sabiendas de que el control parlamentario del gobierno es una de sus funciones esenciales y elemento capital de una democracia.

Así como la declaración del estado de excepción hubiese supuesto una intervención del Congreso de los Diputados en la toma de decisión sobre el conjunto de medidas a adoptar, el estado de alarma sustrajo al Parlamento toda posibilidad de intervenir en ello, —más allá de autorizar sus necesarias prórrogas—. No ha de olvidarse que el estado de alarma precisamente atribuye al Gobierno las facultades plenas para adoptar las medidas pertinentes, porque se supone que han de

las 5:00 y las 7:00 de la mañana. Su aplicación sería para todo el país salvo la Comunidad Autónoma de Canarias, debido a su mejor situación epidemiológica.

(2) Se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados a un máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes.

(3) Se decretaba el cierre perimetral de las comunidades autónomas, restringiéndose la entrada y salida de personas del territorio de cada comunidad o ciudad autónoma salvo los supuestos contemplados en el Real Decreto.

(4) Se limitaba la permanencia de personas en lugares de culto: la autoridad competente delegada correspondiente fijará aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar. Dicha limitación no podía afectar al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.



adoptarse de manera ágil para afrontar la urgencia, evitando las dilaciones que el proceso legislativo o la intervención parlamentaria conllevarían.

No obstante, como indicaba Aragón Reyes (2020), la declaración del estado de alarma no puede legitimar la anulación del control parlamentario del Gobierno, como pareció suceder durante los estados de alarma declarados en 2020, porque la Constitución establece que el funcionamiento de las Cámaras no podrá interrumpirse durante la vigencia de cualquiera de los estados excepcionales, y porque la ausencia de previsiones en los reglamentos del Congreso y el Senado para circunstancias como la que se vivió no era obstáculo para que las presidencias de las respectivas Cámaras usasen el poder que tienen para suplir esos reglamentos en casos de omisión y adaptar el funcionamiento parlamentario a las limitaciones sobre las reuniones o incluso sus modalidades no presenciales que la situación exigía.

La pregunta que la experiencia vivida durante la pandemia ha puesto sobre el mantel, y que se planteaba Sánchez Ferriz (2022), es si en el estado de necesidad se realizan cambios importantes en esa función de control parlamentario o, por el contrario, esta mantiene una notable permanencia. Ha de recordarse que, en situaciones de normalidad, estas medidas de control pueden ir desde las que pueden conllevar la retirada de la confianza del Presidente del Gobierno, con lo que ello acarrea, a la necesidad de que el parlamento quede enterado (sea informado) de toda medida gubernamental a través de preguntas, interpelaciones, mociones y comparecencias de quienes son requeridos por alguna de las cámaras en razón de sus funciones públicas. La cuestión es si el Derecho de necesidad desplaza totalmente esas funciones de control o pueden seguir siendo compatibles con la emergencia muchas de ellas. Señalaba Sánchez Ferriz (2022: 38) que la asunción de amplios poderes del ejecutivo no empece que, para seguir respetando la estructura básica del Estado de derecho, habrá que estarse al establecimiento de límites y/o controles también sobre esos poderes excepcionales que solo temporalmente puede ejercer el ejecutivo. Precisamente, los instrumentos que hemos enumerado anteriormente son de esos que podrían compatibilizarse con un estado de excepcionalidad y no fueron a penas empleados. De hecho, con el confinamiento, la Mesa del Congreso de los diputados aprobó la suspensión de sus actividades y de los plazos reglamentarios sobre las iniciativas en marcha (Acuerdo 19/03/2020) y posteriormente rechazó la reconsideración de tal acuerdo solicitada por el grupo parlamentario VOX el 21 de abril de 2020. Ello condujo a la presentación de un recurso de amparo por este, por violación del art. 23 CE en relación con los arts. 66.2 y 116 CE, que fue resuelto a su favor por el Tribunal en la STC 168/2021, de 5 de octubre, aunque la decisión se acompañó de tres votos discrepantes.

En la mencionada sentencia, y en relación a los estados de excepción, el Alto Tribunal recordó que recae sobre la institución parlamentaria «el deber constitucional de asumir en exclusiva la exigencia de responsabilidad al Gobierno por su gestión política en esos períodos de tiempo excepcionales, con más intensidad y

fuerza que en el tiempo de funcionamiento ordinario del sistema constitucional, [...] «pues el Congreso de los Diputados ostenta una responsabilidad exclusiva para con el diseño constitucional del Estado de Derecho, que le obliga a estar permanentemente atento a los avatares que conlleve la aplicación del régimen jurídico excepcional que comporta la vigencia y aplicación de alguno de aquellos estados declarados» (FJ 3.A). El Tribunal ya había indicado en el pasado que la declaración de cualquiera de estos estados «no modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes», y que pesa sobre el Gobierno el deber de dación de cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto, de su decisión de declarar el estado de alarma, «suministrándole la información que le sea requerida, así como la de los decretos que dicte durante su vigencia relacionados con aquella (arts. 116.2 CE y 6 y 8 LOAES)» (STC 83/2016).

La necesidad del mantenimiento de mecanismos de control parlamentario durante la pandemia volvió a ser puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en relación con el tercer estado de alarma. Se presentó un recurso de inconstitucionalidad frente a la decisión del Gobierno de delegar en los Presidentes autonómicos las facultades de dictar normas para la implantación de ese último estado de alarma, así como frente a la extensión de dicho estado de alarma y estas medidas durante 6 meses. Ambas cuestiones fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal en STC 183/2021, de 27 de octubre. La mayoría del Tribunal consideró inconstitucional la extensión de la prórroga del estado de alarma por una duración excesiva<sup>5</sup>, e indebidamente justificada<sup>6</sup> y, precisamente, por privar al Parlamento de la posibilidad de reconsideración (control) de la necesidad de pervivencia del mismo (FJ 8). Esa falta de control del Parlamento se vio además agravada por la designación de autoridades competentes delegadas (los Presidentes de las CCAA), al imposibilitar este hecho el control sobre el Gobierno (central). El Tribunal dijo: «así las cosas, el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciable, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LO Estados de Alarma). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes

5 Aragón Reyes (2020) y García Mahamut (2021: 253), entre otros, también la consideraron inconstitucional por considerar que, atendiendo al Reglamento del Congreso de los Diputados, la prórroga debía hacerse por plazos de quince días.

