

# FUENTES DEL DERECHO

Alejandro HUERGO LORA\*

## Resumen

*El trabajo aborda la producción normativa durante la pandemia de COVID-19. Se centra en las distintas vías jurídicas que han sido utilizadas para aprobar las normas que se están aplicando durante la pandemia. Esas vías son el estado de alarma, la legislación sanitaria y los Decretos-leyes. El artículo estudia hasta qué punto son intercambiables, el ámbito de las normas que se pueden aprobar a través de la legislación sanitaria y la intervención de los jueces para autorizar o ratificar esas medidas.*

## Palabras clave

*COVID-19 – legislación – decreto-ley – autorización judicial.*

## Abstract

*The work addresses normative production during the COVID-19 pandemic. It focuses on the different legal paths that have been used to approve the regulations that are being applied during the pandemic. These routes are the state of alarm, health legislation and Decree-laws. The article studies to what extent they are interchangeable, the scope of the rules that can be approved through health legislation and the intervention of judges to authorize or ratify these measures.*

## Keywords

*COVID-19 – legislation – decree-law – judicial authorization.*

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo. Dirección de correo electrónico: [ahuergo@uniovi.es](mailto:ahuergo@uniovi.es).

SUMARIO. I. Introducción. II. Aprobación de normas durante la pandemia: Tres pilares parcialmente intercambiables. 1. El primer pilar: la declaración del estado de alarma. A. Normas cuya base jurídica es la declaración del estado de alarma. B. La borrosa distinción entre normas y actos bajo la común denominación de «medidas». 2. El segundo pilar: las disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas en virtud de la legislación sanitaria. A. Extensión de las habilitaciones contenidas en la legislación sanitaria. B. Los problemas derivados de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria. 3. El tercer pilar: los Decretos-leyes. A. El Decreto-ley, ¿sustituye o hace innecesario el estado de alarma? B. Consecuencias del creciente recurso a los Decretos-leyes. III. Algunas reflexiones hacia el futuro. IV. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

NO voy a realizar, ni estaría en condiciones de hacerlo, un análisis detallado de las normas que se han aprobado durante la pandemia, que cuando se cierra este trabajo (7 de mayo de 2021) no puede darse por concluida, sobre todo desde el punto de vista jurídico. Ni tengo el tiempo para realizar esta tarea hercúlea (tendría que contar, además, con la normativa autonómica), ni el espacio a disposición permite abordarla, ni puede emitirse un juicio cuando nos encontramos todavía dentro del fenómeno a estudiar. En todo caso, se han publicado excelentes análisis (1). Mi propósito es solo subrayar algunas notas especialmente destacadas y tratar de saber qué nos dicen sobre el estado de nuestro sistema de fuentes y su futuro inmediato.

## II. APROBACIÓN DE NORMAS DURANTE LA PANDEMIA: TRES PILARES PARCIALMENTE INTERCAMBIABLES

La producción normativa durante la pandemia se caracteriza por una compleja estructura formada por tres pilares.

---

(1) Sin voluntad ni capacidad de ser exhaustivo, y ciñéndome a análisis generales, destacaré los contenidos en el número especial de *El Cronista* (núms. 86-87, *in totum*), BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *COVID-19 y Derecho público*, Valencia, 2020 (en especial el artículo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», pp. 207-239); ALVAREZ GARCÍA, V./ARIAS APARICIO, F./HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*, Madrid, 2020; y ya en un momento posterior y con más perspectiva, MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, Madrid, 2021, y ALVAREZ GARCÍA, V., *El año de la pandemia de COVID 19*, Madrid, 2020. Los *blogs* han sido una gran fuente de conocimiento y reflexión, pudiendo destacar trabajos como el de. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>3</sup>, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria» (29 de octubre de 2020), <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>, o las múltiples aportaciones en el *blog* de VELASCO CABALLERO, F., De entre los trabajos sectoriales, destaco el relativo a las sanciones de CANO CAMPOS, T., «Las sanciones en el estado de alarma», REBOLLO PUIG, M./HUERGO LORA, A./GUILLÉN CARAMÉS, J./CANO CAMPOS, T. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (2021), pp. 789-824.

## 1. EL PRIMER PILAR: LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

### A. Normas cuya base jurídica es la declaración del estado de alarma

El primero de estos grupos normativos es el formado por las normas aprobadas en virtud de la declaración, en tres momentos diferentes, del estado de alarma. Si dejamos a un lado el estado de alarma limitado territorialmente a nueve municipios de la Comunidad de Madrid (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), que tuvo un ámbito temporal y unos efectos bastante reducidos (sin perjuicio de su importancia en el debate político), los estados de alarma declarados por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (que duró desde el 14 de marzo hasta las cero horas del día 21 de junio de 2020) y por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (que dura desde el 25 de octubre de 2020 hasta las cero horas del 9 de mayo de 2021), este último a punto de decaer cuando se escriben estas líneas, constituyen la base jurídica de numerosas disposiciones que, adoptadas mayoritariamente bajo la forma de Orden Ministerial, tienen su fundamento jurídico en dicha situación de estado de alarma, citando expresamente como su fundamento al Real Decreto que declaraba dicha situación. En el segundo de estos periodos, se da la circunstancia de que la mayoría de las disposiciones aprobadas en uso de los poderes extraordinarios del estado de alarma lo han sido por los presidentes de las comunidades autónomas, a los que el Real Decreto habilitaba para tomar determinadas medidas como el toque de queda, los cierres perimetrales o la limitación del derecho de reunión.

