

# LA DOCTRINA JURÍDICA ANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19: UNA RESPUESTA ACADÉMICA SOLVENTE A UN RETO EXTRAORDINARIO<sup>1</sup>

Legal doctrine in the face of the Covid-19 Pandemic:  
a sound academic response to an extraordinary challenge

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Cuando el 11 de marzo de 2020 la OMS declaró que la enfermedad infecciosa provocada por el coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo (SARS-CoV-2, en su abreviatura en inglés) se había convertido en una pandemia de carácter mundial, generalmente conocida como covid-19, la vida en nuestras sociedades se alteró de forma tan radical como absoluta, de una manera que nadie —o casi nadie— había sido capaz de imaginar. Cuando se creía que las grandes pandemias habían desaparecido de las sociedades desarrolladas, que estábamos libres de ser víctimas de ellas, era necesario volver a lecturas como la de *A Journal of the Plague Year*, esa crónica de Daniel Defoe, escrita desde cierta distancia temporal, pero cercana a los hechos, sólidamente documentada, prolija en detalles de la vida real y de las actitudes de las gentes, para encontrar un espejo en el que poder reconocer una situación que, con diferencias inevitables, ponía de relieve que la similitud entre lo ocurrido en Londres en 1665 y lo que nos estaba ocurriendo unos tres siglos y medio después era mucho mayor de lo que el tiempo transcurrido y el desarrollo de la sociedad, de la ciencia y de la medicina podía hacernos suponer e imaginar<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Recensión del volumen de Paloma Biglino Campos y Juan F. Durán Alba (dirs.), *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2021, 582 págs.

<sup>2</sup> En cuantas ocasiones, con cada rebrote de contagios, con cada nueva ola de la pandemia, venía a la memoria la lapidaria afirmación de D. Defoe (1722: 112) al narrar la segunda ola de la peste londinense, más mortífera que la primera: «[...] the strange Temper of the People of London at that Time contributed extremely to their own Destruction».

La pandemia ha supuesto un enorme reto para la sociedad en su conjunto y, especialmente, para determinados sectores profesionales, entre los que han destacado, muy singularmente, algunos sectores de la ciencia, de la sanidad y muchos otros. La pandemia también ha supuesto un enorme reto para el mundo del derecho, especialmente, para quienes cultivamos el derecho público. El protagonismo de este campo del derecho ha sido enorme en todos los países democráticos, en la medida en que la emergencia provocada por la pandemia ha puesto a prueba la resistencia de las costuras de los sistemas democráticos. No solo por el hecho de que la emergencia, por su propia naturaleza, jurídicamente, coloca al sistema político en una situación de excepción, fuera de las normas ordinarias de funcionamiento del sistema. En el caso de la covid-19 la emergencia de salud pública ha sido de tal magnitud y de unas características tan inesperadas, tan inimaginables, que nos situó ante una realidad que, en ocasiones, superaba lo previsto en las leyes, lo que quienes las elaboraron pudieron imaginar en el momento de hacerlas. Esta falta de plena adecuación de lo previsto en las leyes a las medidas que exigía el control de la expansión de los contagios, de acuerdo con lo que la ciencia conocía y, conscientemente, desconocía en cada momento sobre la covid-19, exigía un esfuerzo extraordinario de elaboración doctrinal en nuestro campo.

La doctrina jurídica española, junto con la de otros países, ha sido capaz de hacer el esfuerzo extraordinario que exigía la situación, como en pocas ocasiones ha ocurrido, con una producción académica —y también divulgativa— de una calidad excepcional. Constitucionalistas y administrativistas de nuestro país han dado una muestra extraordinaria de capacidad de análisis y de debate sobre las complejas cuestiones que planteaba la emergencia, contribuyendo, con ello, a la mayor seguridad jurídica y al fortalecimiento del sistema democrático.

Entre esa producción académica sobresale muy significativamente el volumen que se trae a estas páginas, una colección de trabajos dirigida por Paloma Biglino y Juan F. Durán<sup>3</sup>. Ciertamente, la obra que analizamos no constituye una iniciativa aislada en el panorama académico español. Hay otras publicaciones muy relevantes, por su calidad, sobre la pandemia desde la perspectiva académica que nos ocupa. En este sentido, sin ánimo de ser exhaustivo ni de minusvalorar otras contribuciones, es destacable, en mi opinión, el amplio espacio dedicado a estos problemas en distintos números

---

<sup>3</sup> Paloma Biglino Campos y Juan F. Durán Alba (dirs.) (2021). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 582 págs.

de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*<sup>4</sup>; como lo son las publicaciones impulsadas por Vicente Álvarez García, desde la Universidad de Extremadura<sup>5</sup>, en la estela de su innovador trabajo sobre el concepto de necesidad (1996), referencia obligada en este ámbito en nuestra doctrina; o como lo es, igualmente, el *Informe Comunidades Autónomas 2020*, prácticamente monopolizado, como no podía ser de otra forma, por la gestión de la pandemia y sus efectos<sup>6</sup>, o el número monográfico de la revista *Corts*.