6 Para el Tribunal Constitucional la duración de la prórroga del estado de alarma se acordó sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en las diferentes partes del territorio nacional. En contra de ese parecer emitirán su voto particular María Luisa Balaguer Callejón, Cándido Conde-Pumpido, Juan Antonio Xiol Ríos y Juan José González Rivas, que coincidieron en entender que dicho plazo satisfizo el criterio de proporcionalidad y hubo una conexión razonable entre la duración prevista de seis meses y las circunstancias que concurrían en aquel momento histórico con la coyuntura de emergencia.

sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los Presidentes de las CCAA y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas» (FJ 10 D). En consecuencia, la fijación de la duración de la prórroga por tiempo de seis meses que autorizó el Congreso de los Diputados, según la mayoría del Tribunal Constitucional, fue irrazonable y contraria a la irrenunciable potestad constitucional del parlamento para decidir sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma.

En definitiva, y como ha señalado Ridaura Martínez (2022), el control parlamentario durante la vigencia de un estado de alarma (y aún más en el de excepción) no sólo es conveniente, sino que deviene inexcusable. Es inexcusable, entre otras muchas razones, por la función de fiscalización que la Constitución atribuye al Parlamento en nuestro sistema constitucional, y es importante por la implicación en el ejercicio de los derechos fundamentales que puede acarrear la declaración de cualquiera de los estados de excepción, como desgraciadamente hemos podido comprobar.

### 3. Las medidas excepcionales no pueden convertirse en normalidad

La doctrina nos advierte de los riesgos de que las medidas extraordinarias adoptadas en el marco de una normativa de excepcionalidad se perpetúen y queden embebidas en el ordenamiento como regla permanente (Ferejohn y Pasquino, 2004: 215). Ya advertía Cruz Villalón (1984: 35) de uno de los fenómenos que más reservas suscita en relación con el derecho de excepción o necesidad, que es la tendencia a incorporar al ordenamiento, de forma prácticamente permanente, institutos hasta entonces considerados, por su carácter, específicos del derecho de excepción. Tenemos un ejemplo muy cercano en la normativa antiterrorista de las últimas décadas que ha conducido en muchos países a la normalización de medidas que estaban pensadas inicialmente para hacer frente a un momento extraordinario de lucha contra el terrorismo yihadista (Serra Cristóbal, 2020). Recordaba Cruz Villalón (1984:24) que «el derecho de excepción debe cumplir el objetivo de protegerse frente a sí mismo, es decir, tiene que garantizar no solo la superación de la crisis, sino la vuelta a la Constitución legítima». Porque el riesgo está en que se abuse de los poderes en el ejercicio del Derecho de necesidad, eternizando en el tiempo su vigencia, sin a penas límites, destruyendo así de forma permanente las bases fundamentales de las libertades civiles y políticas. Para Ackerman (2004: 1040) «el problema no es que el gobierno pueda ser débil durante un corto plazo, el verdadero problema es que pueda ser demasiado fuerte a largo plazo». Desgraciadamente, la historia nos ha dado muestras de ello.

En el caso de España y ubicándonos ahora en el reto de la pandemia por COVID-19, debemos evitar que suceda lo mismo, sobre todo cuando las

repetidas mutaciones del virus han alargando la situación de crisis sanitaria y han precisado del mantenimiento de medidas de muy distinta naturaleza y calado. Por poner solo un ejemplo de lo que podría suceder, recordemos que durante los momentos álgidos de la pandemia se pusieron en marcha de programas de geolocalización a través de nuestros móviles para obtener datos de los desplazamientos de los ciudadanos para estudiar cómo se generan sinergias de transmisión del virus (Ministerio de Sanidad, SND/297/2020). Ante ello, la pregunta que se hace el ciudadano es: ¿De verdad están anonimizados esos datos? ¿Nos han monitorizado durante la pandemia o lo estaban haciendo ya antes? ¿Lo van a seguir haciendo cuando esta crisis sanitaria remita del todo? Conocer de la existencia de esa monitorización o pensar que sigue llevándose a cabo puede producir el denominado *chilling effect* en parte de la ciudadanía, esto es, el efecto desalentador por el miedo a estar siendo vigilado. Es un efecto inhibitorio del comportamiento personal que la sobrevigilancia del Estado produce en el libre ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. El saber que existe una posibilidad de que nos controlen constantemente, que sepan de nuestros datos de desplazamiento o localización, datos de vacunación u otros datos sanitarios, puede generar un efecto inhibitorio sobre cómo ejercemos nuestra libertad (la libertad de movimiento, nuestras opciones sobre dónde nos desplazamos o con quién nos reunimos, opciones de comportamiento e incluso a la intimidad personal y familiar y el derecho a la autodeterminación). Esta misma inquietud podría trasladarse a otras medidas que han ido adoptándose para hacer frente a la amenaza del virus. La inquietud surge ante el desconocimiento sobre si muchas de esas medidas que se adoptaron en esa situación de excepcionalidad van a seguir en vigor y si llegaron para quedarse como el virus.

En definitiva, debemos entender el estado excepcional como *Derecho de excepción* basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien, con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos, pero solo de forma temporal, ciñéndose a la imprescindible limitación de derechos y manteniendo los debidos controles parlamentarios sobre el ejercicio de esas competencias extraordinarias que puede asumir el Gobierno.

### III. CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SE CONVIERTEN EN PERMANENTES

Decíamos al comienzo que los estados de excepcionalidad vienen a regular una situación que se sale de la normalidad, autorizando la adopción de medidas que son eso, *excepcionales*, y que requieren de una respuesta rápida y de urgencia. En España, la declaración de alguno de los estados de excepcionalidad se vincula a la concurrencia de «circunstancias extraordinarias ... que

hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (art. 1.1 LOAES). Por lo tanto, el estado de excepcionalidad viene a ordenar un marco de actuación de los poderes que determina quién, cuándo y bajo qué condiciones pueden limitarse los derechos fundamentales durante un tiempo y con el objetivo de restablecer la normalidad.