Aunque el debate sobre el estado de alarma ha quedado bastante superado por las circunstancias, sí me parece digno de mención que entre nosotros se ha considerado por muchos que es más garantista acudir a las instituciones que prevén poderes de excepción (así, sería mejor el estado de alarma que la aplicación de la legislación sanitaria por las comunidades autónomas, y mejor el estado de excepción que el estado de alarma, si es que se trataba de imponer un confinamiento domiciliario), mientras que en la mayoría de países de nuestro entorno no se ha utilizado ninguno de los instrumentos similares a nuestro estado de alarma, y en Alemania se observa incluso cierta satisfacción en haber gestionado esta situación sin haber tenido que usar los poderes excepcionales, que se ven (no sin razón) como una merma de garantías y no precisamente como instituciones garantistas.

Las medidas adoptadas en virtud de la declaración del estado de alarma han aparecido separadas del resto, en suplementos del BOE y de los boletines autonómicos, aunque no parece que ello esté exigido por norma alguna (2).

Junto a las disposiciones aprobadas haciendo uso, directamente, de los poderes concedidos por el estado de alarma, también hay que notar que numerosas normas aprobadas al margen del mismo, en lo que llamaré tercer pilar de la normativa especial (normalmente mediante Real Decreto-ley), toman al estado de alarma como ámbito temporal de vigencia. Esto ha llevado a que, cuando estaban a punto

---

(2) Se han vivido fenómenos muy llamativos, como el hecho de que normas que habían sido aprobadas en un Consejo de Ministros y explicadas a la población, y que debían entrar en vigor al día siguiente (lo que exigía importantes medidas de adaptación a empresas y Administraciones Públicas), demoraban su publicación hasta instantes antes de su entrada en vigor, lo que con toda evidencia obedecía a que aún se estaba perfilando su redacción, a pesar de haber transcurrido horas desde la finalización de la reunión del Consejo de Ministros.

de terminar los efectos del estado de alarma, se aprobasen nuevas normas (de nuevo mediante Real Decreto-ley) para prorrogar la vigencia de las anteriores, independiéndola del estado de alarma(3).

## **B. La borrosa distinción entre normas y actos bajo la común denominación de «medidas»**

Como ha subrayado Baño León, bajo el término «medidas» que utiliza el artículo 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pueden utilizarse distintos instrumentos jurídicos: «Habrán medidas que requieran un acto general, otras un reglamento provisional, otras, actuaciones meramente técnicas o materiales. Lo que exija la situación de necesidad»(4). Lo cierto es que, más allá de que quepan ambos instrumentos (norma y acto), en la práctica la distinción ha perdido nitidez y en la mayoría de los casos se ha renunciado a apurar la calificación de las medidas aprobadas al amparo del estado de alarma o de la legislación sanitaria (o de ambas a la vez, como ha ocurrido con el último estado de alarma, que ha servido, como veremos en un momento, para dotar de cobertura jurídica a aquellas medidas para las que la legislación sanitaria no prestaría fundamento suficiente).

No se respeta, precisamente por razones de urgencia, el procedimiento de elaboración de reglamentos. Además, con frecuencia se incluye, en la publicación de las medidas, el pide de recursos, que es propio de los actos administrativos y no de los reglamentos (aunque a la vez se publican siempre en el apartado de «disposiciones generales» de los boletines). Por su contenido, en muchas ocasiones nos encontramos con reglas generales y abstractas, como las que prohíben determinados movimientos o imponen limitaciones de aforo para la realización de determinadas actividades. Su contenido es similar al de cualquier reglamento. Por ejemplo, la norma que obliga a usar mascarillas (ahora, artículo 6 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) no es distinta de otras similares que aparecen en disposiciones que se aplican durante la vigencia del estado de alarma. Puede inducir a cierta confusión el hecho de que son medidas con un ámbito temporal de aplicación limitado y, en ocasiones, muy corto (por ejemplo, los cierres perimetrales por dos semanas), pero muchas otras normas tienen un ámbito de aplicación limitado de antemano.

El TC ha despejado estas dudas en su sentencia 83/2016, relativa al estado de alarma declarado en 2010 ante el cese de actividad de los controladores aéreos, al decir que «[l]a decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho

---

(3) Por ejemplo, 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: «se hace necesario y urgente prorrogar la eficacia temporal de algunas de estas medidas mientras subsistan los efectos negativos de la pandemia, con independencia del fin de la vigencia del estado de alarma».