Entre todas estas iniciativas merece, sin embargo, una mención especial la actividad llevada a cabo por la Fundación Manuel Giménez Abad, editora de la obra que es objeto de análisis en estas páginas, pero también de otras obras colectivas de gran importancia en este mismo ámbito<sup>7</sup>. Una actividad con la que la Fundación, con la dirección de José Tudela y el sostén de las Cortes de Aragón, reafirma y consolida su condición de protagonista de primera línea, de referente ineludible, del debate académico en el ámbito jurídico-político en España y, de forma significativa, también en Iberoamérica, logrando, de esta forma, mantener viva, con un acierto que encuentra difícil parangón, la memoria de Manuel Giménez Abad, asesinado por ETA.

Entre ese amplio y cualificado grupo de publicaciones, el volumen dirigido por Paloma Biglino y Juan F. Durán es sobresaliente por distintas razones, que confluyen en hacer de él una contribución extraordinaria a los

---

<sup>4</sup> Hay que destacar en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* los trabajos recogidos en el número 86-87 (2020), prácticamente monográfico sobre la pandemia, alguno de los trabajos recogidos en el número 90-91 (2020-2021), así como el número 93-94 (2021), monográfico sobre la vacunación contra el coronavirus.

<sup>5</sup> Vicente Álvarez García, Flor Arias Aparicio y Enrique Hernández Diez (2020); Vicente Álvarez García (2021). Por otra parte, V. Álvarez ha tenido una participación destacada en los números dedicados a esta cuestión en *El Cronista...*, a que se hace referencia en la nota anterior.

<sup>6</sup> El *Informe...* contiene un detallado análisis de la actuación tanto del Estado como de las comunidades autónomas en relación con esta cuestión, la importantísima actividad en relación con el mismo de los órganos de cooperación entre Estado y las comunidades autónomas, su incidencia en la financiación de las comunidades autónomas, así como, entre otros, un estudio monográfico sobre la cuestión de Francisco Velasco Caballero y el estudio monográfico sobre el programa *Next Generation EU*, de Alfredo de Feo y Tomás Ruíz de la Ossa, directamente relacionado con las medidas para la recuperación económica pospandemia.

<sup>7</sup> En el ámbito de estudios jurídicos sobre la pandemia que ha impulsado y editado la Fundación Manuel Giménez Abad, hay que destacar, además, José Tudela Aranda (2020; 2021), Carlos Garrido López (2021) y Enrique Ortea García (2021).

estudios jurídicos en relación con un problema de vital importancia para la sociedad y para la salud del sistema democrático. En primer lugar, es de alabar la capacidad para afrontar con inmediatez el análisis de los problemas jurídicos —inéditos, por una parte, y de enorme gravedad, por otra— que supuso el primer estallido de la pandemia. En segundo lugar, hay que destacar la ambición que está detrás de la iniciativa, en la medida en que pretende abordar todos los aspectos importantes o significativos que, en el ámbito jurídico público, entendido en sentido amplio, puso en juego la pandemia en relación con las medidas adoptadas para hacerle frente. Pero, al mismo tiempo, en tercer lugar, se afronta desde una actitud plenamente realista, con plena conciencia de que el análisis debe situarse, necesariamente, en unas coordenadas temporales concretas, en la medida en que el desarrollo futuro de la pandemia y, consiguientemente, de las medidas que tendrían que adoptarse por parte de los poderes públicos estaba cubierto de incertidumbre. Una actitud de cautela tan significativa que quienes dirigen el trabajo consideran indispensable precisarla desde el propio título de la obra colectiva. La limitación del objeto de los trabajos reunidos en este volumen a la «primera oleada» de la pandemia, por tanto, lejos de ser una debilidad de este volumen, es una muestra de sensatez respecto a los cambios que podía traer en su desarrollo la evolución de la pandemia y los problemas jurídicos que pudiesen plantear las medidas que se adoptasen, no necesariamente similares a las adoptadas en ese primer momento. La evolución de la realidad ratificó muy pronto el acierto de un planteamiento como el señalado. Por último, el gran valor de este volumen se encuentra, por encima de todo, en la gran calidad de los trabajos reunidos.

La magnitud del reto que ha planteado la gestión pública de la pandemia en el ámbito jurídico, el hecho de que, en algunos aspectos de trascendental importancia, la realidad y algunas de las medidas adoptadas no se correspondiesen claramente con lo previsto en las leyes, y la propia limitación —y la nebulosa indeterminación— de la regulación legal, tanto de la regulación del estado de alarma en la ley orgánica (LOAES) como de la legislación de salud pública, han provocado la existencia de controversias en asuntos de mucha trascendencia, una significativa contraposición de interpretaciones, sobre algunos aspectos. El debate en el ámbito académico ha sido ciertamente extraordinario; y la controversia no ha quedado recluida en ese ámbito, sino que se ha asentado, igualmente, en el ámbito de los tribunales de justicia, especialmente tras la modificación del art. 10.8 de la LJCA, atribuyendo a las salas de lo contencioso-administrativo el conocimiento para la autorización o ratificación de «las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria» que las autoridades de las comunidades autónomas «consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de

derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». Una reforma que, a mi juicio, impone, a través de una ley procesal, una interpretación sobre las competencias de las autoridades sanitarias y de salud pública ordinarias que está muy lejos de deducirse de la legislación sectorial, respaldando una interpretación ilimitada del inciso final del art. 3 de la LO 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, casi unánimemente respaldada —aunque no solo— en el ámbito del derecho administrativo y que, sin embargo, considero inaceptable.