El problema se suscita cuando eso que en un momento dado es un hecho excepcional (unas circunstancias fácticas excepcionales), —pongamos de nuevo el ejemplo de la pandemia por COVID-19—, acaba convirtiéndose en algo endémico, en un virus que puede quedarse entre nosotros por mucho tiempo o para siempre, en una situación que puede perpetuarse o reiterarse en los tiempos venideros de la misma forma o adoptando nuevos patrones. Ahora sabemos que de la cepa inicial del Sars-CoV-2 han derivado decenas de nuevas versiones, que pueden mutar en otras en el futuro, que los contagios crecen y decrecen a oleadas, y que la progresión en la vacuna está frenando los ingresos hospitalarios y disminuyendo las muertes allí donde los niveles de vacunación van aumentando, pero nadie puede predecir ni a medio ni a largo plazo cómo va a evolucionar a ciencia cierta la pandemia. Lo que era una situación excepcional, a la que había que dar respuesta urgente y contundente, puede acabar convirtiéndose en algo con lo que tenemos que convivir. Hablamos de eso que comenzó a denominarse como «nueva normalidad».

Si algo se convierte en una normalidad, carece de sentido utilizar *in eternum* un mecanismo que está previsto para supuestos de *excepcionalidad*. Además, volviendo al ejemplo de la regulación del estado de alarma en España, la declaración de tal estado requiere no solo de la concurrencia de «circunstancias excepcionales», sino también que «se hiciese imposible» mantener la normalidad empleando «los poderes ordinarios de las Autoridades competentes», y eso es un requisito que realmente, en un momento dado, dejó de cumplirse como para seguir justificando el mantenimiento de tal estado de alarma.

No se puede vivir en un prolongado estado de excepcionalidad, porque ello no favorece ni a los derechos ni al propio sistema constitucional. De ahí la necesidad de optar por soluciones legales fuera del estado de excepción cuando esa urgencia inicial ha desaparecido y nos encontramos ante una realidad que parece estar llamada a persistir lamentablemente durante los próximos años y donde los poderes públicos debe seguir dando cumplimiento (y no parece que se «haga imposible») al art. 43.1 CE, que reconoce «el derecho a la protección de la salud y el correlativo deber de los poderes públicos de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Y si no es esta pandemia, podrá llegar otra, u otras circunstancias, que puedan volver a poner en jaque al mundo. Por ello, hemos de aprender de la experiencia presente.

#### IV. AFRONTAR LA CRISIS SANITARIA FUERA DEL MARCO DE UN ESTADO DE EXCEPCIONALIDAD

##### 1. La habilitación normativa para seguir manteniendo medidas restrictivas de derechos fundamentales tras el estado de alarma

La cuestión es cómo afrontar la crisis sanitaria que, a pesar de haber pasado su momento álgido, continúa generando riesgos elevados para la salud. En definitiva, se trata de analizar cómo enfrentar un problema sanitario grave sin el marco del estado de alarma y teniendo que adoptar medidas que pueden limitar derechos fundamentales.

Tras el levantamiento del primer estado de alarma, el 21 de junio de 2020, y recuperadas las competencias en materia de sanidad por las CCAA, diversas Administraciones autonómicas se vieron obligadas a adoptar una serie de medidas para seguir controlando los contagios y garantizar la salud, medidas que continuaron limitando derechos fundamentales de los ciudadanos. Entre otras cosas, se estableció la obligatoriedad del uso de mascarillas, al igual que se decretaron confinamientos de poblaciones que limitaban drásticamente el derecho a la libre circulación, e incluso se impidió el derecho de sufragio de grupos de ciudadanos (con COVID) en los comicios celebrados en Galicia y el País Vasco.

El mismo escenario que se produjo en junio de 2020, tras la finalización del primer estado de alarma, se abrió con el que finalizó el 9 de mayo de 2021 en lo que respecta a la recuperación de las competencias en materia sanitaria por las CCAA. Tajadura Tejada (2021) apuntaba las dificultades que veía para que las CCAA pudieran mantener o adoptar las medidas sanitarias que hasta el momento se habían implementado bajo el paraguas del estado de alarma y aventuraba las negativas consecuencias del levantamiento de este, a su parecer, por la insuficiencia del marco jurídico actual.

Con el COVID-19 los graves riesgos para la salud a los que aún nos enfrentábamos parecían ser tan obvios, y las consecuencias tan graves, que ello pareció justificar el mantenimiento de gran parte o algunas de esas limitaciones de derechos que se han mencionado arriba hasta que la situación sanitaria se normalizara. Muchas de esas restricciones parecían responder a una imperiosa necesidad: la necesidad de poner coto a la expansión del virus y salvaguardar salud y vidas. De hecho, no olvidemos que el Tribunal Constitucional no consideró que durante la vigencia del primer estado de alarma se hubiesen limitado injustificadamente la libertad de reunión o manifestación, o la libertad personal del art. 17 CE, o el derecho al trabajo, o el derecho a la participación política o la libertad religiosa (STC 148/2021). Ni siquiera consideró como contrarias a la Constitución, en sí mismas y atendiendo a las circunstancias, muchas de las medidas ordenadas durante el último estado de alarma (STC 183/2021): la limitación de la circulación de personas en horario nocturno (FJ 4), la limitación de entrada y salida de

personas en Comunidades y Ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores (FJ 5), la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados (FJ 6), o la limitación de la permanencia de personas en lugares de culto (FJ 7)<sup>7</sup>. Cosa distinta es que la mayoría del Tribunal considerara que algunas de las que entendió como *suspensiones* de derechos solo cabía realizarlas en el marco de un estado de excepción.