(4) «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria» (29 de octubre de 2020), <https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>.

estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o «alteraciones graves de la normalidad» previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental *tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara*. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, *constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos*. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado». Por lo tanto, la «fuerza de ley» del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma no sirve solo para justificar que no se pueda recurrir en vía contencioso-administrativa, sino tiene un trasfondo material normativo, que, como estamos viendo, se traslada a muchas de las disposiciones dictadas a su amparo. Otra cosa es la concreta relevancia práctica de esta calificación, que en todo caso debería permitir, por ejemplo, el planteamiento de recursos indirectos en cualquier impugnación de los actos dictados a su amparo.

## 2. EL SEGUNDO PILAR: LAS DISPOSICIONES ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN VIRTUD DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA

### A. Extensión de las habilitaciones contenidas en la legislación sanitaria

El segundo pilar es el de las disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas en virtud de la «legislación sanitaria», es decir, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública(5). La duda más importante que se ha planteado –y que en estos momentos parece que tendrá que resolver en pocos días la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, después de la llamativa y cuestionable reforma de recurso de casación operada por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo– es si la habilitación contenida en el artículo 3 de la LO 3/1986 incluye medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como el toque de queda o los cierres perimetrales(6).

Se ha presentado con frecuencia la cuestión de forma distorsionada, omitiendo el inciso final del artículo 3 [«la autoridad sanitaria (...) podrá adoptar las medi-

---

(5) Es necesario añadir la legislación autonómica, pero lo cierto es que las habilitaciones más importantes son las de la LO 3/1986 y las comunidades autónomas, al no poder aprobar Leyes orgánicas ni regular materias reservadas a Ley orgánica, se ven obligadas reproducir los preceptos de aquella y pasar de puntillas o explicitar contenidos implícitos de la misma, por lo que su aportación es menos aparente que real.

(6) El artículo 3 dispone: «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*».

das (...) que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»]. Esta omisión permite llegar fácilmente a la conclusión de que el artículo 3 solo habilita a las autoridades sanitarias para adoptar medidas respecto a personas infectadas y a quienes hayan estado en contacto con ellas, pero no, en cambio, medidas preventivas de alcance general como las ya mencionadas. Creo que el último inciso es lo suficientemente amplio como para desmentir que esta legislación se pueda aplicar únicamente a los contagiados y sus contactos. Además, no tendría ningún sentido que una Ley prevista para una situación de necesidad, de grave peligro para la salud pública, y que requiere respuestas rápidas, introdujese una distinción tan específica (medidas respecto a los contagiados y a su entorno inmediato, sí; medidas que afecten a la población en general, no), cuando lo cierto es que la realidad muestra que existen situaciones epidémicas muy diferentes. A veces, el virus es muy letal pero relativamente poco contagioso (ébola), mientras que, en el caso del COVID-19, sucede justo lo contrario, lo que reclama una actuación que se adecue a las distintas circunstancias. Todo ello sin perjuicio de que, como es obvio, haber reformado la legislación a la vista de las concretas necesidades que la pandemia ha creado habría sido mejor y hubiera despejado muchas dudas.

Lo que ha sucedido en la interpretación de la legislación sanitaria es una versión particular del viejo principio de «intercambiabilidad de las técnicas administrativas», que en su momento estudió Villar Palasí (7). Gran parte de la doctrina, en especial constitucionalista, y una parte de la jurisprudencia, han rechazado aquí la aplicación de este principio, llegando a la conclusión de que, si el estado de alarma permite medidas de limitación de la movilidad (como los cierres perimetrales o el toque de queda), la legislación sanitaria no puede hacerlo. La idea sería que si la legislación sanitaria permite acordar toques de queda, ¿entonces para qué sirve el estado de alarma? Esas medidas estarían «reservadas» al estado de alarma. Se da un salto lógico desde la premisa de que el estado de alarma permite la adopción de esas medidas a la conclusión de que las mismas *solo pueden adoptarse* en el estado de alarma.

El viejo principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas impide llegar a esa conclusión. Es perfectamente posible (la práctica administrativa lo muestra diariamente) que una misma realidad se pueda abordar desde distintos títulos jurídicos o desde la aplicación de diferentes normas o grupos normativos. No siempre es necesario establecer calificaciones jurídicas únicas o excluyentes.

Lo que ha sucedido es que esas posiciones jurisprudenciales «torcieron la mano» al Gobierno en el otoño de 2020 y, ante las resistencias para aprobar medidas restrictivas de derechos fundamentales dictadas en virtud de la legislación sanitaria, le llevaron a la declaración del estado de alarma por Real Decreto 926/2020, que es muy diferente al primero, no solo porque el protagonismo casi exclusivo en su aplicación corresponde a los presidentes autonómicos como autoridades competentes delegadas, sino también porque se trata de un estado de alarma «complementario» de las competencias que la legislación sanitaria atribuye a las comunidades autónomas, en el sentido de que serviría para completarlas, per-

---

(7) La referencia clásica es VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14 (1954), pp. 11-121: «Todas las técnicas de fomento son entre sí convertibles. En definitiva, implican una única finalidad que puede conseguirse mediante la aplicación de una serie de medios distintos» (p. 58).

mitiendo a aquéllas dictar aquellas medidas cuya cobertura en la LO 3/1986 ha sido cuestionada.

