

XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE)

Madrid, 24 y 25 de marzo de 2022.

Mesa 4: *Global constitutionalism and the COVID-19 pandemic*

LOS ESTADOS DE DERECHO ANTE LA EXCEPCIÓN DE LA COVID-19.

Carlos Garrido López
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Elusión de modelos y respuesta *ad hoc* en Reino Unido y EE.UU. ante la crisis de la COVID-19. 3. El estado de necesidad en varios países europeos, o cómo enfrentar la pandemia sin reglas. 4. El modelo de estados excepcionales y las paradojas de su uso y desuso frente a la COVID-19 en los países europeos. 5. Garantías democráticas y reducción de las inmunidades del poder en el modelo de estados excepcionales: la COVID-19 y el Estado de Derecho. 6. Consideraciones finales.

1. Planteamiento.

En estas páginas analizaré las formulas empleadas para enfrentar la excepción de la COVID-19 por los principales países democráticos y los problemas que ha suscitado su compatibilidad con las garantías del Estado de Derecho. El alcance global y simultáneo de esta gravísima emergencia posibilita su análisis comparado y permite evidenciar sus virtudes y deficiencias respectivas. Ese es el objetivo de este trabajo, en el que realizaré un balance de las diversas fórmulas extraconstitucionales activadas frente a la excepción y del modelo de estados excepcionales basado, a diferencia de aquellas, en la juridificación de las situaciones extraordinarias y de las medidas a adoptar. Subrayaré después las paradojas que han suscitado concretamente el uso y el desuso del modelo de estados excepcionales ante la COVID-19 en el continente europeo. Y las limitaciones evidenciadas por este modelo, que derivan de la naturaleza de la emergencia, pero que no anulan el avance que sus garantías suponen en el proceso de reducción de las inmunidades del poder de excepción.

2. Elusión de modelos y respuesta *ad hoc* en Reino Unido y EEUU ante la COVID-19.

En el Reino Unido y los EE.UU., las leyes de poderes extraordinarios son los instrumentos habituales para habilitar la adopción de medidas de excepción. Normalmente se aprueban condicionando la habilitación a la concurrencia de la emergencia, pero también se han dictado *ad hoc* una vez surgida la crisis. La *Emergency Powers Act*, aprobada por el Parlamento británico el 29 de octubre de 1920 a fin de asegurar las necesidades vitales ante una posible emergencia interna, constituyó un ejemplo de delegación previa de poderes. Las medidas de policía atribuidas al Gobierno de su Majestad eran muy amplias porque autorizaban “*such powers and duties as His Majesty may deem necessary for the preservation of the peace*”, aunque dichos poderes

quedaban limitados en el tiempo y bajo estrecho control parlamentario. Con idéntico objeto y similar contenido se aprobó la *Civil Defence Act* de 1948, que fue usada durante décadas pero cuya ineficacia ante nuevas emergencias, como las inundaciones de 2000 y la fiebre aftosa en 2001, dio paso a la aprobación de la *Civil Contingencies Act* de 2004, actualmente en vigor, en la que, ante situaciones que amenacen con causar daño grave al bienestar humano, al medio ambiente o a la seguridad del Reino Unido, se autoriza al Gobierno, mediante *Order in Council*, para aprobar regulaciones dirigidas a proteger la vida humana, la salud o la seguridad que pueden sucederse en el tiempo en ámbitos regulados por la ley y con un limitado control parlamentario¹.

Totalmente *ad hoc* han sido, en cambio, los poderes especiales concedidos al Gobierno de su Majestad y a los ejecutivos territoriales por la *Coronavirus Act 2020*, aprobada en marzo de ese año por ambas cámaras del Parlamento y el consentimiento de las asambleas legislativas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, pese a disponer ya en la *Civil Contingencies Act* de un marco legislativo específico para crisis sanitarias. Paradójicamente, dicho apoderamiento *ad hoc* también fue parcialmente eludido, porque la mayoría de las medidas restrictivas de derechos implementadas para frenar la pandemia se han adoptado mediante simples *regulations* del Ejecutivo sustentadas en la *Public Health (Control of Disease) Act* de 1984 y el Anexo 19 de la *Coronavirus Act* de 2020 (para Inglaterra, Escocia y Gales) y la *Public Health (Northern Ireland) Act* de 1967 (para Irlanda del Norte). La mayoría de la doctrina ha criticado esta doble “fuga” o elusión del marco previsto en la *Civil Contingencies Act* y la *Coronavirus Act* y la consiguiente reducción de los controles parlamentarios², pero ello no ha suscitado ningún reproche judicial significativo debido a la tradicional deferencia de los tribunales británicos hacia el poder de excepción. Las “*lockdown regulations*” fueron recurridas alegando que el confinamiento era innecesario, excesivo y desproporcionado y que la *Public Health (Control of Disease) Act* no autorizaba las amplias limitaciones de movilidad impuestas por el Ejecutivo. Pero la Alta Corte rechazó la solicitud de los demandantes, sosteniendo que la Ley de 1984 se refería claramente a la autorización de la promulgación de medidas generales a nivel nacional, que es posible su aplicación a una pandemia y que los juicios sobre la urgencia y la proporcionalidad de las medidas correspondían al ministro de su Majestad y no a los tribunales³.

En EE.UU., sólo el artículo 1, sección 9, cl. 2 de la Constitución federal alude a la excepción, al prever la suspensión del *habeas corpus* en caso de peligro grave. Leído

¹ Walker, C. y Broderich, J., *The Civil Contingencies Act 2004. Risk, Resilience and the Law the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 153-180.

² Por todos, Walker, C y Blick, A., «Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism», en: *Just Security*, 12 May, 2020, disponible en: www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/; Hickman, T., Dixon, E. y Jones, R., «Coronavirus and civil liberties in the UK», en: *Blackstone Chambers*, 6 de abril de 2020. Más ampliamente, King, J. y Chauhan, A., «The Covid-19 response in England: the intensification of executive supremacy», en: *Revista catalana de dret public*, número extraordinario 3, 2020, pp. 237-245; Sánchez Ferro, S., «La respuesta británica frente a la crisis desatada por la COVID-19», en: Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.). *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 488-514.

³ *Dolan & Ors v Secretary of State for Health and Social Care & Anor* [2020] EWHC 1786 (Admin), disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2020/1786.html>. En apelación, véase *R v Secretary of State for Health and Social Care and Secretary of State for Education ex parte Dolan and O thers.* [2020] EWCA Civ 1605, disponible en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Dolan-v-SSHSC-judgment-011220-.pdf>.

este precepto conjuntamente con la llamada *Commander in Chief Clause* contenida en el artículo 2, párrafo 2, se estima que el presidente de los EE.UU. puede emitir órdenes de emergencia y actuar con plenos poderes en caso de agresiones armadas. Con todo, también en EE.UU. se ha recurrido a la aprobación *ad hoc* de leyes de plenos poderes a favor del presidente en situaciones críticas, como fue el caso de la *First War Powers Act* de 1941 y la *Second War Power Act* de 1942. Y, desde entonces, se han aprobado más de un centenar de leyes de poderes extraordinarios (*Statutory War Powers*), especialmente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La intensidad de estos poderes y su prolongación en el tiempo ha llevado a una suerte de normalización de la excepción, frente a lo que ha reaccionado alguna doctrina proponiendo la creación de una “constitución de emergencia” que evite la degradación del *rule of law*⁴; una propuesta que otra doctrina, partidaria del modelo de medidas extralegales (*Extra-Legal Measures Model*), ha tildado de rígida, dogmática e ingenua⁵.