La existencia del debate, de la controversia en la interpretación de algunas cuestiones de trascendental importancia en relación con el derecho de la emergencia y sobre la evaluación jurídica de algunas de las medidas adoptadas en aquel primer estado de alarma —ahora directamente afectadas por la STC 148/2021, de 14 de julio, que ha declarado inconstitucional, especialmente, en lo que ahora interesa, el confinamiento domiciliario—, se deja traslucir en algunos de los trabajos reunidos en este volumen, a pesar de que el grueso de quienes participan tienen una adscripción académica compartida que les dota de coherencia académica como grupo plenamente identificable, constituidos en torno al magisterio del desaparecido profesor Francisco Rubio Llorente. Se trata, por tanto, de los trabajos de un grupo de constitucionalistas de alto reconocimiento. Una cuestión, esta última —la de tratarse de una obra elaborada por constitucionalistas—, que, especialmente en este tema —la declaración del estado de alarma para hacer frente a la pandemia—, tiene un significado particular, en la medida en que se han manifestado, en general, aproximaciones interpretativas cualitativamente diferenciadas en distintos ámbitos académicos del derecho. Ciertamente, no se puede hacer una división total y absoluta entre la aproximación de constitucionalistas, por una parte, y de administrativistas, por otra; pero sí es verdad que, de forma muy mayoritaria, entre constitucionalistas se ha considerado que no existía coincidencia entre los poderes que se podían ejercer al amparo de la legislación *ordinaria* de salud pública y los habilitados por una declaración del estado de alarma, mientras que, salvo contadas excepciones, entre administrativistas es casi unánime la consideración de que sí lo son y que la opción por uno o por otro régimen es una mera cuestión de oportunidad política del Gobierno. Enseñada se volverá sobre ello.

El volumen tiene una estructura racionalmente coherente, que ayuda a entender perfectamente la intencionalidad de este y que permite a quien se acerca a esta obra comprender, desde el primer momento, el conjunto de la lectura a que se enfrenta. Tras la introducción a cargo de la codirectora del volumen, Paloma Biglino, en la que claramente sitúa el sentido e intención del volumen y establece el índice de las cuestiones que preocupaban a sus

impulsores al programar la obra, esta se estructura en cuatro partes claramente diferenciadas, que, por su propio contenido, son de extensión muy diferente. La primera parte aborda los temas relativos a la forma en que la emergencia y las medidas adoptadas han afectado a la organización institucional, con contribuciones de Juan J. Solozábal (sobre el estado de alarma, en general), Andrés I. Dueñas (relaciones Parlamento-Gobierno), Tomás de la Quadra-Salcedo Janini (Estado autonómico), Juan J. Herbón (mando y gestión del estado de alarma) y M.<sup>a</sup> del Camino Vidal (derecho a la tutela judicial efectiva). La segunda analiza de forma pormenorizada todos y cada uno de los derechos fundamentales, entendidos en sentido amplio, afectados por las medidas adoptadas en la emergencia, lo que hace de esta parte la más extensa y central del volumen. Se analizan el derecho a la intimidad (Francisco J. Matia), la libertad religiosa (Fernando Simón), la libertad de circulación (Juan F. Durán), la libertad de información y transparencia (M.<sup>a</sup> Aránzazu Moretón), el derecho de sufragio (Óscar Sánchez), la libertad de reunión y manifestación (Juan M.<sup>a</sup> Bilbao), el sistema educativo (Fernando Rey), la libertad de empresa (Antonio Cidoncha), el derecho al trabajo (Laurentino J. Dueñas) y el derecho a la protección de la salud (Luis E. Delgado). La tercera parte, dedicada a la «perspectiva europea», está integrada por dos trabajos: Alberto Camacho trata sobre la intervención de la UE frente a las consecuencias económicas de la pandemia y Josep M.<sup>a</sup> Castellà, sobre la Comisión de Venecia y los estados de emergencia. La cuarta parte se dedica a la perspectiva comparada integrada por los trabajos sobre la gestión de la pandemia en sus aspectos jurídicos en cuatro países de enorme importancia como referencia en la medida en que nos ofrecen una panorámica de enorme amplitud en el juego entre cercanía y diferencia jurídico-política con el nuestro: Mario Kölling analiza lo ocurrido en Alemania, Susana Sánchez Ferro, lo ocurrido en el Reino Unido, Hubert Alcaraz, las medidas adoptadas en Francia, y Anna Mastromarino, la gestión de la pandemia en Italia. El volumen se cierra, finalmente, con un epílogo de Manuel Aragón.

Obviamente, no se trata en estas líneas de analizar en detalle, y de debatir, el contenido de todos y cada uno de los trabajos reunidos en este volumen, lo que excede los límites de un texto de estas características. Me voy a limitar a exponer y debatir algunas de las cuestiones planteadas que me parecen de mayor relevancia desde mis propias preocupaciones o intereses, lo que supone una selección de temas puramente subjetiva y, por tanto, plenamente discutible, sin que deba entenderse como valoración menor de los que no sean objeto de especial atención. Pero creo que era conveniente mencionar la totalidad de trabajos que integran el volumen, aunque pueda dificultar la ágil lectura de estas páginas, porque nada mejor que esa mención para expresar

la pretensión totalitaria (segunda acepción del DEL) de esta obra respecto a lo que ha supuesto la gestión de la pandemia en España, los efectos de la declaración del primer estado de alarma y sus profundos efectos sobre el sistema constitucional, con especial y preferente referencia a la afectación a los derechos constitucionales.