El problema que puede plantear esta vía de actuación (estado de alarma para complementar las competencias autonómicas) es que dificulta que, cuando decaiga el estado de alarma, se acepte con normalidad que las autoridades autonómicas puedan seguir haciendo, ahora con el único aval de la LO 3/1986, lo que hasta ese momento venían ordenando en virtud de la declaración del estado de alarma.

## **B. Los problemas derivados de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria**

El recurso a la legislación sanitaria como fundamento jurídico de la adopción de medidas dirigidas a intentar impedir el contagio de COVID lleva aparejada la necesidad de obtener la autorización o ratificación judicial, habiéndose convertido esa intervención judicial preventiva en la principal nota distintiva de la utilización de esta vía jurídica. Resulta a mi juicio sorprendente cómo se ha llegado hasta aquí.

La legislación procesal contiene diversos preceptos que atribuyen a determinados órganos jurisdiccionales la competencia para autorizar a algunos órganos administrativos la realización de actuaciones concretas y específicas que afectan a derechos fundamentales que, de acuerdo con la Constitución, están bajo la salvaguarda de los tribunales, de modo que la Administración no puede adoptar medidas que inciden directamente sobre ellos sin autorización judicial.

– Artículo 90.5 LOPJ: «Corresponde también a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la cesión de los datos que permitan la identificación a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneran la propiedad intelectual, en aplicación de la citada Ley 34/2002 y del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril». El artículo 8.2 de la Ley dice que el «requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa».

– Artículo 90.6 LOPJ: «Igualmente conocerán los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo del procedimiento previsto en el artículo 12 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos». El procedimiento se denomina «declaración *judicial* de extinción de un partido político», por lo que está claro que la legislación sustantiva exige la autorización judicial.

– Artículo 90.7 LOPJ: «Corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, el requerimiento de información por parte de la Agencia Española de Protección de Datos y otras autoridades administrativas independientes de ámbito estatal a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando ello sea necesario de acuerdo con la legislación específica». En la Ley Orgánica 3/2018 encontramos distintas normas

que exigen la autorización judicial en determinados casos (artículo 52, Disposición Adicional 5.<sup>a</sup>, Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>).

– Artículo 91.2 LOPJ: «Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia» (tal como recoge el artículo 8.6 LJCA). Aquí la norma sustantiva que exige autorización judicial para la entrada en domicilio es el artículo 100.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y normas concordantes).

La necesidad de que los jueces autoricen previamente determinadas decisiones administrativas tomadas en el ámbito sanitario, debido a su especial incidencia sobre la dignidad e integridad del paciente, aparece, por ejemplo, en el artículo 21.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (para el supuesto de un alta no aceptada por el paciente) (8). Incluso en ausencia de una norma concreta que prevea tal intervención judicial, se ha recabado la misma en situaciones tales como la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre (STC 120/1990 y 11/1991) o incluso las autorizaciones para interrumpir el tratamiento médico y dejar morir a personas en situación irreversible (antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo).

En el caso que ahora nos ocupa, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial añadió al entonces artículo 8.5 de la LJCA (ahora es el 8.6), que regula las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el siguiente inciso: «Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, modifica esta regulación que queda dividida en tres partes:

– Artículo 10.8 LJCA (nuevo): «Conocerán [las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ] 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*».

– Para las posibles medidas adoptadas por autoridades sanitarias estatales, el artículo 11.1.i) (añadido), atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer en única instancia «[d]e la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria *estatal* considere urgentes y necesarias

---

(8) «En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión».



para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente».

– La nueva redacción del artículo 8.6, que dice: «Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas *adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria* que las autoridades sanitarias [sin distinguir estatales o no estatales] consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales *cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*».

Desde mi punto de vista, la regulación original y su reforma suscitan estos comentarios:

– La legislación procesal debe establecer qué órgano es competente para resolver cada proceso, pero deberían ser normas sustantivas las que establezcan cuándo es necesaria una determinada intervención judicial. Esta regla suele cumplirse (hemos visto algunos ejemplos), pero, en el caso de las medidas de protección de la salud pública, es solo la LJCA la que establece cuándo se necesita autorización/ratificación judicial, y lo hace en términos genéricos. La redacción original hablaba de «medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Hubiera sido preferible que la legislación sustantiva (la legislación sanitaria) estableciera en qué supuestos estas medidas necesitan autorización judicial.