La irrupción de la COVID-19 ha reactivado este debate, aunque, debido a la subestimación de su gravedad por el presidente Trump, la reacción de la Administración federal no fue la solicitud de poderes especiales, sino que se limitó a la aprobación de determinadas leyes de ayuda, socorro y seguridad económica para enfrentar la crisis⁶, a la movilización del *Federal Emergency Management Agency* (FEMA) para que los estados dispusieran de recursos financieros y a la “*Proclamation 9994*” declarando una emergencia nacional al amparo de la *National Emergencies Act* de 1976 (13 de marzo de 2020), que permite ejercer ciertas prerrogativas mediante *executive orders*, *proclamations* y *presidential memoranda*. El presidente no hizo uso, sin embargo, de las potencialidades de esta declaración, y tampoco del poder de *lock out* generalizado o de la intervención directa de la Federación sobre importantes competencias estatales que la *Stafford Disaster Relief and Emergency Act* de 1988 autoriza⁷. El presidente suspendió la libre entrada al territorio nacional, suscribió acuerdos con compañías farmacéuticas para el desarrollo, producción y distribución de posibles vacunas y requirió –ni siquiera impuso, como podía hacer en aplicación de la *Defense Production Act* de 1950- la colaboración del sector privado para la producción de equipos y materiales necesarios para combatir la pandemia, pero dejó la adopción de las medidas restrictivas de la actividad económica y de los derechos de reunión, circulación y libertad de cultos a las autoridades de los estados. Y han sido, en efecto, dichas autoridades quienes han asumido la responsabilidad de contener la expansión de los contagios mediante el ejercicio de su *police power* y los poderes delegados por sus legislaturas. Y también quienes han arrostrado, por ello, el riesgo de ser desautorizadas judicialmente, como ocurrió en Wisconsin en relación con el confinamiento domiciliario por ser adoptado

⁴ Por todos, Ackerman, B., «The Emergency Constitution», en: *Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1029-1030.

⁵ En este sentido, Gross, O., «Chaos and Rules: Should responses to violent crises always be constitutional?», en: *The Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134. También Tushnet, M. (2005). «Emergencies and the Idea of Constitutionalism», en: Tushnet, M. (ed.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham, 2005, pp. 39-53.

⁶ *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act*, *Families First Coronavirus Response Act* (FFCRA) y *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security* (CARES) *Act*.

⁷ Sobre la limitada respuesta federal frente a la COVID-19, Arafá, M., «What really determined America’s Covid-19 pandemic response? Who is overseeing the reaction to the Coronavirus?», en: *Revista catalana de dret públic*, número extraordinario 3, 2020, pp. 162-174 y Farinacci Fernós, J. M., «El sistema constitucional estadounidense en tiempos de Covid-19», en: Arnaldo Alcubilla, E. y Canosa Usera, R. (coords.), *El Derecho constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Cardenal Cisneros y Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 163-177.

por el secretario de Salud y no por el gobernador (Wisconsin Legislatura v. Palm, de 13 de mayo de 2020 WI 42) o con la obligatoriedad del uso de mascarillas (Fabrick v. Evers, de 31 de marzo de 2021 WI 13) o como les ha sucedido a las autoridades de California, a raíz de una solicitud de *injunctive relief* ante el Tribunal Supremo Federal, por violar la Primera Enmienda al restringir las reuniones de culto y estudio de la Biblia (Tandon v. Newton, de 9 de abril de 2021 (nº 20A151 US).

3. El estado de necesidad en varios países europeos, o cómo enfrentar la pandemia sin reglas.

La doctrina del *Staatsnotrecht* o estado de necesidad vino a actualizar el brocardo romano “*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*” a fin de liberar al Estado de la sujeción a sus normas y abolir temporalmente las garantías constitucionales. El derecho existe a causa de la sociedad, sostuvo Ihering en *Der Zweck im Recht*, de donde resulta que si, excepcionalmente, el Estado se encuentra ante el dilema de sacrificar el derecho o la sociedad, no sólo está autorizado, sino *obligado* a sacrificar el derecho⁸. En la monarquía constitucional, correspondía al monarca decidir sobre la necesidad metajurídica de prescindir de toda formalidad jurídica. Y su voluntad trascendía la división de poderes, adquiriendo fuerza de ley. Pero la doctrina del estado de necesidad no se limitó a esta forma de gobierno, sino que también fue adoptada por algunas repúblicas europeas, como la Confederación Suiza, donde arraigó profundamente y ha mantenido su vigencia.

Pese a su estatuto de neutralidad, la Asamblea Federal suiza otorgó al Consejo Federal plenos poderes durante ambas guerras mundiales, en una suerte de delegación prácticamente ilimitada de facultades legislativas. Y, aunque se cometieron abusos, la Corte Federal rechazó controlar las ordenanzas dictadas a su amparo, porque, siendo “las medidas excepcionales necesarias para proteger el bien público amenazado”, resulta “manifiestamente imposible ordenar al Gobierno el pararse en un punto determinado si la salud del país le exige ir más allá”⁹. Desde entonces, la Confederación Suiza ha preferido eludir la regulación jurídica de los supuestos de excepción, de las medidas extraordinarias y de sus posibles límites. Y, en su lugar, ha otorgado carta blanca al Consejo Federal para aprobar ordenanzas de necesidad en caso de amenaza al orden público o a la seguridad nacional *ex* el artículo 185.3 de la Constitución de 1999. Formalmente, toda restricción de derechos fundamentales precisa de una base legal, pero el artículo 36.1 de la Constitución que lo prevé excluye dicha exigencia “*en cas de danger sérieux, direct et imminent*”, en una suerte de cláusula general que posibilita restringirlos mediante ordenanzas y decretos de necesidad¹⁰. Y así se ha afrontado la emergencia provocada por la COVID-19, primero al amparo de la *loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l’homme* y, después, cuando se evidenció su insuficiencia, mediante ordenanzas de necesidad en las que se prohibió la organización

⁸ Ihering, R. Von, *Der Zweck im Recht*, tomo I, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877, pp. 241-245. Un análisis de esta tesis en Álvarez García, V., *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 92-93.

⁹ Sentencia de la Corte Penal Federal de 14 de diciembre de 1915 (caso *Millioud*). Sobre el estado de necesidad en Suiza, Camus, G., *L’état de nécessité en démocratie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, pp.168-174 y 189-190.