La dificultad se encuentra en cómo seguir manteniendo algunas limitaciones de derechos por motivo del COVID dentro del marco del Derecho ordinario. La limitación de derechos en periodo de normalidad tiene una garantía inexcusable en el respeto del principio de reserva de ley. La Constitución establece como garantía de los derechos fundamentales la reserva de ley orgánica. Es necesaria la habilitación legal (o constitucional) en favor de alguien (dígase el gobierno, o un juez, o una autoridad administrativa...) para que puedan privarnos de tales derechos o limitarlos, y es esa ley de carácter orgánico la que debe decir cuándo, en qué circunstancias, con qué garantías y hasta cuándo alguien puede limitarnos nuestros derechos. Por ello resulta tan polémico que tanto tras el primer estado de alarma como tras el estado de alarma que finalizó el 9 de junio de 2021, el Gobierno estatal y las CCAA fueran adoptado medidas, aprobadas por normas con rango inferior a la ley que, si bien perseguían una finalidad constitucional legítima —la preservación del derecho a la vida y la protección de la salud pública—, vulneraban el principio de reserva de ley y/o de ley orgánica. Y es que, insisto, las restricciones al ejercicio de derechos fundamentales que puedan afectar a algún elemento básico o nuclear (contenido esencial) de los mismos tienen que ser establecidas a través de leyes orgánicas (STC 76/2019; STC 49/1999). En ningún caso es admisible que un Gobierno (estatal o autonómico) dicte normas de rango reglamentario para establecer con carácter general nuevas limitaciones de derechos que no estén previstas o habilitadas en una ley (orgánica u ordinaria). Y, cuando existe una legislación básica estatal que prevé posibles limitaciones a derechos fundamentales, podrían las CCAA adoptar leyes en el ámbito de sus competencias (ej. en materia sanitaria), introduciendo elementos que desarrollen, completen o contribuyan a la correcta ejecución de lo previsto en la legislación estatal, pero no añadir nuevos límites a los derechos fundamentales (Vidal Prado, 2021:276).

Por ello, ante la falta de una ley estatal de carácter orgánico que viniera a regular las respuestas que han de darse ante esta concreta crisis sanitaria u otras similares, las autoridades sanitarias para seguir manteniendo restricciones en el ejercicio de diversas libertades de los ciudadanos hicieran uso de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública<sup>8</sup>; y del

7 Recordemos que, si bien fue declarado parcialmente inconstitucional —STC 183/2021—, no lo fue en relación con estas medidas.

8 El art. 1 de la misma ley indica que, «Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de

art. 3 de la Ley 33/2011, Ley General de Salud Pública, que prevé que: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»<sup>9</sup>.

A ello le acompaña la previsión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de que dichas actuaciones fueran autorizadas por el tribunal competente cuando las mismas tuvieran destinatarios individuales; previsión legal que sufrió una reforma el 1 de septiembre de 2020<sup>10</sup>, estableciéndose la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional para autorizar o ratificar medidas administrativas sanitarias de carácter urgente cuando tuviesen un alcance general, es decir, tuviesen destinatarios no individualizados, únicos casos a los que se hacía referencia anteriormente<sup>11</sup>. En realidad se trataba de un control jurisdiccional de la medida sanitaria en sí misma considerada, no de propiamente un control de su ejecución en casos concretos. La intervención judicial se convirtió en algo necesario para que la medida gubernativa autonómica pudiera entrar en vigor.

sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad».

9 La Ley 33/2011, General de Salud Pública, en su art. 54.2 indica: «En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley».

10 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativa para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia de 20 de septiembre, que modifica esta ley que regula la jurisdicción contencioso-administrativa. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 de febrero de 2021, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6283-2020, en relación con el citado artículo 10.8 de la LJCA, introducido por esta Ley.

11 Así, el art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa indica actualmente que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia «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»



## 2. Un intento de uniformar las posibles limitaciones de derechos en la lucha contra la pandemia

Para terminar de cerrar el cuadro regulador al que venimos haciendo referencia, en 2021, por Real Decreto-Ley 8/2021<sup>12</sup>, de 4 de mayo, además, se estableció que, en caso de que las medidas sanitarias adoptadas por una autoridad autonómica fueran rechazadas por los Tribunales Superiores de Justicia, esta pudiera acudir en casación al Tribunal Supremo, algo que hasta entonces no estaba previsto. El Real-Decreto citado, con el objetivo de acelerar las respuestas, estableció que este último debía resolver en cinco días. De esta manera, se esperaba que el Alto Tribunal fuese unificando la doctrina en cuestión de autorización de medidas adoptadas por las CCAA que pudieran suponer una limitación a los derechos fundamentales. La intención del Gobierno español era evitar diferencias como las vividas el verano de 2020 tras la finalización del primer estado de alarma, cuando los tribunales dieron respuestas dispares ante peticiones similares de los gobiernos autonómicos, cosa que volvió a producirse en 2021, una desigualdad de trato en las diferentes partes del territorio que la ciudadanía no lograba comprender (García Mahamut, 2021:243). El objetivo era que el Tribunal Supremo pudiera fijar criterio sobre en qué casos los Gobiernos autonómicos podían limitar derechos para combatir el virus sin que estuviera en vigor el estado de alarma.

Efectivamente, las solicitudes de autorización de las CCAA cursadas ante los Tribunales Superiores de Justicia sobre las diversas medidas sanitarias que estas pretendían adoptar recibió a su vez respuestas variopintas por parte de estos, incluso frente a medidas similares. Así, la limitación del máximo número de personas no convivientes en los espacios públicos y privados o de dichas reuniones durante determinadas horas fue mayoritariamente aceptada como medida que puede adoptar una Comunidad Autónoma en aplicación de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Lo fue por el TSJ canario, el del País Vasco, el de Catalunya<sup>13</sup>, el de la Comunidad Valenciana, el de Galicia, el de Andalucía o el de Murcia, entre otros. Se argumentó que estas medidas no tenían un impacto significativo en el derecho de reunión, esto es, un impacto limitativo desproporcionado. Sin embargo, el establecimiento de un toque de queda de carácter generalizado fue de las medidas que más rechazos recabó allí donde se propuso (TSJ Canarias, TSJ Navarra, TSJ País Vasco), al igual que la de cierres

12 Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

13 La prórroga de este tipo de medidas fue aún solicitada por el Gobierno catalán y autorizada recientemente por el Tribunal Superior de Justicia ubicado en la Comunidad, el 7 de enero de 2022, como en las mismas fechas rechazaba la suspensión de las restricciones al ocio nocturno solicitada por la Federació Catalana d'Associacions d'Activitats de Restauració i Musicals (Fecasarm).

perimetrales de municipios o zonas con elevado riesgo de contagio. Aún así, los cierres perimetrales sí fueron permitidos por el Tribunal Superior de Xustizia de Galicia al entender que se trata de una medida *válida y adecuada* para controlar la transmisión de la enfermedad<sup>14</sup> o por el TSJ de Madrid, que consideró que en el caso estudiado las medidas «cumplen con el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigido» para mantener medidas que afectan a un derecho fundamental como la libertad de movimiento, en cuanto que el objetivo último de estas era la protección de la salud<sup>15</sup>. Asimismo, el toque de queda previsto en su momento por el Gobierno valenciano fue autorizado por el TSJ de la Comunidad Valenciana<sup>16</sup>, al igual que lo hizo el TSJ de Illes Balears respecto de la misma medida ordenada por el gobierno balear. También se plantearon respuestas autonómicas singulares sobre la vacunación obligatoria. Así, por ejemplo, el Pleno del Tribunal Constitucional acordaba por unanimidad el 21 de julio de 2021 mantener la suspensión de lo dispuesto en el número 5 del art. 38.2 b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que faculta a las autoridades sanitarias autonómicas a imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, a fin de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no solo el COVID-19) en situaciones de grave riesgo para la salud pública.