Como ya se ha adelantado, la primera cuestión capital a abordar en relación con los efectos horizontales —como acertadamente se identifica en el título de la obra— de la pandemia sobre el sistema constitucional se centra en el propio significado, requisitos y límites de la declaración del estado de alarma. Juan J. Solozábal afronta esta cuestión en el trabajo que abre el volumen tras la introducción de P. Biglino, y lo hace con mesura, poniendo sobre la mesa, con transparencia, las dudas sobre la interpretación de algunas cuestiones vinculadas a esta cuestión; sus propias dudas —que no son solo suyas—, como la cuestión clave de la extralimitación, o no, de las medidas adoptadas en el primer decreto de declaración del estado de alarma para afrontar la pandemia en relación, sobre todo, con la restricción de la libertad de circulación. Se plantea la contradicción entre una actitud básicamente crítica frente a las demandas de reforma de la regulación legal del estado de alarma —su «imperitencia», según el autor—, frente al ejemplo de Alemania, y la constatación de que el estado de alarma en nuestro sistema «no estaría pensado para abordar un supuesto de crisis sanitaria» como el que ha impactado a nuestras sociedades. En este sentido, Solozábal se enfrenta a la cuestión capital de si las restricciones de la libertad de circulación han vulnerado los límites de las medidas que se pueden adoptar en el estado de alarma, señalando que, ciertamente, las medidas adoptadas son muy restrictivas, de forma que parecen acercarse a las previstas para el estado de excepción. Pero considera, por una parte, que la distinción entre limitación y restricción de derechos debe evitar el «peligro nominalista», así como, por otra, que los poderes públicos disponen de cierto margen de discrecionalidad al adoptar las medidas en la emergencia, sin que se deba olvidar que la adscripción de tales medidas es función de la diferente causa que explica su necesidad —«se trate de una crisis catastrófica o sanitaria en la restricción del estado de alarma, o de un problema de orden público constitucional en la suspensión propia del estado de excepción»—, aunque considera que puede producirse una quiebra del orden público en el supuesto de quiebra en la gestión de los servicios públicos. Finalmente, de las reflexiones de J. J. Solozábal me interesa destacar las advertencias que realiza sobre la centralidad que se otorga al principio de proporcionalidad, en ocasiones como único principio sobre el que jugar, como auténtico talismán, y lo que el autor considera la «precariedad» de su base constitucional, que, a su juicio, que comparto, «debe ponernos en guardia al menos ante su utilización masiva o no prudente,

a veces como cláusula de estilo, para justificar cualquier actuación restrictiva, sea del ejecutivo [...] o de los jueces [...]».

El mismo tema es objeto central de la reflexión de Manuel Aragón en el epílogo a esta obra colectiva. Es conocida su aproximación al tema, dado que, además de en el ámbito académico, la ha expresado en varias ocasiones en la prensa diaria escrita<sup>8</sup>. La columna vertebral de su contribución gira sobre la defensa de su conocida tesis —que ha sido acogida o corroborada por el TC en su Sentencia 148/2021— de que las restricciones a la libertad de circulación, que supusieron un auténtico confinamiento, establecidas en la primera declaración del estado de alarma, exigían la declaración del estado de excepción. No es necesario extenderse mucho sobre la discrepancia con esa interpretación, pues ya ha sido expresada, entre otros ámbitos, en la prensa diaria escrita (López Basaguren, 2021a). Permítaseme, muy brevemente, mencionar dos elementos en contra de esa tesis. La declaración de cada uno de los estados de emergencia contemplados en la Constitución, de acuerdo con lo establecido en la LO requerida por la Constitución, establece supuestos de hecho específicos en los que es legítimo —y solo en ellos, interpretados de forma estricta— declarar cada uno de esos estados. Lo que cualifica cada uno de ellos no son las medidas que se considera oportuno adoptar —que, sin duda, son un límite para el Gobierno y, posteriormente, para el Congreso—, sino el supuesto de hecho. Y una emergencia sanitaria, una pandemia, constituye, de forma expresa, el supuesto de hecho habilitante de la declaración del estado de alarma. Entender que con la pandemia el país se encontraba ante una situación en que el «normal funcionamiento» de los servicios públicos se encontraba «tan gravemente alterado», como aspecto del orden público, en unos términos cualitativamente comparables a los de los otros dos supuestos de hecho que legitiman la declaración del estado de excepción —el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el normal funcionamiento de las instituciones democráticas—, no se corresponde, a mi juicio, con la realidad que vivimos en aquel período, y exige una concepción del «orden público» tan ilimitada, tan omnicompreensiva, que lo inutiliza como concepto jurídico operable. Considero que no podemos salirnos del presupuesto de hecho habilitante del estado de alarma. Y aquí es donde tiene relevancia el hecho de la incapacidad de la ley para imaginar una pandemia de las características de la que todavía estamos sufriendo. Porque, encontrándonos en el