¹⁰ Hottelier, M., «Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19. La situation en Suisse», en: *Confluence des droits _La revue* 7 (En ligne), 2020, pp. 9-14. Disponible en <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1206>.

de reuniones y manifestaciones salvo autorización expresa de las autoridades cantonales, se limitó la libertad de circulación y el derecho de reunión, se restringió el acceso fronterizo, las actividades empresariales y mercantiles y se suspendieron tanto la celebración de referéndums como las iniciativas populares en curso. Estas medidas se adoptaron por un tiempo de seis meses y sin intervención parlamentaria, aunque la Asamblea Federal también tiene prerrogativas que le permiten actuar en casos de necesidad [art. 173.1c) de la Constitución]. Y, cuando fueron objeto de apelación con motivo de su aplicación mediante decisiones de alcance individual, hallaron un control jurisdiccional muy deferente por parte del Tribunal Federal y de los tribunales constitucionales de los cantones, como el de Ginebra, que convalidó la privación del derecho de voto en urna y su ejercicio tan sólo por correo¹¹.

En Bélgica, pese a la prohibición de suspensión de las garantías constitucionales (art. 187 de la Constitución actual, art. 130 de la versión de 1831), no existió obstáculo para que el rey ejerciera en ocasiones críticas el poder legislativo mediante *arrêts* que, impugnados ante los tribunales, fueron justificados en el estado de necesidad, como había hecho la Corte Federal suiza. Y también se admitió la delegación parlamentaria de poderes de necesidad al amparo de una flexible interpretación de los artículos 26, 67 y 78 de la Constitución. En este sentido, la Sección Legislativa del Consejo de Estado, en su dictamen emitido el 31 de mayo de 1996, declaró que las leyes de poderes de necesidad son compatibles con el artículo 105 de la Constitución siempre que (i) concurren circunstancias excepcionales, (ii) los poderes especiales sean atribuidos por un periodo limitado, (iii) sus objetivos y las medidas a adoptar se determinen con precisión y (iv) dichos poderes respeten tanto las normas supranacionales como el sistema constitucional de distribución de competencias¹². En una interpretación muy laxa de dichos principios, el 27 de marzo de 2020, el Parlamento federal aprobó dos leyes que habilitaban genéricamente al rey “à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19”¹³. Y con idéntica laxitud, los parlamentos de las regiones y comunidades otorgaron poderes especiales a sus ejecutivos. No obstante contar con dichas leyes y delegaciones, la mayoría de las medidas restrictivas de derechos y libertades se adoptaron mediante *arrêts* del ministro del interior sobre la dudosa base de las leyes de protección civil, de seguridad civil y de policía. Se actuó, así, totalmente *ad hoc*, sin autorizaciones o convalidaciones parlamentarias, lo que ha sido criticado por la doctrina¹⁴ y por la *Cour d’appel* de Bruselas¹⁵.

En Italia, la Constitución (CI) regula el supuesto de guerra exterior (art. 78 CI), pero no la excepción en tiempos de paz. A falta de previsiones, el Gobierno adopta decisiones excepcionales al amparo del artículo 77 CI, que le permite dictar *decreti-legge* en casos de urgente necesidad hasta su ratificación o desautorización por el Parlamento en el plazo de sesenta. Adicionalmente, la Ley n. 225 de 24 de febrero de

¹¹ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ACST/12/2020) dans la cause A/1000/2020-ELEVOT, 1^{er} avril 2020.

¹² Verdussen, M., «Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19. La situation en Belgique», en: *Confluence des droits La revue* 7 (En ligne), 2020, pp. 2-10. Disponible en: <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1354>.

¹³ *Loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (I)* y *Loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)*, ambas de 27 de marzo de 2020.

¹⁴ Bouhon, F. Jousten, A., Miny, X. y Slautsky, E., «L’État belge face à la pandémie de Covid-19: esquisse d’un régime d’exception», en: *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2446, 2020/1, pp. 5-56.

¹⁵ Arrêt de 7 de junio de 2021 (n° 2021/KR/17).

1992 creó el *stato di emergenza di rilievo nazionale* para hacer frente a los desastres naturales o emergencias que, debido a su intensidad y extensión, deben abordarse con medios extraordinarios. En estos casos, el Consejo de Ministros puede declarar dicho estado mediante una resolución (*delibera*) por un máximo de doce meses prorrogable por otros doce meses. Y durante su vigencia, el presidente del Consejo está facultado para emitir ordenanzas derogatorias de leyes vigentes respetando los límites contenidos en la declaración y ejecutar lo dispuesto, salvo que se establezca lo contrario, a través de la actuación del jefe del Departamento de Protección Civil (arts. 5 y 25 del Código de Protección Civil). A estos instrumentos se ha recurrido durante la pandemia de la COVID-19. Ante la propagación de los contagios, el 31 de enero de 2020 el Consejo de Ministros declaró el *stato di emergenza di rilievo nazionale* por una duración de seis meses. La extensión de la enfermedad obligó a incrementar las medidas extraordinarias, lo que llevó a la aprobación del *decreto-legge* n. 6 de 23 de febrero de 2020, de “*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, que permitió la suspensión del derecho de libre circulación, el confinamiento domiciliario, el cierre de empresas, servicios y actividades comerciales y, en una suerte de habilitación en blanco, la adopción de “todas las medidas de contención y gestión que sean adecuadas y proporcionadas a la evolución de la situación epidemiológica”. Días después se aprobaron más *decreti-legge*, como el *decreto-legge* n. 11 de 8 de marzo de 2020, mediante el que se prohibieron todas las formas de reunión de personas en lugares públicos y abiertos al público, y, especialmente, el *decreto-legge* n. 19 de 25 de marzo 2020 que ordenó todas las medidas previstas en los anteriores *decreti legge* y eliminó la citada cláusula general¹⁶. Las principales fuentes normativas durante la emergencia han sido, sin embargo, los decretos del presidente del Consejo de Ministros, a los que, sin estar previstos en la CI ni en la Ley n. 400 de 23 de febrero de 1988 sobre el poder normativo del Gobierno, se otorga un amplio poder de derogación y capacidad para afectar al ejercicio de los derechos constitucionales. El abuso de esta singular fuente generó numerosas críticas¹⁷; tantas, como la inseguridad jurídica resultante de la proliferación de ordenanzas de urgencia del ministro de Salud Pública, de los presidentes regionales y de los alcaldes dictadas al amparo de la Ley 833/1978, de 23 de diciembre, sólo paliada tras la aprobación del citado *decreto legge* n. 19. Pero de ello fue reprochado por la *Corte Costituzionale*, cuya Sentencia 37/2021, de 24 de febrero, declaró constitucional el uso de los decretos del presidente del Consejo de Ministros, y cuyas *Ordinanze* 66 y 67/2021, de 3 de abril, inadmitieron sendos conflictos de atribuciones entre poderes del Estado interpuestos por varios diputados¹⁸.

¹⁶ Sobre estos *decreti legge* y las referidas ordenanzas, Luciani, M., «Il sistema delle fonti di diritto alla prova dell'emergenza», en: *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2, 2020, pp. 111-141, disponible en: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Luciani.pdf. En general, sobre la respuesta extraordinaria a la pandemia, Mastromarino, A., «La respuesta a la emergencia COVID-19: el caso italiano», en: Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *op. cit.*, pp. 545-566; Romboli, R., «Le misure adottate per far fronte alla pandemia Covid-19 in Italia», en: *Revista catalana de dret public*, número extraordinario 3, 2020, pp. 289-299; Ferraro, L., «Italia y el COVID-19: el orden constitucional puesto a prueba», en: Arnaldo Alcubilla, E. y Canosa Usera, R. (coords.), *op. cit.*, pp. 317-331 y 336-341, y Marazzita, G., «Constitución italiana y estado de emergencia por Covid-19», en: *Teoría y realidad constitucional*, 48, 2021, pp. 181-191.