En definitiva, se fueron produciendo muchas discrepancias entre los Tribunales sobre si nuestro actual ordenamiento jurídico permite que las Comunidades puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado y, en concreto, cuáles y cuándo. Pero, todos parecen coincidir, cuando las autorizaron, en que estas limitaciones no pueden imponerse de forma indefinida y generalizada, sino que deben ser temporales, necesarias y proporcionadas.

Los gobiernos canario y andaluz fueron los primeros en acudir al recurso ante el Tribunal Supremo del que se hablaba más arriba, después de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Canarias rechazara que el ejecutivo del archipiélago decretara el toque de queda y la entrada y salida de personas de islas que se encontraran en determinados niveles de alerta por coronavirus y el TSJ andaluz la previsión de un cierre de una localidad. Sin embargo, esa pretendida unificación de criterios que se buscaba con el establecimiento de ese recurso de casación no se dio inicialmente, pues el Tribunal Supremo<sup>17</sup> sobre el caso andaluz no se pronunció, porque la medida nunca entró en vigor, y en el supuesto de canarias rechazó la medida por no estar suficientemente justificada, pero sin entrar a valorar la idoneidad de los cierres perimetrales para combatir la

14 Auto 00057/2021, de 12 de mayo de 2021, TSX Galicia CON/AD SEC.3.

15 Auto 93/2021, de 7 de mayo de 2021, TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección octava.

16 Auto 173/2021, de 7 de mayo de 2021, TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo

17 STS de 21 de mayo de 2021, sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

pandemia. El Tribunal Supremo fue manifestándose respecto a otras medidas de lucha contra la pandemia, como la exigencia del «Pasaporte COVID» para la entrada en determinados lugares. Esta medida había recibido una aceptación bastante extendida por los Tribunales Superiores de Justicia, aunque no por todos (así lo fue por los TSJ de la Comunidad Valenciana, de Cantabria, de Asturias, o de Canarias). El TS acabó autorizándola en Galicia<sup>18</sup> y en el País Vasco para entrar en determinados lugares, al considerarla una medida adecuada, necesaria y proporcional e incidir solo tenuemente en los derechos a la igualdad e intimidad<sup>19</sup> y, sin embargo, no entendió suficientemente justificada su previsión temporal en Andalucía<sup>20</sup>.

Probablemente dos de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo sobre la limitación de derechos como consecuencia de la puesta en marcha de una medida sanitaria fueron las núms. 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio, en las que convenía en la limitación de derechos fundamentales, con el único requisito de que las medidas sanitarias específicas respetasen en cada caso concreto el principio de proporcionalidad y así lo dictaminase un órgano jurisdiccional. Este doble requisito se convirtió así en un criterio general a seguir.

### 3. La inconstitucionalidad en la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de la competencia para autorizar medidas limitativas de derechos fundamentales en la lucha contra la COVID-19

Desde bien temprano se puso de manifiesto que esa necesidad de hacer confluir la voluntad de los gobiernos autonómicos de poner en marcha una medida sanitaria contra la COVID-19 y la obligada autorización por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente hacía partícipe a la jurisdicción del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, creando así una suerte de reglamentos híbridos (Baño León, 2020: 19), por ende, una suerte de mezcla de funciones. De hecho, esa reforma operada por la Ley 3/2020 en la LJCA y que estableció la necesidad de que las medidas adoptadas por los Gobiernos autonómicos contra la COVID-19 que supusiesen limitaciones de derechos fundamentales fuesen autorizadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CCAA (art. 10.8 LJCA) fue considerada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/2022, de 2 de junio. El Tribunal señaló que resulta obligado interpretar estrictamente el art. 117.4 CE, excluyendo, en consecuencia, aquellas interpretaciones extensivas que pudieran conducir a una desnaturalización de la configuración constitucional resultante del principio de separación

18 STS de 14 de septiembre de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

19 STS de 7 de diciembre de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

20 STS de 18 de agosto de 2021, sala de vacaciones.

de poderes. Para el Tribunal, el art. 10.8 LJCA quebrantaba dicho principio constitucional de separación de poderes al atribuir a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional, con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos estatutos de autonomía) atribuye al Poder ejecutivo que no la condiciona al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los estatutos de autonomía, en su caso) al Poder ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el Poder judicial, lo que sucedía si se sujetaba la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial. En suma, la autorización judicial de las medidas sanitarias de alcance general prevista en el cuestionado art. 10.8 LJCA, que además no tenía respaldo en ninguna ley sustantiva, provocaba una reprochable confusión entre las funciones propias del Poder ejecutivo y las de los Tribunales de justicia, que menoscababa tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de jurisdicción del Poder judicial, contradiciendo así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho.

Además, el Tribunal entendió que la previsión de la LJCA quebraba, asimismo, los principios constitucionales de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, dado que las resoluciones judiciales que autorizaban, en todo o en parte, esas disposiciones generales en materia sanitaria no eran publicadas en el diario oficial correspondiente, lo que dificultaba el conocimiento por parte de los destinatarios de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales a las que quedaban sujetos como consecuencia de la autorización judicial de esos reglamentos sanitarios de necesidad.

## V. LA NECESIDAD DE ADOPTAR UNA LEY DE CARÁCTER ORGÁNICO QUE REGULE PRESENTES Y FUTURAS EMERGENCIAS SANITARIAS COMO LA CAUSADA POR LA COVID-19

La experiencia vivida en la lucha contra la pandemia por los gobiernos autonómicos y nacional ha puesto de manifiesto política y doctrinalmente la necesidad de adoptar una ley orgánica que regule de una forma clara y uniforme la posibilidad de poner en marcha medidas sanitarias restrictivas de derechos para hacer frente a presentes y futuras situaciones de emergencia como la causada por la COVID-19.