– Esta intervención judicial, al referirse a medidas de protección de la «salud pública», es diferente de los casos que hemos examinado en que se exige autorización judicial para intervenciones sobre el cuerpo de un ciudadano (derecho a morir dignamente, alimentación forzosa), que no se refieren a cuestiones de salud pública. En otros supuestos que han llegado al TC, como el de las pruebas biológicas de paternidad, la autorización judicial es imprescindible porque son pruebas admitidas en un proceso judicial (además de que, en esos casos, no se fuerza coactivamente al sujeto a someterse a la prueba de paternidad, sino que se extrae, en su caso, una determinada conclusión de su negativa a someterse a ella cuando ha sido admitida por el órgano judicial).

– No es exigible constitucionalmente que todas las medidas de protección de la salud pública que «impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental» estén condicionadas a la autorización o ratificación judicial. La Administración dicta constantemente actos y aprueba reglamentos que restringen «la libertad» (genéricamente considerada) o incluso derechos fundamentales concretos (empezando por el de propiedad) sin que estas actuaciones administrativas se encuentren sometidas a control judicial previo. La Constitución impone ciertas exigencias a estas intervenciones administrativas, sobre todo en cuanto a la habilitación normativa exigible, al grado de concreción que debe tener el marco normativo habilitante o a la exigencia de proporcionalidad en la intervención, pero no existe esa exigencia general de que cualquier medida administrativa que implique privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requiera autorización o ratificación judicial. La Administración puede adoptar algunas de

estas medidas y no otras, pero, cuando puede hacerlo, la Constitución no exige que lo haga previa autorización judicial. El artículo 8.6 LJCA es, pues, una rareza en el ordenamiento.

– En todo caso, el hecho de que la LJCA diga expresamente que las autoridades sanitarias pueden, con autorización judicial, adoptar medidas en aplicación de la legislación sanitaria que limitan o restringen derechos fundamentales, sirve para refutar la tesis que dice que esas medidas sanitarias no pueden restringir derechos fundamentales porque ello estaría reservado al estado de alarma.

– Lo que sí es exigible, y así se viene entendiendo desde el inicio de la vigencia de la Constitución, es que las intervenciones que afectan directamente a la integridad física o corporal de un ciudadano (porque suponen una intervención física coactiva) cuenten con autorización judicial. Para lo que se exige autorización judicial es para la ejecución de la medida en caso de negativa o rechazo de su destinatario.

– La reforma de 2020 deja claro que esas medidas que necesitan autorización judicial pueden no referirse a personas concretas, sino a destinatarios generales y abstractos. Se cierra el paso, por tanto, a interpretar la norma de conformidad con la conclusión anterior.

– Además, la reforma de 2020, al concretar que la autorización judicial es necesaria cuando las medidas se adopten «con arreglo a la legislación sanitaria», parece querer excluir a las medidas que se adopten al margen de la misma, como las que se dicten en el marco de una situación de estado de alarma. El Real Decreto 926/2020, por el que se declaró por tercera vez el estado de alarma en la pandemia de COVID-19, en su artículo 2.3, dice expresamente que para las medidas que en él se prevén (toque de queda, cierres perimetrales, limitación del derecho de reunión y de culto) no «será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Alguien podría preguntar si ello significa que la autorización era exigible cuando tales medidas (o más bien otras mucho más duras) se aplicaron en el marco del «primer» estado de alarma.

Está claro que esta intervención judicial no la exige la Constitución, porque no se trata de medidas administrativas cuya ejecución afecte a la integridad corporal de ningún ciudadano (como la alimentación forzosa, por ejemplo). Ahora bien, ¿se trata de una «mejora» de la tutela jurídica añadida por el legislador a los mínimos exigidos por la Constitución, o se está, directamente, vulnerando ésta por infracción del principio de separación de poderes? Eso es lo que tendrá que resolver el TC, que ya ha admitido una cuestión de inconstitucionalidad, formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, que apunta precisamente en esta dirección (9). Este es el marco constitucional (el artículo 117.4 CE) y no me parece que la regulación actual se ajuste al mismo, sino que, al contrario, resulta disfuncional y además está contribuyendo a que se generalice la equivocada

---

(9) «La renuncia, porque eso es lo que supone el artículo 10.8 de la LJCA, al privilegio de autotutela de la Administración, y que no necesariamente tiene que ser cuestionable *per se*, se hace por la vía de conferir simultáneamente a los tribunales una función de control previo que los introduce en el procedimiento de elaboración del acto o disposición administrativos y los convierte en Administración, lo cual sí cuestionamos por entenderlo incompatible con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le atribuye el artículo 117.3 y no se justifica por razón de la garantía de los derechos, conforme a lo que dispone el artículo 117.4».

conclusión de que la declaración del estado de alarma es necesaria para evitar que la adopción de medidas de prevención quede al albur de las resoluciones judiciales.