¹⁷ Lucarelli, A., «Constituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria», en: *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2, 2020, pp. 566-570. Disponible en: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Lucarelli.pdf.

¹⁸ La Sentenza 37/2021 puede verse en: https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=45038; y las Ordinanze en https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=45038.

4. El modelo de estados excepcionales y las paradojas de su uso y desuso frente a la COVID-19.

La mayoría de países europeos adoptaron el modelo de estados excepcionales, en el que se habilita la concentración del poder pero sin renunciar a la fuerza normalizadora del derecho, y en el que, a fin de distinguir entre la excepción y la normalidad, se prevé un acto normativo expreso que implique el tránsito a la excepción, la limitación de su vigencia y la determinación de las normas jurídicas que pueden exceptuarse¹⁹. El objetivo de este modelo es superar cuanto antes la situación crítica, pero también protegerse frente a sí mismo. Por ello se potencia la eficacia de los poderes públicos, pero sin llegar al extremo de una concentración de poder o de una supresión de derechos que haga difícil el retorno a la normalidad. Dada la diversidad de situaciones que alteran la normalidad, el constituyente no suele prever un único estado excepcional, sino varios dotados de distintos efectos jurídicos. En algunos casos, la diversidad existe para atender la diferente intensidad o gravedad de las mismas emergencias; en otros, responde a la distinción entre emergencias de naturaleza diversa para las que se prevén medidas excepcionales específicas. Portugal ha optado por el primer tipo. Francia, Alemania y España se adscriben, en cambio, al segundo, al regular sendos estados para hacer frente a amenazas cualitativamente distintas.

La Constitución portuguesa (CP) regula dos estados excepcionales de alcance gradual, el estado de emergencia y el estado de sitio, que pueden ser declarados “en los casos de agresión efectiva o inminente por fuerzas extranjeras, de grave amenaza o perturbación del orden constitucional democrático o de calamidad pública” (art. 19.2 CP). El estado de sitio se reserva para los supuestos más graves, cuando se produzcan o sean inminentes actos de fuerza o insurrección que socaven la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el orden constitucional democrático y no puedan superarse por los medios ordinarios previstos en la Constitución y la ley (art. 8.1 de la *Lei n.º 44/1986, de 30 de setembro, do Regime do estado de sítio e do estado de emergência*). El estado de emergencia se declara, en cambio, cuando los supuestos críticos revisten menor gravedad, especialmente cuando se produzcan o amenacen producirse calamidades públicas, y solo puede determinar la suspensión parcial de algunos de los derechos y garantías y el reforzamiento de las autoridades civiles²⁰. Este ha sido el estado utilizado para hacer frente a la pandemia de la COVID-19, tras haberse declarado previamente la situación administrativa de alerta y evidenciarse que tanto esta, como las situaciones de contingencia y de calamidad previstas en la Ley n.º 27/2006, de 3 de junio, de Bases de Protección Civil, se quedaban cortas. Declarado mediante decreto del presidente de la República n.º 14-A/2020, de 18 de marzo, el estado de emergencia fue prorrogado en dos ocasiones mediante los decretos presidenciales n.º 17-A/2020 y n.º 20-A/2020, y bajo su vigencia se suspendió parcialmente el ejercicio del derecho a circular libremente, los derechos de reunión y manifestación, la libertad de culto y los derechos de propiedad e iniciativa económica privada. A partir del 2 de mayo, dicho estado fue sustituido por la situación administrativa de calamidad declarada sólo por el Gobierno bajo la que, a pesar de ser

[documento.cfm?Artid=45205](#) y <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45206>, respectivamente.

¹⁹ Álvarez Álvarez, L., «Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas», en: *Teoría y realidad constitucional*, núm. 48, 2021, p. 324.

²⁰ Suordem, F. P., «Os estados de exceção constitucional. Problemática e regime jurídico», en: *Scientia Juridica*, tomo XLIV, 1995, pp. 245-261.

un régimen de protección civil, se puede restringir el ejercicio de varios derechos estableciendo “*limites ou condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos*”, así como “*cercas sanitárias e de segurança*” (art. 21 de la Ley). En la práctica, sin embargo, las medidas adoptadas bajo la situación de calamidad fueron más allá de las citadas y continuó el deber de confinamiento domiciliario, el cierre de establecimientos, instalaciones y servicios, la limitación de reuniones y manifestaciones y de otras actividades grupales. Y ello, mediante simples resoluciones del Consejo de Ministros y subvirtiendo el sistema de fuentes en materia de derechos, lo que suscitó críticas doctrinales²¹.

Francia, además de la cláusula general de apoderamiento prevista en el artículo 16 Constitución (CF), dispone de dos estados excepcionales: el estado de sitio y el estado de emergencia. El estado de sitio está previsto en el artículo 36 CF y regulado en los artículos L.2121-1 a L.2121-7 del *Code de la défense* de 2004. Su declaración procede en caso de peligro inminente de guerra o insurrección armada e implica la transferencia de los poderes relativos al mantenimiento del orden público de la autoridad civil a la militar y la extensión de la jurisdicción militar a los delitos contra la seguridad del Estado, las instituciones y el orden público. El estado de emergencia se creó por Ley nº 55-585 de 3 de abril de 1955 y, paradójicamente, no se menciona en la CF. Procede en caso de calamidades públicas y de riesgo inminente de alteraciones graves de orden público y supone el reforzamiento de los poderes de policía de los prefectos y del ministro del Interior, a quienes se autoriza la adopción de diversas medidas restrictivas de derechos, como su declaración en 2005 y en 2015 ha evidenciado. La inadecuación de las medidas reguladas en ambos estados para afrontar la pandemia de la COVID-19 persuadió, sin embargo, al legislador de la necesidad de instituir *ad hoc* un nuevo estado excepcional que habilitara la adopción de las limitaciones necesarias. Y así se hizo mediante Ley nº 2020-290, de 23 de marzo 2020, completada por la Ley Orgánica nº 2020-365, de 30 de marzo, bajo la denominación de *état d'urgence sanitaire*. Incorporado al Código de Salud Pública, dicho estado puede ser declarado en todo o en parte del territorio nacional, durante un tiempo máximo de un mes, por decreto aprobado en Consejo de Ministros, aunque su primera declaración se produjo por un período de dos meses al amparo de lo previsto en el artículo 7 de la propia Ley nº 2020-290. Bajo su vigencia, el primer ministro, el ministro de Sanidad y los prefectos están facultados para ordenar restricciones de las libertades. El primer ministro, concretamente, puede limitar por decreto la libertad de movimientos, el derecho de reunión y la libertad de empresa, prohibir desplazamientos, requisar bienes e intervenir los servicios necesarios. Y el Gobierno queda habilitado para actuar mediante ordenanza en varios ámbitos fijados por la Ley, en las condiciones del artículo 38 CF, lo que en efecto hizo, aprobando decenas de ellas en las primeras semanas de la emergencia²². A

²¹ Por todos, Santos Botelho, C., «Covid-19 and stress on fundamental rights in Portugal: an intermezzo between the state of exception and constitutional normality», en: *Revista catalana de dret public*, número extraordinario 3, 2020, pp. 184-191; D'Oliveira Martins, M. S. y D'Olivera Martins, A., «Los derechos fundamentales y la crisis sanitaria: el caso portugués», en: Arnaldo Alcubilla, E. y Canosa Usera, R. (coords.), *op. cit.*, pp. 351-369; y Reis Novais, J., «Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise –a propósito da epidemia COVID-19», en: *Revista Eletrónica de Direito Público E-Publica*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 79-117. Disponible en: <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1/pdf/a5n1v7.pdf>.