El artículo 3 de la LO de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública no es el óptimo para el contexto sanitario que se ha vivido y continúa viviéndose en España o puede repetirse, porque sus previsiones son demasiado exiguas y

generales, además de que, lógicamente, el legislador no las ideó para una crisis sanitaria del calado de la que hemos sufrido. Así lo indicó el Tribunal Supremo al subrayar que el art. 3 es «innegablemente escueto y genérico» y «no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del COVID-19» (STS 788/2021, de 3 de junio), pese a que reconoció que servía para dar cobertura a muchas de las medidas que se adoptaron, siempre que se respetasen determinados principios como el de necesidad y proporcionalidad. Ciertamente es que para los estados de necesidad son habituales las cláusulas de carácter general, pero ello no exime de que debieran establecerse criterios, parámetros y principios de actuación, así como protocolos de actuación (Vidal Prado, 2021:270). Lo deseable sería modificarla y establecer un marco legislativo con supuestos y cánones que perfilen el marco de actuación de las autoridades gubernamentales competentes en materia sanitaria y dote de mayor seguridad jurídica a los ciudadanos respecto de la posible limitación de sus derechos. Hasta la decisión del TC de junio de 2022 (STC 70/2022), al no estar suficientemente definidos los supuestos habilitantes para la limitación de derechos en la ley, se dejaba una excesiva responsabilidad en manos de los tribunales sobre la entrada en vigor de una medida sanitaria, —en definitiva, la última palabra—, sin que contasen con el asesoramiento de un comité de expertos en cuestiones sanitarias o de epidemiólogos para determinar la conveniencia o no de adoptar las medidas que se les sometían a autorización (en el mismo sentido, Carmona Cuenca, 2021). Además de que, con ello, como señalábamos más arriba, se inmiscuían en una función reglamentaria que solo debiera corresponder al ejecutivo.

Precisaríamos, pues, de una reforma de esta Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (o la adopción de una ley orgánica específica) para regular una realidad que ha venido para quedarse, —que puede seguir constituyendo un riesgo elevado para la salud por mucho tiempo—; una reforma que viniera a definir con mayor claridad cuándo, en qué circunstancias sanitarias y de qué modo los gobiernos pueden adoptar medidas sanitarias, o de otro tipo, que puedan limitar derechos fundamentales. Se precisa de una descripción razonablemente suficiente.

Los estudios de Derecho comparado realizados sobre la gestión de la pandemia en el mundo tienden a indicar que la mayoría de los Estados han adoptado medidas para hacer frente a la misma haciendo uso de herramientas puramente legislativas, bien aprobando legislación específica, bien modificando legislación preexistente para adecuarla al gran reto que ha supuesto la COVID-19. Por ejemplo, Alemania modificó la *Ley de enfermedades infecciosas*<sup>21</sup>, —inicialmente prevista

21 *Infektionsschutzgesetz* (IfSG) de 20 de julio de 2000 (Gaceta de Leyes Federales (en adelante BGB) I p. 1045), modificada por última vez el diciembre de 2020 (BGBl. I p. 3136). La Ley de Protección contra Infecciones (IfSG) es una ley federal contra las enfermedades transmisibles o peligrosas públicas en humanos y regula la cooperación y cooperación entre autoridades federales, estatales y locales, médicos, veterinarios, hospitales, instituciones científicas y demás involucradas. Debe prevenir las enfermedades transmisibles, detectar las infecciones a tiempo y prevenir su propagación (§ 1 IfSG)

para actuaciones de carácter preventivo y no pensada para una pandemia de estas dimensiones—, para incluir previsiones más concretas y habilitar a las autoridades sanitarias de los Länder a adoptar medidas para hacer frente al COVID con las restricciones de derechos que ello pudiera acarrear. No se trata de una legislación de excepción, sino de una legislación *ad hoc*, como decía Lepsius (2021: 78 y ss), paralela a la ordinaria. La habilitación de medidas concretas ordenadas por los gobiernos de los Länder permite intromisiones en muchos derechos fundamentales, aunque no en otros como la libertad religiosa o los derechos económicos fundamentales. Otros países también modificaron su normativa para hacer frente a la pandemia, incluso la Constitución o la regulación de sus estados de emergencia pro futuro (Hungría).

En España, pese a que el Gobierno central había reconocido, durante la vigencia del estado de alarma, que la legislación sanitaria era insuficiente, e incluso se comprometió a modificarla (Vidal Prado, 2021: 267), solo pueden citarse algunas normas con una mínima relevancia, pero sin el calado que una situación como la de la pandemia requeriría. Así, destacaremos que se aprobó el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis, las modificaciones que arriba se han citado, y, estando cercana la expiración del último estado de alarma, la adopción de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, *de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. En todo caso, se trata de una ley de carácter ordinario, que no puede regular cuestiones relativas a la limitación de derechos fundamentales que afecten a algún elemento básico o nuclear de estos, y que esencialmente prevé una serie de medidas sanitarias a adoptar mientras dure la situación de pandemia relativas al posible: uso de mascarillas, medidas en el entorno de trabajo, prevención en aglomeraciones, prevención en residencia o en hoteles, limitaciones en la hostelería y restauración, limitación de aforo en transportes públicos, abastecimiento de material y medicamentos, entre otras cosas.

Por lo tanto, sigue haciendo falta la adopción de una ley orgánica, en la que obviamente no todos y cada uno de los supuestos de crisis sanitaria o de afección de una pandemia pueden estar contemplados, porque las circunstancias sanitarias a las que el gobierno tenga que enfrentarse en el futuro son imprevisibles. Se hace necesaria una reglamentación (de carácter orgánico) de pautas que orienten, enmarquen y limiten la habilitación a las autoridades sanitarias para la restricción de derechos fundamentales cuando se precisen para hacer frente a desafíos sanitarios graves que pueden dilatarse mucho en el tiempo e incluso convivir con nosotros más de lo que nunca hubiésemos pensado. En el mismo sentido se pronunciaban Revenga Sánchez y López Ulloa (2021: 217) aludiendo a esa necesidad de una ley orgánica de emergencias sanitarias. La existencia de una ley orgánica que contuviera estas previsiones evitaría recurrir, en caso de que situaciones sanitarias similares se repitan en el futuro —cosa que no cabe descartar—, a la declaración de un estado de alarma o de excepción. Como se decía arriba, estos estados

solo deben declararse cuando no quepa resolver la crisis por los medios ordinarios y, en caso de declararse, deben estar vigentes justo el tiempo necesario para normalizar la gestión de tal crisis. La idea es evitar la perpetuación de las medidas extraordinarias en manos de la autoridad gubernativa fuera de un marco legal garantista con los derechos fundamentales.