### 3. EL TERCER PILAR: LOS DECRETOS-LEYES

La pandemia ha sido la justificación de (hasta este momento) 42 Reales Decretos-leyes (34 en 2020 y 8 en 2021), mientras que en ese mismo periodo se han aprobado muchas menos Leyes y Leyes orgánicas. Las comunidades autónomas que disponen de esta potestad también la han utilizado con intensidad. Pero la pandemia solo ha agudizado tendencias ya iniciadas: España se ha convertido en «el país de los Decretos-leyes» por la extraordinaria frecuencia e intensidad con que se ha usado y se usa este instrumento normativo. Un instrumento que no existe, por ejemplo, en Alemania, y cuyo único modelo cercano es Italia. De nuevo vemos planteado el problema de la intercambiabilidad de técnicas, porque Decreto-ley y estado de alarma se solapan.

#### A. El Decreto-ley, ¿sustituye o hace innecesario el estado de alarma?

Cabe preguntarse si la previsión constitucional del Decreto-ley (artículo 86) no priva de buena parte de su utilidad al estado de alarma, como lo muestra el hecho de que en Italia las medidas excepcionales contra la pandemia se acordaron en virtud de Decretos-leyes.

De acuerdo con los artículos 55 y 116.2 CE y la Ley Orgánica 4/1981, en el estado de alarma no está permitida ninguna suspensión de derechos fundamentales. El artículo 1.1 de la LOAES dice que estos estados se declararán cuando fuese «imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes *ordinarios* de las Autoridades competentes». El modo normal en que se atribuyen poderes al Gobierno y a las Administraciones Públicas es a través de Leyes. El estado de alarma sirve para que el Gobierno pueda ejercer poderes que no le ha atribuido (todavía) ninguna Ley. Los que se enumeran en los artículos 11 y 12 no parece que sean exhaustivos. Fuera del estado de alarma quedan, por supuesto, las medidas que requieren la declaración de otros estados (de excepción o de sitio). El estado de alarma sirve, por tanto, para poder ejercer poderes extraordinarios, que no se han concedido al Gobierno por la legislación ordinaria.

Pues bien, el Real Decreto-ley cumple por sí solo una de las principales funciones del estado de alarma, es decir, la de habilitar al Gobierno para tomar determinadas medidas sin estar previamente habilitado a ello por las Leyes. Lo propio del estado de alarma (y de otras habilitaciones a órganos administrativos para actuar en situaciones de emergencia, como las de la LBRL) es que permite dictar actos o aprobar reglamentos *contra legem*, es decir, reglamentos cuyas previsiones, en otra situación, chocarían con preceptos legales o carecerían de la necesaria base legal para intervenir en materias sometidas a reserva de ley.

En el caso del estado de alarma (no de excepción o sitio), eso es aún más claro, porque, a diferencia de lo que ocurre en los estados de excepción y sitio, no está permitido adoptar medidas de suspensión de derechos fundamentales. Dicho de otro modo, casi todo lo que se puede hacer en el estado de alarma lo podría dispo-

ner una Ley. Por supuesto que existen otros efectos del estado de alarma (sobre todo competenciales), que el legislador no puede activar por sí mismo fuera de esa situación excepcional, pero, como digo, uno de los efectos principales del estado de alarma es habilitar al Gobierno para dictar normas no limitadas por la legislación previa.

Se tendrá que reconocer que, en un Estado cuya Constitución acoge el Decreto-ley con la amplitud con que lo hace el artículo 86, esa función habilitante pierde buena parte de su interés, porque el Gobierno ya dispone ordinariamente de un instrumento que le permite aprobar normas con rango de Ley, con el que puede despejar el obstáculo que para sus políticas pueda encontrar en normas preexistentes, y a la vez crear las bases jurídicas que necesite para las políticas que quiera aplicar.

## **B. Consecuencias del creciente recurso a los Decretos-leyes**

El uso del Decreto-ley ha ido desbordándose. Por su número, porque es muy difícil creer que se cumpla en todos los casos el presupuesto habilitante («extraordinaria y urgente necesidad») y porque ha ido ocupándose prácticamente de cualquier materia salvo, en la práctica, de las que están reservadas a Ley orgánica.

El Decreto-ley es como los zumos o las bebidas azucaradas: libera energía de forma rápida, en comparación con la fruta entera u otros alimentos. El cuerpo se acostumbra a esa descarga rápida y puede abandonar alimentos más costosos de digerir, aunque estos últimos sean más saludables. Del mismo modo, el Decreto-ley permite conseguir, con facilidad y rapidez, efectos inmediatos sobre el ordenamiento jurídico. Lo curioso es que su presencia no solo parece afectar al comportamiento del Gobierno, que parece lógico que tienda a utilizarlo para conseguir esos efectos, sino también al de las Cortes, porque da la impresión de que la inmediatez del Decreto-ley las ha llevado a una forma de actuar cada vez más lenta. Como toda necesidad urgente puede atenderse mediante un Decreto-ley, no se utilizan los mecanismos que permiten legislar con rapidez en momentos en que es necesario. Y no se utilizan, probablemente, porque la lentitud o inactividad legislativa carece de consecuencias, porque cualquier necesidad normativa se puede cubrir mediante un Decreto-ley: solo la falta de convalidación de un Real Decreto-ley podría producir trastornos graves.