²² Por todos, Beaud, O. y Guerin-Bargues, C., «L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?», en: *Recueil Dalloz*, 16, 30 avril 2020, pp. 891-897; y Levade, A., «État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception» y Roman, D., «Coronavirus: des

punto de expirar, el estado fue prorrogado mediante la Ley n° 2020-546, de 11 de mayo, hasta el 10 de julio de 2020. Y en esta ocasión, la prórroga fue precedida del control preventivo del *Conseil constitutionnel* solicitado por el presidente de la República, el presidente del Senado y varios parlamentarios. Su *Décision* n.º 2020-800 DC, de 11 de mayo, declaró inconstitucionales dos disposiciones y enunció varias reservas de interpretación, pero validó la constitucionalidad del establecimiento del nuevo estado y de su prórroga. Y también fueron recurridas ante el *Conseil constitutionnel* las leyes n° 2020-856, de 9 de julio, por la que se organizó el fin del estado de emergencia sanitaria, y n° 2020-1379, de 14 de noviembre, por la que se autoriza la prórroga de un segundo estado de emergencia y se adoptan nuevas medidas para gestionar la crisis sanitaria, cuyas decisiones n° 2020-203 DC de 9 de julio y 2020-808 DC de 13 de noviembre fueron muy deferentes con el legislador de excepción, al que se permite suspender derechos y libertades al amparo de una ley ordinaria y sin previsión constitucional, como antes lo había sido el *Conseil d'État*, quien, en sus *Ordonnances* de 22 de marzo de 2020 (n° 439674) y 8 de abril de 2020 (n° 439827) llegó a solicitar al Ejecutivo que endureciera las medidas sanitarias²³.

En Alemania, la Ley Fundamental (LF) prevé, en el ámbito de las amenazas o emergencias de origen externo (*äusserer Notstand*), el estado de tensión (art. 80.a.1 LF) y el estado de defensa (art. 115 LF) ante agresiones o ataques armados o peligro inminente de ellos. Y en el ámbito de las emergencias internas (*innerer Notstand*), el estado de peligro que amenaza la seguridad y el orden públicos (art. 35.2.1 LF), el estado de peligro causado por catástrofes naturales y siniestros graves (art. 35.2.2 y 3 LF) y el estado de crisis interna *stricto sensu* ante amenazas del orden constitucional (arts. 91 y 87.a.4 LF)²⁴. La emergencia provocada por la COVID-19 podía encajar en los supuestos del estado de peligro o de crisis interna, pero dichos estados no se declararon porque las medidas que habilitan no van más allá de la cooperación interadministrativa, la intervención de los cuerpos de seguridad del Estado y el auxilio de las Fuerzas Armadas. Y aunque la mayoría de las constituciones estatales contienen previsiones para casos de emergencia y varios *Länder* cuentan con leyes de protección contra catástrofes, ni las unas ni las otras fueron activadas, salvo en Baviera, que declaró la situación de catástrofe concentrando poderes en su ministro de Interior.

Ante la inadecuación de los estados excepcionales y las leyes de catástrofes para una crisis de la magnitud de la COVID, los *Länder* recurrieron a la Ley federal de Protección contra las Infecciones de 20 de julio de 2020 (*Infektionsschutzgesetz*–IfSG), cuyo artículo 28.1 permitía, a modo de cláusula general, imponer mediante acto administrativo “las medidas de protección necesarias [...] en la forma y durante el

libertés en quarantaine?», ambos en: *La Semaine juridique*, 13, 23 de marzo de 2020, pp. 613-616 y 623-626, respectivamente.

²³ Sobre la aplicación del estado de emergencia sanitaria y el control realizado por el *Conseil d'État* y el *Conseil constitutionnel*, Alcaraz, H., «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?», en: Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *op. cit.*, pp. 523-544; Mathieu, B., «Los desafíos constitucionales ante la crisis de salud debido al coronavirus. Análisis de la situación en Francia», en: Arnaldo Alcubilla, E. y Canosa Usera, R. (dirs.), *op. cit.*, pp. 295-316, y Pierré-Caps, S., «Constitución francesa y derecho de excepción», en: *Teoría y realidad constitucional*, 48, 2021, pp. 120-124. Asimismo, Rousseau, D., Dadhoun, P.-Y. y Bonnet, J., «Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2020)», en: *Revue du droit public*, 1, 2021, 305-328.

²⁴ Sobre el *Verfassungsnotstand*, Schweisfurth, M. T., «Les dispositions nationales de crise en Allemagne», en: VV. AA., *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, pp. 42-55. Más ampliamente, Kaiser, A. B., *Ausnahmeverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

tiempo que sea necesario para evitar la propagación de enfermedades transmisibles”. El problema es que la IfSG estaba concebida para ser aplicada a las personas enfermas o bajo sospecha de enfermedad o contagio, no con carácter generalizado a poblaciones enteras. El artículo 28.1 IfSG no constituía, además, base legal bastante para otorgar decretos limitativos de derechos, al no explicitar el derecho o derechos fundamentales a restringir, ni determinar el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada a los ejecutivos conforme exigen, respectivamente, los artículos 19.1 y 80.1 LF. Estas circunstancias, unidas a la descoordinación y disparidad de las medidas adoptadas por los *Länder*, impulsó a la mayoría federal a modificar el 27 de marzo de 2020 la IfSG a fin regular la nueva “situación epidémica de importancia nacional”, cuya declaración por el *Bundestag* en la misma sesión parlamentaria permitió al Ministerio Federal de Salud emitir órdenes y decretos legislativos en materias de competencia de los *Länder* y sin necesidad de autorización del *Bundesrat*, y autorizó a las autoridades sanitarias de la Federación y de los *Länder* a imponer de manera explícita el confinamiento de la población y limitar la libertad de la persona (art. 2.2 LF), el derecho de reunión (art. 8 LF), la libertad de movimiento (art. 11.1 LF) y la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 LF). La doctrina ha expresado considerables dudas sobre la constitucionalidad de la reforma, en la que no se define la situación epidémica excepcional, se debilitan los controles parlamentarios, singularmente del *Bundesrat*, se alteran las competencias de los *Länder* por decreto y no se fijan plazos de duración de la excepción²⁵. Pero las cortes administrativas han sido muy deferentes validando las medidas de confinamiento y distanciamiento social adoptadas mediante decretos ejecutivos al amparo del artículo 28 IfSG²⁶. Y, salvo en ciertos casos de prohibición de reuniones y manifestaciones, también lo ha sido el Tribunal Constitucional Federal, quien, en su decisión de 19 de noviembre de 2021, ha declarado que las restricciones de contacto social y el toque de queda adoptados en la cuarta Ley para Proteger a la Población durante una “situación epidémica de relevancia nacional” fueron injerencias en los derechos fundamentales necesarias, proporcionadas y compatibles con la LF en una situación extremadamente peligrosa de la pandemia²⁷.