Sin duda, la excelente progresión en la vacunación de la población nos sitúa ante un escenario epidemiológico notablemente mejor que el inicial, pero las cifras de contagios, de hospitalizaciones y de fallecidos por COVID-19 en España siguen siendo demasiado elevadas, y se corre el riesgo de que nuevos brotes o nuevas variantes del virus conlleven futuras nuevas oleadas de contagios de mayor o menor gravedad. Obviamente, seguimos enfrentándonos a una amenaza seria para la salud, que es global, que sigue ahí, que es cambiante y ante la cual hay que responder y han de seguir adoptándose determinadas medidas.

Por último, no olvidemos que detrás de todo esto se encuentra la ciudadanía. Desde que se declarara el estado de alarma en marzo de 2020, la limitación de derechos fue asumida por la gran mayoría de ciudadanos como algo necesario. La actitud colectiva mayoritaria de aceptación de la limitación de nuestros derechos es algo que hemos contemplado en más de una ocasión cuando nos hemos tenido que enfrentar a una amenaza en el pasado (de nuevo pensemos en la aceptación ciudadana de las medidas adoptadas contra el terrorismo yihadista). Porque las amenazas generan miedo y el miedo hace que los ciudadanos renunciemos casi a cualquier cosa con tal de sentirnos seguros.

Aún así, con el tiempo, el hastío y la sensación creciente de que las restricciones sanitarias no siempre se acompañaban con unos menores niveles de incidencia de contagios o de riesgo hicieron que el acatamiento de las restricciones no se aceptara de tan buen grado y que algunas de ellas fueran muy contestadas. Incluso hubo individuos que, acogiéndose a teorías negacionistas sobre la peligrosidad del Sars-CoV-2 o por cualquier otra motivación (muchas veces auspiciada por líderes políticos), rechazaron las recomendaciones y medidas sanitarias establecidas gubernamentalmente, infringiéndolas o postulando contra ellas.

Necesitamos de esa reforma legal que genere mayor confianza y seguridad en la ciudadanía sobre qué limitaciones se le pueden imponer y cuáles no, y que establezca unos criterios uniformes para todo el territorio español que aporten una mayor certeza sobre las medidas que cabe adoptar para luchar contra otras crisis sanitarias que puedan surgir más adelante. En definitiva, se trata de tener un marco normativo que otorgue garantías que eviten las respuestas irreflexivas, desiguales, desmesuradas o injustificadamente prolongadas en el tiempo y que mantengan la firmeza de convicciones en los valores propios del Estado democrático de Derecho por los que tanto se ha luchado.

Como advertía Innerarity (2011:13), nuestras principales discusiones futuras van a girar en torno a la cuestión de cómo valoramos los riesgos y qué conductas recomendamos en consecuencia. Y este es un desafío global. El riesgo se encuentra en que, en ese mundo de la globalización, como indicaba Balaguer Callejón (2020:

46), la Constitución no constituye siempre el referente esencial para la vida social y política, porque no siempre puede proteger frente a los embistes de la realidad global. Por suerte, parece que la crisis sanitaria ha devuelto el protagonismo a los Estados y con ello a los textos constitucionales y al debate sobre cuestiones cruciales como: la defensa de la Constitución en situaciones de emergencia, la limitación de derechos, el equilibrio entre poderes, las funciones que a cada uno debe corresponderles, la distribución territorial de competencias, o la necesidad de la transparencia en la actuación de los gobiernos, entre otras cosas más. Ojalá la actual crisis sanitaria sirva para repensar y afianzar el marco constitucional y legal de nuestro país, porque a esta crisis sanitaria le pueden seguir otras, pues existen otras amenazas, vinculadas a las nuevas tecnologías, al cambio climático u a otros elementos, que están al acecho. Frente a todas ellas tendremos que estar preparados.

Las lecciones aprendidas de esta crisis sanitaria han de servirnos para lo que queda de lucha contra el virus, para lo que puede volver a repetirse y para lo que pueda venir distinto luego. El desafío para los líderes políticos se encuentra en construir un futuro que sea más seguro, pero, como mínimo, tan garante de los derechos fundamentales como era el que teníamos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. (2021). Monográfico Derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48.
- Aba Cotoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 305-334.
- Ackerman, B. (2004). The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, 113, 1029-1091.
- Aláez Corral, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En López Guerra, L. y Espín Templado, E. (coords.), *La defensa del Estado, Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 233-246). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alegre Ávila, M. Á. y Sánchez Lamelas, A. (2020). Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica. *Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx> (Consultado: 9 de mayo de 2021)
- Álvarez García, V. (2020). El Coronavirus (COVID-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 5-19.
- Álvarez Vélez, M. I. (2021). Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, *Revista de las Cortes Generales*, 111, 547-574.
- Aragón Reyes, M. (2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*, 10 de abril. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090\\_736317.html](https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html) (consulta: 27 de noviembre de 2022)
- Balaguer Callejón, F. (2020). Crisis sanitaria y Derecho constitucional en el contexto global. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 121-140.