Por otra parte, la facilidad para aprobar Decretos-leyes hace que no sea necesario llevar al límite la potestad reglamentaria o forzar el ámbito de la reserva de Ley (como ocurre en otros sistemas cuando el Gobierno carece de mayoría parlamentaria).

Aunque el Decreto-ley está sometido a convalidación parlamentaria, en la práctica es mucho más fácil obtener esa convalidación (que además es solo del Congreso, marginándose al Senado) que partir de cero y conseguir la aprobación de una Ley. No hace falta decir que la aprobación de normas a través de Decretos-leyes es mucho más opaca que el procedimiento legislativo o el reglamentario, y más permeable a la presión de intereses sectoriales o de la burocracia ministerial. La declaración de inconstitucionalidad por infracción de los límites constituciona-

les del Decreto-ley, en los escasos casos en que se produce, suele carecer, por lo demás, de efectos prácticos(10).

### III. ALGUNAS REFLEXIONES HACIA EL FUTURO

Es obvio que la pandemia ha supuesto la mayor emergencia, la mayor ruptura sobre la normalidad. Y ha puesto a prueba la capacidad de reacción de las instituciones, que no estaban preparadas para una situación de este tipo. Entre otras cosas, porque llevamos años en una situación anómala, con una grave crisis territorial en Cataluña, dos largos periodos de parálisis política (uno que abarcó casi todo el año 2016 y otro que duró buena parte del 2019) y un funcionamiento también irregular del sistema normativo que se está agudizando desde el 2018, y que se caracteriza por la obstrucción de las Cortes (que apenas aprueban Leyes) y el paso a primer plano de los Decretos-leyes, ahora no solo en el ámbito estatal sino también en el autonómico. En relación con esta crisis sanitaria ha habido imprevisión e improvisación no solo en el ámbito sanitario o logístico, sino también en el jurídico. Se ha tenido que recurrir a toda velocidad al botiquín y a los botes salvavidas y, o había menos material de lo previsto, o se encontraba en mal estado. En los últimos años ha habido varios avisos de una posible pandemia por un virus respiratorio, que no se aprovecharon para modernizar la legislación o, en todo caso, para tomar conciencia de cómo sería necesario aplicarla. Y también parece cierto que esta concreta crisis vino avisando desde principios de 2020, y que ese tiempo no se aprovechó debidamente. Los debates jurídicos se han tenido que afrontar en directo o a toro pasado y cuando ya se habían tomado decisiones que condicionaban las posiciones de los principales actores.

La crisis ha puesto de manifiesto dónde se encuentran los núcleos no solo de poder, sino también de reflexión. Las Cortes han tenido un papel reducidísimo y limitado a la crítica política y, en algunos casos, a la negociación de contrapartidas a las sucesivas prórrogas del estado de alarma. La decisión sobre el uso del estado de alarma y sobre su configuración ha sido una decisión estrictamente gubernamental, conversada después con los gobiernos autonómicos. Junto a ese eclipse parlamentario, ha ganado importancia, sobre todo después de los primeros momentos, la cooperación con los gobiernos autonómicos. Tampoco en esta ocasión ha sido el Senado el lugar de encuentro (la cámara de representación territorial) y el papel que cumple en sistemas federales como el alemán lo han desempeñado, si es que lo ha hecho alguien, esos centros de encuentro que son las conferencias sectoriales (en este caso el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) y la

---

(10) Dos ejemplos recientes los encontramos en la sentencia 73/2017 (sobre la «amnistía fiscal» aprobada por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que, como era esperable, no afecta a las «situaciones jurídico-tributarias firmes» producidas al amparo de la norma declarada inconstitucional), en la sentencia 152/2017, que declara inconstitucional la normativa que, dentro del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, regulaba las consecuencias económicas de la extinción de la concesión de la instalación de almacenamiento subterráneo de gas «Castor», pero que tampoco ha tenido consecuencias porque la posterior sentencia del TS de 27 de octubre de 2020 (recurso 454/2018) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conferencia de Presidentes, aunque esta última ha quedado, en la práctica, muy desdibujada y no ha servido para la toma de decisiones.

La crisis también ha hecho visible, a mi juicio, hasta dónde llegan la descentralización y el federalismo en España. En los 40 años largos transcurridos desde la aprobación de la Constitución (ahora estamos más bien celebrando los 40 años de la aprobación de los estatutos de autonomía) las normas no han cambiado demasiado, pero sí la realidad, en unos territorios más que en otros. Se ha visto que la aplicación de una norma como la LOAES, que prevé la centralización del poder, requiere hoy muchas matizaciones y el resultado se parece poco a lo que dice su texto (pensemos en sus artículos 9 y 10). Como la pandemia es una situación de emergencia muy prolongada en el tiempo, y no un paréntesis de unos pocos días, el estado de alarma ha acompañado durante un periodo de tiempo largo el funcionamiento ordinario de la Administración, y las estructuras creadas durante estos 40 años y acostumbradas a actuar con gran autonomía (sin controles efectivos del cumplimiento de la legislación estatal, por ejemplo) no se someten con rapidez ni facilidad a la autoridad de un Estado que ya no dispone tampoco de una organización acostumbrada a ejercer esas funciones de mando. Es algo que, por otro lado, es transversal a los distintos partidos políticos, como ha habido ocasión de comprobar.