---

<sup>8</sup> Manuel Aragón Reyes (2021a; 2021b). Al hacer referencia a estos artículos en la prensa escrita no puedo dejar de mencionar dos artículos de Pedro Cruz Villalón (2020 y 2021), que considero de referencia obligada en este ámbito. *Vid.*, igualmente, Javier García Roca (2021a; 2021b), así como Ana Carmona Contreras (2021).



supuesto de hecho habilitante de la declaración del estado de alarma, se produjo, sin embargo, una situación de necesidad para la que no había previsión legal. Y este es el ámbito en el que la idea de necesidad como concepto jurídico debe desplegar sus efectos, como reacción de urgencia, en la inmediatez de la crisis, en el que el trabajo de V. Álvarez (1996) al que se ha hecho referencia más arriba es de enorme utilidad.

Pero M. Aragón no se limita a defender esa idea de que, a la vista de las medidas restrictivas de la libertad de circulación que pareció necesario adoptar en aquel primer momento, la situación exigía la declaración del estado de excepción. Sin ánimo de analizar de forma exhaustiva su aportación, creo que hay que destacar su crítica tanto a la inicial sustitución de las comunidades autónomas por el Estado como a la posterior retirada del Estado en la gestión de la pandemia, a pesar de las importantes competencias —incluida la «coordinación general»— que en materia de sanidad interior le atribuye al Estado el art. 149.1.16 de la Constitución. En este ámbito hay varias cuestiones de gran interés, aunque no todas tengan la misma trascendencia práctica. Por una parte, el autor manifiesta su crítica por una situación que a mí siempre me ha provocado cierta conmoción como constitucionalista: el hecho de que la orden ministerial que materializa las «acciones coordinadas» previstas en el art. 65 de la Ley de Calidad y Cohesión del SNS —que, aunque, por mandato legal, requieran previo acuerdo del Consejo Interterritorial, corresponden al Ministerio de Sanidad, como ejercicio de la competencia sobre «coordinación general»— no sea objeto de publicación en el *BOE* —una cuestión que también señala A. Cidoncha, en la contribución relativa a la libertad de empresa—. Pero M. Aragón critica, además, otras cuestiones de mucho mayor calado y trascendencia entre las que me gustaría destacar dos que están directamente relacionadas y que creo que son compartidas por la inmensa mayoría, si no por la generalidad, de constitucionalistas. Se trata, por una parte, de la adopción de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales por parte de las comunidades autónomas sin habilitación legal suficiente y sin satisfacer los requisitos de previsibilidad y certeza que tan acertadamente resaltaba y recordaba Ana Carmona (2020) en plena pandemia; una posición que, en relación con el derecho de reunión y manifestación, también mantiene en este mismo volumen Juan M.<sup>a</sup> Bilbao. Una cuestión que está relacionada con la reforma del art. 10.8 LJCA, que atribuye a los TSJ de las comunidades autónomas el conocimiento de la autorización o ratificación de las medidas de salud pública que las autoridades sanitarias de las comunidades consideren urgentes y necesarias e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales «cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente», a la que he hecho referencia más arriba. Una reforma que

Manuel Aragón califica de «repentina y poco meditada» y que, a su juicio, plantea dos problemas de importancia: por una parte, la atribución al Poder Judicial de una labor «colegisladora», impropia de este, y, por otra, el hecho de que una norma procesal como la comentada no puede ser título atributivo de una competencia material que es más que dudoso que esté establecida en la legislación sectorial.

Finalmente, creo que merece resaltarse una propuesta innovadora que realiza M. Aragón, en el sentido de que se establezca una vía específica de recurso directo, sumario y urgente ante el TC frente a los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma —y, si no hago una deducción errónea, hay que entender, también de los de excepción y sitio—. Esta propuesta tiene la virtud de afrontar un problema central en nuestro sistema, como el que ha supuesto la emisión de una sentencia que declara inconstitucional una medida tan trascendente como el confinamiento más de un año después de haberse adoptado, cuando hacía ya mucho tiempo que había dejado de tener efecto. Que corregir ese problema requiera un recurso específico es una cuestión que habrá que debatir con reposo, como merece la propuesta de M. Aragón.

Creo que no debo concluir este análisis del epílogo de M. Aragón a esta obra sin poner en evidencia que, a pesar de la seguridad con que sostiene sus posiciones, queda un resquicio a la duda. El autor defiende con rotundidad la plena idoneidad de la regulación legal del estado de alarma, al mismo tiempo que, sin embargo, acaba abriendo la puerta a la conveniencia de una reforma de esa regulación legal «en vista de la prueba a que ha sido sometido por la pandemia».

Sobre la cuestión básica o de fondo de la comprensión del estado de alarma, en el volumen que se comenta se sostiene por varios autores (T. de la Quadra-Salcedo Janini y J. J. Herbón) una posición —que es amplísimamente mayoritaria entre administrativistas— de la que discrepo y que creo que merece ser comentada. Consideran, en sustancia, que las medidas que se pueden adoptar al amparo del estado de alarma no difieren de las que se pueden adoptar al amparo de la legislación de salud pública, por lo que la opción por la declaración del estado de alarma sería una cuestión de oportunidad política por parte del Gobierno. La consecuencia de esta declaración no residiría, por tanto, en la posibilidad de establecer medidas que no serían posibles al amparo de la legislación ordinaria, sino en «centralizar» su uso en manos del Gobierno.