En España, la Constitución (CE) regula los procedimientos de declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, pero no identifica las situaciones excepcionales ni precisa las medidas a adoptar, remitiendo al legislador su concreción (art. 116 CE). La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) dio cumplimiento a ese mandato, optando por configurar los tres estados

²⁵ Una síntesis de las medidas adoptadas al amparo de la reforma de la *IfSG* y de las críticas suscitadas, en Kölling, M., «Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19 en Alemania», en: Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *op. cit.*, pp. 467-486, y Fuchs, M.-C. y Hein, J., «La respuesta de Alemania frente a la pandemia de la COVID-19: El balance delicado entre el positivismo y la obligación estatal de manejo eficiente de la crisis», en: Arnaldo Alcubilla, E. y Canosa Usera, R. (coords.), *op. cit.*, pp. 256-267.

²⁶ En este sentido, las decisiones de la Corte Administrativa de Minden de 12 de marzo de 2020, de la Corte Administrativa de Stuttgart de 14 de marzo de 2020 y del Tribunal Administrativo Superior de Münster de 6 de abril de 2020, que en procedimientos sobre medidas cautelares consideraron constitucionales las medidas preventivas de confinamiento y distanciamiento social adoptadas por las autoridades. Y también la decisión de la Corte Administrativa de Baviera de 30 de marzo de 2020, que validó el confinamiento por decreto considerándolo proporcional y con base legal suficiente en los artículos 28 y 32 IfSG.

²⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119_1bvr078121.html

como instrumentos distintos para emergencias de naturaleza sustancialmente distinta²⁸. El estado de alarma se reservó para afrontar catástrofes o calamidades naturales, crisis sanitarias, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y supuestos de paralización de servicios públicos esenciales en los que no se garanticen los servicios mínimos y concurra al tiempo alguna otra de las emergencias citadas (art. 4 LOAES). El estado de excepción, para hacer frente a graves afecciones en el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, en el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, en el mantenimiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o en cualquier otro aspecto del orden público (art. 13 LOAES). Y el estado de sitio, para los casos en que se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, contra su integridad territorial o contra el ordenamiento constitucional (art. 32.1 LOAES).

Conforme a este modelo, la crisis sanitaria de la COVID-19 se afrontó mediante la declaración y prórroga de sendos estados de alarma. Las medidas previstas en las leyes sanitarias y las que cabía adoptar *ex artículo 3* de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP) resultaban insuficientes para contener la propagación de los contagios. Y en absoluto podían amparar, con las garantías y formalidades necesarias, la adopción de medidas generalizadas restrictivas de derechos fundamentales, como la severa limitación de la libertad circulatoria, la prohibición de actividades grupales o el toque de queda en todo el territorio nacional²⁹, que fueron adoptadas bajo los dos estados de alarma de ámbito

²⁸ Por todos, Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 51 y Torres Muro, I., «Artículo 116», en: Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M^a. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, BOE-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 632. La reciente STC 148/2021, de 14 de marzo, parece decantarse, sin embargo, por esta última interpretación gradualista de los tres estados, según la cual puede acudir a un estado u otro en función de la intensidad de las restricciones al ejercicio de los derechos y no de la naturaleza de la emergencia.

²⁹ La Ley General de Sanidad (art. 26) y la Ley General de Salud Pública (art.54) permiten a las autoridades limitar aforos y horarios, ordenar el cierre de empresas e instalaciones, limitar y suspender el ejercicio de actividades o intervenir medios materiales y personales. Y la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública autoriza a adoptar medidas para el control de los enfermos y de las personas que hayan estado en contacto con ellos y las que “se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible” (art. 3), lo que ha posibilitado, con la debida autorización judicial, restringir derechos a personas o colectivos localizados, imponer confinamientos selectivos o incluso cierres perimetrales, pero se trata de una Ley que, a juicio de la mayoría de la doctrina constitucionalista, incumple las exigencias de certeza y precisión requeridas por la jurisprudencia constitucional para proceder a limitaciones *generalizadas* de derechos, porque ni especifica los derechos fundamentales que cabe restringir, ni las condiciones y garantías de su restricción. En este sentido, por todos, Aragón Reyes, M. «Epílogo», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (coords.), *op. cit.*, pp. 575-578; Cotino Hueso, L., «Los derechos fundamentales en tiempos de coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 2020, pp. 98-100 y García Majado, P., «Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y Covid-19», *Revista de Derecho Político*, núm. 113, 2022 (en prensa). No obstante, finalizado el segundo estado de alarma de ámbito nacional declarado para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, varios tribunales superiores de justicia de CC.AA. avalaron la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales generalizadas, como los “toques de queda” o la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, las limitaciones del derecho de reunión y los confinamientos perimetrales, y el Tribunal Supremo, tras señalar que el artículo 3 de la LO 3/1986 “es innegablemente escueto y genérico; y [...] no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente”, ha admitido que las autoridades autonómicas pueden utilizarlo como fundamento normativo de limitaciones generalizadas “siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate”, aunque afecten a “elementos básicos de la libertad

nacional declarados en marzo y octubre de 2020. Su eficacia para enfrentar la excepción se reconoció en ambas ocasiones, pero su declaración y contenido dieron lugar a numerosas críticas y a la interposición de varios recursos ante la jurisdicción ordinaria, de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y de dos recursos de inconstitucionalidad, en los que se sostuvo que el instrumento adecuado frente a esta emergencia no era el estado de alarma, sino el de excepción, y que las medidas restrictivas adoptadas suponían una auténtica suspensión de derechos constitucionalmente vetada en el estado de alarma (art. 55.1 CE). Y aunque la justicia ordinaria ha tendido a ser deferente, el Tribunal Constitucional ha optado por desautorizar la utilización del estado de alarma ante la COVID, al estimar parcialmente en su Sentencia 148/2021, de 14 de julio, el recurso contra los decretos de declaración y de prórroga del primer estado de alarma sanitaria porque, a su juicio, se produjo *de facto* la suspensión de la libertad de circulación y por considerar que debía haberse declarado el estado de excepción, no el de alarma (FFJJ 5 y 11). Y meses después, ha vuelto a desautorizar al titular del poder de excepción, al declarar inconstitucionales en su Sentencia 183/2021, de 27 de octubre, tanto la prórroga del segundo estado de alarma por la COVID-19 como la delegación de autoridad en los presidentes de las Comunidades Autónomas (CCAA) contenida en la declaración y la prórroga.

Las polémicas de las que traen causa estos pronunciamientos y sus consecuencias jurídicas han evidenciado –como ha ocurrido en Francia, forzada a institucionalizar un estado excepcional *ad hoc*, y también en Alemania, donde la inadecuación de sus estados excepcionales llevó a incluir en la IfSG la “situación epidémica de importancia nacional”–, las limitaciones e insuficiencias que también presenta el modelo de estado de excepción en los países en que está instituido. Y no por la ausencia de límites y garantías, como ocurre con las fórmulas extraconstitucionales y con el estado de necesidad, sino precisamente por la existencia de dichos límites: porque, cuando la excepción irrumpe bajo formas desconocidas e imprevisibles, la respuesta para enfrentarla desborda la regulación de los estados y coloca a los poderes de excepción ante el dilema de respetar los límites y sacrificar el fin a los medios o desbordarlos y actuar guiados por la necesidad sin respaldo normativo suficiente.