- Baño León, J. M. (2020). Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 209, 11-22.
- Beck, U. (2011). Convivir con el riesgo global. En Innerarity, D. y Solana, J. (coords.), *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales* (25 y ss). Barcelona: Paidós.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Biglino Campos, P. (2021). El impacto de la COVID en la distribución de competencias. En Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general* (pp. 15-39). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Bogain, A. (2017). Security in the name of human rights: the discursive legitimation strategies of the war on terror in France. *Critical Studies on Terrorism*, 10(3), 476-500.
- Carmona Contreras, A. (2021). El estado de alarma y la emergencia sanitaria COVID-19: un análisis desde la perspectiva constitucional. En Gómez Muñoz, J. M. (ed.) y Rodríguez Ramos, M.J. (coords.), *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID19* (pp. 29-64), Editorial Bomarzo.
- Carmona Cuenca, E. (2021). Estado de alarma, el mejor instrumento jurídico contra la pandemia. *Agenda Pública*, 13 de mayo de 2021. Disponible en: <https://agendapublica.es/el-mejor-instrumento-juridico-contra-la-pandemia/> (Consulta: 15 de mayo de 2021)
- Carrasco Durán, M. (2010). Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001. En Pérez Royo (dir.) y Carrasco Durán (coord.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 13-56), Barcelona: Marcial Pons.
- Clifford, G. M. (2017). Just counterterrorism. *Critical Studies on Terrorism*, 10(1), 67-92.
- Cotino Hueso, L. (2020). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 86-99.
- Cruz Villalón, P. (1964). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Díaz Crego, M. (2021). Uso (y abuso?) del derecho de excepción en los Estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 399-431.
- García Mahamut, R. (2021). La problemática jurídico-constitucional que plantea el segundo Estado de alarma y el final de su vigencia: ¿una vulneración reiterada de derechos fundamentales en la España autonómica?. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 239-264.
- Díaz Revorio, F. J. (2020). A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales. *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020. Disponible en: <https://almacendederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales> (Consultado: 10 de mayo de 2021)
- Dworkin, R. (2002). The treat to patriotism. *The New York Review of Books*, 28 febrero.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P. (2004). The law of the exception: a typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 210-239.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2010). Seguridad y Libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet. En Fernández Rodríguez, J. J. y Sansó Rupert, D. (eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

- Flores Giménez, F. y Ramón Chornet, C. (2017). *Análisis de los riesgos y amenazas para la seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garapezza Figlia, G. y De Verda y Beamonte, J. R. (coords.) (2020). La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (Reflexiones de urgencia). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis: mayo.
- Garrido López, C. (coord.) (2021). *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- González Cussac, J. L. y Flores Giménez, F. (2017). Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad y su impacto sobre los derechos fundamentales. *Seguridad Global y Derechos Fundamentales, Cuadernos de Estrategia 188*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos-Ministerio de Defensa.
- González Cussac, J. L. y Flores Giménez, F. (2018). Seguridad global y derechos fundamentales. Una propuesta metodológica, en González Cussac, J. L. y Flores Giménez, F. (coords.), *Seguridad y Derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Innerarity, D. (2011). Introducción: La humanidad amenazada. En Innerarity, D. y Solana, J. (coords.), *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales*, Barcelona: Paidós.
- Lepsius, O. (2021). Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 71-96.
- Presno Linera, M. Á. (2020). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. En Atienza, E. y Rodríguez J. F. (dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (pp. 15-28). Madrid: Dikynson.
- Presno Linera, M. Á. (2022). Derechos fundamentales, Derecho de excepción y Derecho Administrativo de Excepción. *Revista General de Derecho Administrativo*, 61, 1-25.
- Reventa Sánchez, M. (2006). Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo. *Parlamento y Constitución*, 20, 57-84.
- Reventa Sánchez, M. y López Ulla, J. M. (2021). El dilema limitación/suspensión de derechos y otras distorsiones al hilo de la pandemia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 215-238.
- Ridaura Martínez, M. J. (2022). Estado de Alarma y control parlamentario. En Catalá i Bas, A. (coord.), *Anomalías jurídicas durante la pandemia del COVID-19. Un análisis constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Ferriz, R. (2020). Reflexiones constitucionales desde el confinamiento. En Garapezza Figlia, G. y De Verda y Beamonte, J. R. (coords.) La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (Reflexiones de urgencia). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis: mayo, 16-23.
- Sánchez Ferriz, R. (2021). Reflexiones en torno a la STC 148/2021, de 14 de julio, sobre algunas medidas adoptadas en el estado de alarma. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 80, 7-34.
- Sánchez Ferriz, R. (2022). Control parlamentario del gobierno en situaciones especiales: a propósito de la STC 168/2021 en el marco de la doctrina del Tribunal Constitucional. *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, 36, 15-60.
- Serra Cristóbal, R. (2020). *La seguridad como amenaza*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Serra Cristóbal, R. (2020). Los riesgos del COVID-19 más allá de la salud. *Al revés y al derecho*, 12 de abril de 2020. Disponible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5770>. (Consultado: 16 de mayo de 2021).
- Tajadura Tejada, J. (2021). Sin legalidad no hay libertad. *El País*, 29 de abril de 2021.
- Tudela Aranda, J. (Coord.) (2021). *Estado Autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Vidal Prado, C. (2021). Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 265-296.

\*\*\*

TITLE: *Facing risks to health security within the framework of the rule of law. Lessons to be learned from COVID-19*

ABSTRACT: *This paper highlights how the pandemic caused by COVID-19 constitutes one of the many global risks faced by our societies, one of those risks that have arrived to stay. That, therefore, demands a response out of a state of exceptionality. The paper also warns of the risks and insecurity for fundamental rights posed by the delay in the time of exceptional measures, and advocates regulation by organic law of health emergency situations —the current one or those that we may experience in the future—. The question of how we assess the risks and what responses we regulate in advance to face them constitutes today an imperative for the defense of fundamental rights.*

RESUMEN: *Este trabajo pone de relieve cómo la pandemia causada por el COVID-19 constituye uno de tantos riesgos globales a los que se enfrentan nuestras sociedades, uno de esos riesgos que han venido para quedarse y que, por lo tanto, exigen una respuesta fuera de los estados de excepcionalidad. Se advierte también de los riesgos y la inseguridad que para los derechos fundamentales supone la dilación en el tiempo de medidas de excepcionalidad, apostando por una regulación por ley orgánica de las situaciones de emergencia sanitaria, la actual o las que podamos vivir en el futuro. La cuestión de cómo valoramos los riesgos y qué respuestas reglamos con antelación para afrontarlos constituye hoy un imperativo para la defensa de los derechos fundamentales.*

KEY WORDS: *COVID-19, pandemic, health security, state of alarm, state of exception, state of emergency, rule of law.*

PALABRAS CLAVE: *COVID-19, pandemia, seguridad sanitaria, estado de alarma, estado de excepción, estado de emergencia, Estado de Derecho.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 21.12.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23.02.2023

CÓMO CITAR/ CITATION: Serra Cristóbal, R. (2023). Enfrentar riesgos para la seguridad sanitaria en el marco de un Estado de derecho. Lecciones a aprender de la COVID-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 231-257.