No es esta la sede adecuada para un debate en extensión y en profundidad sobre esta cuestión. Baste decir, en este momento, que una interpretación similar contraría la propia dicción literal de la LOAES, en cuyo art. 1 establece expresamente que la declaración de cualquiera de los estados de emergencia allí

regulados procederá «cuando circunstancias extraordinarias *hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios* de las Autoridades competentes» (énfasis añadido). Frente a la identidad entre poderes ordinarios y poderes extraordinarios que sostiene estas posiciones doctrinales, la ley, por el contrario, distingue expresamente entre unos y otros. Si, respecto al estado de alarma —que es lo que aquí nos ocupa—, la LOAES no establece ningún poder extraordinario que no esté ya previsto en la legislación de salud pública, de acuerdo con la propia LOAES, el estado de alarma carecería, pura y simplemente, de sentido. La interpretación que aquí se critica, por una parte, fuerza la propia letra de la LOAES, que, guste o no, establece, en lo que aquí nos ocupa, una distinción —y una frontera— entre poderes ordinarios de salud pública y poderes extraordinarios en el mismo ámbito. El problema es que ese sector doctrinal parte de una interpretación ilimitadamente expansiva de la legislación de salud pública —muy especialmente, del inciso final del art. 3 de la Ley de medidas especiales en materia de salud pública, convertido en cláusula que sirve para lo que sea necesario, cual *bonne à tout faire*—; y para sostener su edificio necesita hacer desaparecer esa distinción legal entre poderes ordinarios y extraordinarios e identificar las medidas que se pueden adoptar al amparo de una y otra legislación. Y, por otra, se limitan las consecuencias de la declaración del estado de alarma a una centralización de su ejercicio como consecuencia de una consideración de oportunidad política de la que no soy capaz de ver fundamento alguno en la propia ley. Es la interpretación que, para cerrar el círculo, obligaba a medidas como la que, con mayor o menor fortuna desde la perspectiva de quienes la defienden, incluye la reforma del art. 10.8 LJCA que criticaba M. Aragón. La LJCA atribuía a los tribunales el control —autorización o ratificación— de las medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales cuando eran individualizadas —personas concretas o grupos de personas identificables—. Lo que indica que la legislación procesal no consideraba que los poderes ordinarios en el ámbito de la salud pública pudiesen adoptar medidas de ese tipo que superasen esos límites. Ha habido que forzar la legislación procesal para que acabe cuadrando esa interpretación ilimitadamente expansiva de los poderes ordinarios en salud pública y, en consecuencia, la inexistencia de frontera entre poderes ordinarios y poderes extraordinarios —es decir, los expresamente previstos en la LOAES—.

Sobre el telón de fondo de las controversias en relación con el estado de alarma y las medidas adoptadas en la primera ola de la pandemia, el volumen, como ya se ha señalado, realiza un análisis exhaustivo y pormenorizado de las medidas adoptadas en lo que afectaron a todos y cada uno de los ámbitos constitucionalmente relevantes, completando un conjunto de trabajos de enorme interés, tanto por la detallada exposición de las medidas adoptadas

que afectaban a cada ámbito estudiado como por el análisis cualitativo de estas, desde una vertiente jurídico-constitucional, que se realiza. Aunque el análisis de todos y cada uno de los ámbitos es de gran importancia, su consideración pormenorizada excede la naturaleza de estas páginas, por lo que voy a entresacar un par de cuestiones que me parecen especialmente sobresalientes desde esa perspectiva constitucional.

La primera de ellas es la relativa al derecho de reunión y manifestación, porque, desde la perspectiva señalada, nos encontramos con el hecho de existir una decisión del TC que plantea serias dudas. El trabajo de J. M. Bilbao, minucioso y profundo, es acertadamente crítico, en mi opinión, tanto con el ATC de 30 de abril de 2020, sobre la manifestación convocada en Vigo, como con otras resoluciones administrativas que prohíben distintas manifestaciones. El autor considera que no es convincente la argumentación del TC al considerar adecuada a derecho la prohibición de la manifestación, a la vista de las condiciones de cautela que se proponían por quienes la convocaban, que, creo, merecían un mayor esfuerzo por parte del TC para conciliar las limitaciones a la libertad de circulación y ejercicio del derecho fundamental. No son creíbles, a juicio de J. M. Bilbao —lo que comparto— los argumentos del TC respecto a los riesgos de colapso de tráfico con peligro de impedir la movilidad de los servicios de emergencia; menos aún, como dice el autor, con una población confinada. Considera, en definitiva, que la prohibición no estaba justificada y no es congruente con una doctrina consolidada «que ha puesto siempre el acento en la necesidad de someter a un escrutinio estricto cualquier medida que restrinja el ejercicio del derecho de reunión, apelando al principio de *favor libertatis* y al papel que juega en el marco de una democracia pluralista»; y considera que «un exceso de celo en la tutela de la salud pública lleva al Tribunal a validar una medida claramente desproporcionada», como ponen de relieve, comparativamente, las reuniones y manifestaciones que sí se permitieron en otros países democráticos de nuestro ámbito. Una opinión igualmente crítica expresa el autor acerca de la limitación del número máximo de asistentes en reuniones públicas y privadas. Además de la objeción a su establecimiento por medio de normas reglamentarias ordinarias desde el punto de vista del sistema de fuentes, que ya he referido previamente, J. M. Bilbao cuestiona, igualmente, la suficiencia de la motivación ofrecida por la Administración para justificar estas restricciones del número de personas, así como la proporcionalidad de la medida, opinión que refuerza con la referencia a una decisión del *Juge de référés* del *Conseil d'État* francés respecto a una norma similar, en la que señalaba que había que ponerla a examen en relación con otras medidas de prevención o cautela que, si se cumplían, podrían hacer injustificada la limitación numérica en las reuniones de personas. Es decir, en la motivación de estas medidas es