Este es el dilema que han debido enfrentar todos los países europeos que declararon un estado excepcional ante la COVID-19, pero también aquellos que huyeron de su declaración o de su prórroga recurriendo a fórmulas *ad hoc*, bien por la inadecuación de sus estados excepcionales o para eludir precisamente su regulación y sus garantías. Entre los primeros se hallan Finlandia, Hungría, Estonia, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Rumanía, quienes, como España, declararon el estado excepcional de menor gravedad, aunque, dada la naturaleza de la emergencia, se vieron obligados a adoptar medidas absolutamente extraordinarias, como el confinamiento domiciliario y la prohibición de actividades grupales. Otros países de la Unión Europea también habían asumido en sus constituciones el modelo de estados excepcionales, pero optaron por enfrentar la pandemia mediante reformas de su legislación sanitaria o improvisaron nuevas situaciones de emergencia³⁰. En Grecia, Chipre, Letonia o Irlanda,

de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión” (STS 788/2021, de 3 de junio).

³⁰ Un análisis por países en Díaz Crego, M. y Kotanidis, S., *States of emergency in response to the coronavirus crisis. Normative response and parliamentary oversight in the EU Member States during the first wave of the pandemic*, EPRS, European Parliament, Strasbourg, 2020. También, Díaz Crego, M.ª, «Uso (y abuso?) del derecho de excepción en los estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia», en: *Teoría y realidad constitucional*, 48, 2021, pp. 399-425.

se obró así porque los estados excepcionales previstos servían tan sólo para conflictos armados, rebeliones o insurrecciones internas y carecían de instrumentos específicos ante una emergencia como la COVID-19. En otros, sin embargo, se eludió intencionadamente la activación de su modelo de excepción, cuyos frenos y garantías constitucionales habrían dificultado la adopción de las medidas que la situación requería. Fue el caso de Polonia, Lituania, Eslovenia, Croacia, Países Bajos y Malta, quienes huyeron de sus disciplinas de emergencia y normalizaron *ad hoc* la excepción con mecanismos de control que, por ser los ordinarios, podían resultar insuficientes³¹. Su justicia constitucional no lo ha desautorizado, pero también allí la necesidad creó sus propias reglas.

5. Garantías democráticas y reducción de las inmunidades del poder en el modelo de estados excepcionales: la COVID-19 y el Estado de Derecho.

“Una norma que confiere un poder absoluto es ciertamente norma –señaló De Otto-, porque en virtud de ella todos quedan sujetos al titular de ese poder, pero no es norma para el poder mismo”³². Es lo que ocurre con las leyes de plenos poderes, las convalidaciones *ex post facto* y las cláusulas de necesidad. Pero no con el modelo de estados excepcionales, porque introduce frenos y contrapesos y, pese a sus limitaciones como derecho, el derecho que lo regula sigue siendo norma para el titular del poder de excepción. En el modelo de estados excepcionales, el equilibrio constitucional se mantiene al reunirse el Parlamento y preservarse el control parlamentario y los controles jurisdiccionales necesarios para impedir los excesos, respetar el principio de proporcionalidad y determinar las posibles responsabilidades sin generar indefensión³³. No existen mayores garantías en un Estado de derecho.

En este modelo, las constituciones enumeran los derechos y libertades cuya suspensión es posible, quedando el resto de derechos a salvo de la excepción. La Ley Fundamental de Bonn permite limitar la libertad de movimientos, la inviolabilidad del domicilio, la compensación por expropiación y la prolongación de las detenciones. En las constituciones de España, Países Bajos, Grecia, Finlandia, Chipre y Malta el catálogo de derechos cuyo ejercicio cabe restringir está igualmente tasado, aunque es más amplio, incluyéndose las libertades de asociación, de reunión y manifestación, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación y residencia, el secreto de las comunicaciones, el derecho de huelga, los derechos de expresión y manifestación del pensamiento y ciertas garantías del detenido. Guiadas por idéntico objetivo garantista, las constituciones de Eslovenia, Hungría, Polonia y Portugal enumeran, por su parte, los derechos y garantías no derogables, incluyendo en todo caso entre ellos el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, la irretroactividad de la ley penal, la libertad religiosa y de creencias, el derecho a un juicio justo y ciertos derechos durante el juicio³⁴. Y ese

³¹ Sobre la “huída” de los modelos de excepción para enfrentar la COVID-19, *vid.* Vidaschi, A., «Il Covid-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato», en: *DPCE Online*, vol. 43, núm. 2, 2020, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/issue/view/43>.

³² De Otto y Pardo, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 19.

³³ García Roca, J., «El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus», en: Barceló Roja, D.; Díaz Ricci, S.; García Roca, J. y Guimarás Teixeira, M^a. E. (coords.), *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, UNAM e Instituto de Derecho Parlamentario, México, 2020, pp. 18-20.

³⁴ En el modelo de estados excepcionales, “la Constitución –subraya la Comisión de Venecia-debe especificar claramente cuáles son los derechos que pueden ser suspendidos y cuáles no permiten su excepción y deberán ser respetados bajo cualquier situación. Las listas de estos derechos no derogables,

marco o autolimitación normativa debe ser respetado por el titular del poder de excepción si no quiere ser desautorizado.

La decisión de declarar un estado excepcional tiene un gran alcance político. Debido a ello, la mayoría de las constituciones configuran la intervención del Parlamento como requisito de la decisión excepcional, ya sea ésta un acto simple y único o un acto complejo, integrado por varios actos procesales, el principal de los cuales sería la autorización parlamentaria. Estos textos, han distinguido así entre el responsable parlamentario de la decisión de activar el estado excepcional y el órgano ejecutivo encargado de aplicar sus medidas. Y, al atribuir la declaración al órgano representativo de la voluntad popular, confieren a dicha decisión la máxima legitimidad política. Otros ordenamientos jurídicos permiten al Ejecutivo declarar el estado excepcional, demorando la intervención parlamentaria a un momento posterior: el de la ratificación del estado declarado o el de la eventual prolongación o prórroga del estado excepcional. La primera opción, en la que se reserva la declaración en todo caso al legislativo, ha sido adoptada en Portugal para declarar los estados de sitio y emergencia; en Hungría, para los estados de emergencia y de defensa preventiva; en Eslovenia, para los estados de guerra y de emergencia; y en España, en el caso del estado de sitio, aunque la declaración y prórroga del estado de excepción por el Gobierno requiere autorización del Congreso. La segunda opción, que persigue la eficacia, se ha previsto en Grecia, Polonia y Eslovaquia; en Francia, cuyo Gobierno puede decretar los estados, aunque su prórroga se realiza por ley; y en España, donde el estado de alarma puede ser decretado por el Gobierno, aunque su prórroga precisa autorización parlamentaria³⁵. En ambas modalidades se garantiza la reunión de pleno derecho del Parlamento. Y se prohíbe expresamente su disolución durante la vigencia de los estados.