Tal vez pueda decirse que el Estado en España ya no va a ser jacobino o unitario (aunque este modelo tenga muchos simpatizantes), sino que, si se quiere que mejore y cumpla sus funciones, el camino no es hacerlo más unitario, sino mejorar el funcionamiento de las técnicas federales o al menos fuertemente descentralizadas. Para eso hace falta avanzar mucho, por ejemplo, en cooperación horizontal entre las comunidades autónomas y en una coordinación real desde el Estado (11).

Es necesario reconocer una vez más el peso del aforismo *big case, bad case*. Cuando lo que está en juego es demasiado importante, las consideraciones jurídicas pasan a un segundo plano, se adoptan las decisiones que los responsables ven más o menos inevitables y, dada la trascendencia que tendría su revisión o revocación, lo más probable es que sean dadas por buenas o convalidadas de un modo u otro. Esto es, más o menos, lo que ha estado pasando, entre otras cosas porque la envergadura de la crisis es muy superior a la de otras anteriores.

Se aplica una versión casera de la teoría de la relatividad. Figuras jurídicas que funcionan bien en el día a día y en dimensiones medias, dejan de aplicarse o lo hacen de manera desviada cuando la escala aumenta dramáticamente. Un ejemplo es el contraste entre los complejos procedimientos de contratación que impone la legislación europea (que tantas veces impiden atender necesidades públicas o llevan a resultados absolutamente disfuncionales), que a veces parece guiada por el principio *fiat ius et pereat mundus*, y el secretismo con el que se ha realizado por la propia Comisión Europea la contratación de las vacunas. Ya sé que existe una norma de excepción que lo permite, pero creo que pone en cuestión todo el sistema, porque no tiene demasiado sentido establecer una red muy estricta que solo retiene los peces pequeños y medianos y deja pasar a los más grandes.

En todo caso, el principio *big case, bad case* conduce normalmente a justificar decisiones que han tenido que tomarse sin tiempo para la reflexión. La pregunta es

---

(11) A algunas de estas cuestiones me he referido en mi trabajo «Las relaciones interterritoriales de coordinación y cooperación en el plano gubernamental. Especialmente, la Conferencia de Presidentes», en PUNSET BLANCO, R./TOLIVAR ALAS, L. (Coor.), Reus, Madrid, 2020, 123-141.

qué sucederá jurídicamente a partir de ahora. La discusión sobre la constitucionalidad de la declaración de los estados de alarma, o sobre la legalidad de las Órdenes aprobadas a su amparo, puede haber perdido, obviamente, una parte de su sentido cuando han dejado de producir efectos, pero está abierto y se va a abrir aún más un amplísimo frente de litigiosidad, sobre todo relacionado con las sanciones, la responsabilidad patrimonial y la contratación pública, en el que todavía podrían tener mucha importancia las declaraciones judiciales que se realicen por el Tribunal Constitucional sobre el estado de alarma, y por el Tribunal Supremo sobre las normas que se han aprobado durante su vigencia.

Es difícil saber, en definitiva, si la tendencia a dejar atrás esta etapa se extenderá al plano jurídico y los tribunales darán por bueno, en términos generales, lo que se ha hecho, de modo que la atención se dirija a la recuperación económica y a aprovechar del mejor modo posible las oportunidades generadas por los fondos europeos, o si viviremos uno de esos procesos que, como el de las cláusulas-suelo, dotan de protagonismo a tribunales y a abogados y generan una multitud de procesos judiciales exitosos y previsibles. La inoperancia que ha exhibido el legislador en los últimos años, por ejemplo para tapar huecos tan claros como el derivado de la inconstitucionalidad parcial del impuesto municipal de plusvalía no permite ser optimista.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El año de la pandemia de COVID-19*, Madrid, 2020.
- ALVAREZ GARCÍA, V./ARIAS APARICIO, F./HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*, Madrid, 2020.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, *Confusión regulatoria en la crisis sanitaria*, 29 de octubre de 2020, <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>, Velasco Caballero, F., de entre los trabajos sectoriales, destaco el relativo a las sanciones de CANO CAMPOS, T., «Las sanciones en el estado de alarma».
- BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *COVID-19 y Derecho público* (en especial el artículo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia»), Valencia, 2020, pp. 207-239.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, Madrid, 2021.
- PUNSET BLANCO, R./TOLIVAR ALAS, L. (Coof.), *Las relaciones interterritoriales de coordinación y cooperación en el plano gubernamental*, Reus, Madrid, 2020, pp. 123-141.
- REBOLLO PUIG, M./HUERGO LORA, A./GUILLÉN CARAMÉS, J./CANO CAMPOS, T. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2021, pp. 789-824.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14, 1954, pp. 11-121.