exigible de la Administración una ponderación de las cautelas que se pueden adoptar, de forma que se eluda la opción fácil de la prohibición o limitación insuficientemente justificada, lo que no siempre ha sido puesto en práctica por nuestros tribunales, en muchas ocasiones, en mi opinión, insuficientemente exigentes en el escrutinio de las decisiones restrictivas de las Administraciones.

La segunda cuestión que me parece que tiene un contenido constitucional especialmente relevante es la relativa al ejercicio del derecho de sufragio, tratado en este volumen por O. Sánchez. Hay que tener en cuenta que el emplazamiento temporal de los trabajos supone que el análisis se refiere a la suspensión de las elecciones a los Parlamentos del País Vasco y de Galicia, pero no puede tener en cuenta los avatares de la posterior suspensión, casi un año después, de las elecciones al Parlamento de Cataluña. El texto tiene una primera parte muy sugerente, en la medida en que expone lo que, en este terreno, ha ocurrido en otros países, así como la posición sobre esta cuestión por parte, especialmente, de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa —sobre la que hay un trabajo específico de J. M. Castellà—. Considero que el autor sitúa muy acertadamente el problema al que se enfrentaron los presidentes de las dos comunidades autónomas que habían convocado anticipadamente las elecciones cuando, en pleno desarrollo del proceso electoral, se declara la pandemia mundial y se declara el estado de alarma. Y contiene, asimismo, un epígrafe final, relativo a las medidas protectoras del proceso electoral, tanto en relación con el ejercicio del voto por correo como sobre la alarmante privación del derecho de sufragio de personas infectadas o sospechosas de estarlo, de enorme interés. Hay una cuestión que, sin embargo, me parece llamativa, y que, salvo desconocimiento o error por mi parte, nadie en el ámbito académico ha planteado —tampoco el autor de esta contribución al volumen que es objeto de atención en estas páginas—: los efectos que la suspensión de elecciones por causa de necesidad, como en los casos que nos ocupan, debe tener, necesariamente, sobre la legislatura, impidiendo el mantenimiento de un Parlamento con poderes limitados junto con un Gobierno con plenitud de funciones y, por tanto, en parte importante, incontrolable, al margen de otras cuestiones de especial relevancia. La relación indisoluble entre la competencia del presidente del Gobierno para convocar elecciones y su competencia para disolver anticipadamente el Parlamento exigía que, aceptada la necesidad de suspender las elecciones, se derogase, en su totalidad, el decreto por el que, conjuntamente, se disuelve el Parlamento y se convocan elecciones, sin que resulte aceptable una suspensión del segundo elemento sin suspensión del primero (López Basaguren, 2021b).

No puedo entrar a estudiar el resto de las contribuciones que analizan cada uno de los derechos que resultaron afectados en aquella primera ola,

todos ellos de gran interés. Pero no quiero concluir esta parte sin hacer alguna referencia al trabajo de A. Cidoncha sobre la libertad de empresa. El texto tiene un gran interés, y no hace falta insistir sobre el enorme impacto que la declaración del estado de alarma —y también el ejercicio de los poderes ordinarios de salud pública por parte de las comunidades autónomas, al margen de ese estado de emergencia— ha tenido, muy especialmente, sobre algunos sectores de la actividad económica, llegando durante el «permiso obligatorio retribuido recuperable» a una situación que la propia normativa que lo estableció definió como «disrupción temporal y generalizada de la actividad económica». Es indiscutible la profunda afectación a la libertad de empresa que tuvo lugar. El autor considera que se ha producido una vulneración del contenido esencial de la libertad de empresa. Pero, por una parte, lamentándose tácitamente de la jurisprudencia en la materia, reconoce que no parece que vaya a haber problema en superar lo que en algún caso concreto considera «el bajo listón» de la jurisprudencia del TC en estas cuestiones; por otra, reconoce que había muy buenas razones para limitar de aquella manera el ejercicio de la actividad empresarial de una forma que me parece contradictoria con la consideración de la vulneración —«Por muy buenas razones, pero se impidió [el ejercicio de la libertad de empresa]», afirma expresamente—. En este sentido, echo en falta una mayor coherencia en la argumentación: o hay razones para la limitación y, en ese caso, es legítima, o hay limitación ilegítima, en cuyo caso hay que explicitar las razones jurídicas de esa ilegitimidad.

Como se ha señalado, el volumen concluye, precediendo al epílogo, con dos secciones que tienen directa vinculación: los dos trabajos relativos a la UE y a la Comisión de Venecia, por una parte, y las cuatro contribuciones de derecho comparado ya mencionadas. Se trata de dos secciones que enriquecen de una forma sobresaliente el conjunto del volumen en la medida en que, por una parte, nuestra inserción en el marco del sistema continental es un elemento indispensable para situar en unas coordenadas adecuadas la idoneidad o no de algunas de las medidas adoptadas en España, y, por otra, la respuesta europea a los efectos económicos de la covid-19 es tan trascendental como cualitativamente innovadora por lo que su análisis resulta indispensable en un volumen como el que se analiza en estas páginas. Por otra parte, los ejemplos de derecho comparado son un elemento indispensable para evaluar, de forma relativa, las medidas adoptadas en España y su acierto o desacierto en una crisis de características tan inesperadas y desconcertantes. Y, además, ofrecen la oportunidad de aprender tanto de los aciertos como de los errores de la actuación realizada en otros países de nuestro mismo ámbito político. Se trata, por tanto, de dos secciones cuya inclusión es uno de los grandes aciertos del volumen.

Nos encontramos, en definitiva, ante una contribución colectiva de enorme valor al debate sobre la estrategia y las medidas jurídicas para hacer frente a la pandemia puestas en práctica en el momento en que estalló; es decir, en el momento de absoluta incertidumbre al que tuvieron que hacer frente los poderes públicos, con una falta importante de bagaje, sin saber todavía de qué se trataba y cómo había que afrontarlo, pues, no debemos olvidarlo, el propio conocimiento científico sobre el coronavirus, sus vías de propagación y la forma de combatirlo sanitariamente era muy limitado. El trabajo del mundo científico ha sido extraordinario, logrando un enorme éxito colectivo, tanto en el tratamiento sanitario de la enfermedad como en ese gran logro histórico de las vacunas para prevenirla. El análisis —el conocimiento— jurídico se sitúa en otro plano muy diferente. Pero su labor en el avance del conocimiento es indispensable para garantizar la salud del sistema político democrático. En este sentido, el volumen que hemos analizado en estas páginas constituye una de las aportaciones más importantes realizadas desde el campo del derecho constitucional en nuestro país.

### *Bibliografía*

- Aja Fernández, E. y García Roca, J. (2021). *Informe Comunidades Autónomas 2020*. Barcelona: Instituto de Derecho Público.
- Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en derecho público*. Madrid: Civitas.
- (2021). *2020, el año de la pandemia de la Covid-19*. Madrid: Iustel.
- Álvarez García, V., Arias Aparicio, F. y Hernández Diez, E. (2020). *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*. Madrid: Iustel.
- Aragón Reyes, M. (2021a). ¿Alarma o excepción? La función del Tribunal Constitucional. *El País*, 6-7-2021. Disponible en: <https://bit.ly/33gXPCY>.
- (2021b). El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma. *El País*, 4-8-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3gCxpOS>.
- Carmona Contreras, A. (2020). Pandemia y restricción de derechos fundamentales. *El País*, 24-10-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3sEMQvU>.
- (2021). Control de constitucionalidad del derecho de excepción o cuando el orden de los factores altera el resultado. *Agenda Pública*, 12-7-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3uGmLyZ>.
- Corts. (2021). *Anuari de Dret Parlamentari*, 34, número extraordinario sobre *El funcionamiento del Parlamento ante la crisis sanitaria*.
- Cruz Villalón, P. (2020). La Constitución bajo el estado de alarma. *El País*, 17-4-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3BePRXl>.
- (2021). Destripando al Tribunal Constitucional. *El País*, 23-7-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3gFNgwo>.

- De Feo, A. y Ruíz de la Ossa, T. (2021). El desafío del programa NextGenerationEU. En E. Aja Fernández y J. García Roca (dirs.), *Informe Comunidades Autónomas 2020* (pp. 77-93). Barcelona: Instituto de Derecho Público.
- Defoe, D. (1722). *A Journal of the Plague Year*. Oxford: Oxford University Press.
- García Roca, J. (2021a). Constitucionalidad de la alarma. *El País*, 12-7-2021 Disponible en: <https://bit.ly/3uEhRCv>.
- (2021b). Una controvertida decisión. *El País*, 27-7-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Be7GG8>.
- Garrido López, C. (2021). *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- López Basaguren, A. (2021a). ¿Octavio y Catón en el Constitucional? *El País*, 29-6-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3u1lBCX>.
- (2021b). Sobre elecciones en tiempo de pandemia. A propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y en Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña. *Revista del Parlamento Vasco*, 2, 136-171.
- Ortea García, E. (2021)- *Cortes Generales y emergencia sanitaria: labor parlamentaria en un contexto distópico. Una panorámica de la adaptación práctica del derecho parlamentario español a la crisis de la Covid-19*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tudela Aranda, J. (2020). *El Parlamento ante la Covid-19*. Zaragoza: Manuel Giménez Abad.
- (2021). *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Velasco Caballero, F. (2021). Estado y comunidades autónomas durante la pandemia. En E. Aja Fernández y J. García Roca (dirs.), *Informe Comunidades Autónomas 2020* (pp. 41-54). Barcelona: Instituto de Derecho Público.