El control jurisdiccional en este modelo corresponde a una pluralidad de órganos judiciales cuya competencia depende de la naturaleza jurídica de las decisiones. La revisión jurisdiccional de las resoluciones y actos ejecutivos adoptados al amparo de la declaración de los estados es una exigencia de los principios de legalidad y de responsabilidad de los poderes públicos y corresponde, especialmente, a los tribunales del orden contencioso-administrativo. El control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales suscita más problemas. Alguna doctrina ha sostenido que su control debe limitarse a los aspectos formales, “*parce que le cadre de référence auquel ce contrôle se rattache en période normale est amené à s’effriter au fur et à mesure que l’efficacité l’exige, donc au fur et à mesure que les mesures qui seraient soumises à ce contrôle interviennent*”³⁶. Pero ello no excluye su sumisión a derecho. La adopción de estas decisiones requiere constatar la existencia de alguna de

presentes en los tratados sobre derechos humanos (CEDH, PIDCP, CADH), incluyen cuatro derechos: el derecho a la vida, el derecho a ser libre de tortura y otras formas de castigo o tratamiento inhumano o degradante, el derecho a estar libre de esclavitud o servidumbre y el principio de irretroactividad de las leyes penales. [...] La inclusión de garantías mínimas contra la detención arbitraria y otras garantías que protejan el derecho a un juicio justo también son importantes”. Cfr. *Compilación de los informes y las opiniones de la Comisión de Venecia sobre los estados de emergencia*, Estrasburgo, 16 de abril de 2020. *Revista General de Derecho Constitucional*, 32, 2020, p. 3. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422412.

³⁵ Un análisis comparado en Khakee, *op. cit.*, pp. 12-14 y 33-34 y Faggiani, V., «Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 8-10. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/05_FAGGIANI.htm.

³⁶ Camus, *op. cit.*, p. 348. En el mismo sentido Greene, A., *States of Emergency and the Rule of Law. Constitutions in an Age of Crisis*, Oxford: Hart Publishing, 2018, pp. 113-119

las emergencias previstas, formalizarse a través del procedimiento reglado y someterse a unos límites. En la mayoría de ordenamientos constitucionales, además, las declaraciones y prórrogas contienen o completan el régimen jurídico del estado excepcional, por lo que su control resulta imprescindible para garantizar la supremacía de la Constitución. En Eslovaquia, el control de las proclamaciones y prórrogas se atribuye explícitamente al Tribunal Constitucional. En Alemania, el Tribunal Constitucional federal puede controlar tanto las leyes federales que suspendan derechos como las decisiones declaratorias de los estados excepcionales y otras medidas excepcionales limitativas de derechos. En Francia, las leyes de prórroga pueden someterse a control preventivo de inconstitucionalidad y las declaraciones gubernamentales pueden ser objeto de control por el *Conseil d'État* y, por vía incidental, a través de la cuestión prejudicial regulada en 2008, ante el *Conseil constitutionnel*. Y Croacia y Bosnia también prevén la revisión constitucional de estas decisiones de excepción.

En varios de estos países y en otros donde no estaba expresamente previsto, dicho control se ha activado con ocasión de la crisis sanitaria de la COVID-19. En Alemania no se declaró ningún estado excepcional, pero se ha controlado la constitucionalidad de las medidas adoptadas bajo la “situación epidemiológica de importancia nacional”. El 15 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional Federal subrayó que las prohibiciones generales de reuniones y manifestaciones eran inconstitucionales y los tribunales debían examinar las circunstancias del caso concreto y verificar su proporcionalidad (BvQ 828/20 y BvQ 94/20). Y el 19 de noviembre de 2021 declaró que la prohibición de la enseñanza presencial, las restricciones de contacto y los toques de queda en aplicación del denominado “freno federal de emergencia” eran compatibles con la LF, necesarias y proporcionales a la gravedad de la emergencia (BvR 781/21). El 26 de marzo de 2020, Consejo Constitucional francés validó la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2020-365 de respuesta urgente a la epidemia de la COVID-19 “atendiendo a las circunstancias particulares del caso”, pese a la violación en su aprobación de las normas de procedimiento legislativo acelerado previstas en el artículo 46 CF (*Décision* n.º 2020-799 DC). El 11 de mayo de 2020 el *Conseil* declaró, en cambio, inconstitucionales algunas disposiciones de la ley de prórroga del *état d'urgence sanitaire* y enunció varias reservas de interpretación de conformidad con la CF (*Décision* n.º 2020-800 DC). El 14 de noviembre de 2020 revisó y validó la constitucionalidad del segundo estado de emergencia sanitaria (*Décision* n.º 2020-808 DC) y el 31 de mayo de 2021, declaró constitucional la ley relativa a la gestión de la salida de la crisis sanitaria.

En Rumania, el 6 de mayo de 2020 el Tribunal Constitucional anuló la ordenanza de emergencia 34/2020 dictada por el Ejecutivo al considerar que sólo el legislador, y no el Gobierno, podía modificar el régimen sancionador del estado de emergencia y restringir válidamente derechos fundamentales (*Decizia* nr. 152/2020). El Tribunal Constitucional croata fue más deferente con la fórmula elegida por las autoridades para enfrentar la crisis sanitaria. El artículo 17 de la Constitución croata prevé el estado de emergencia por desastres naturales, pero como su declaración y la consiguiente restricción de derechos requieren una mayoría parlamentaria de 2/3 frente a la mayoría ordinaria exigida en condiciones de normalidad, se optó por reformar la legislación sobre protección civil y enfermedades infecciosas para adoptar las medidas de contención necesarias. La elusión del estado excepcional fue recurrida por dejar a una mayoría simple adoptar medidas respecto de las cuales se busca un amplio consenso, pero la decisión del Tribunal Constitucional de 14 de septiembre de 2020 validó la constitucionalidad de la opción parlamentaria (*Decision* No. U-I-1372/2020 et al.).

El 28 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional de la República Checa rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la primera declaración del estado de emergencia arguyendo que dicha decisión es un acto de gobierno exento de revisión jurisdiccional, salvo que atente contra los principios fundamentales del Estado democrático o contravenga las obligaciones internacionales (*Decision* Pl. ÚS 8/20). Un posterior recurso presentado contra la tercera declaración del estado de emergencia fue, en cambio, admitido, al afectar –a juicio del Tribunal- a las garantías esenciales del modelo. Y la declaración fue anulada porque el Gobierno había procedido a ella tras expirar el segundo estado sin haber obtenido la autorización parlamentaria para la prórroga, esquivando el preceptivo control del Legislativo (*Decision* Pl. ÚS 21/21). En Eslovaquia, por su parte, el Tribunal Constitucional revisó la constitucionalidad del estado de emergencia declarado en octubre de 2020 a raíz del recurso presentado por la Fiscalía y un grupo de diputados. Pero, aunque subrayó varias deficiencias formales – falta de motivación e inadecuada delimitación del ámbito territorial de aplicación del estado-, validó la declaración al considerar que encajaba en los supuestos de hecho del estado y no era manifiestamente desproporcionada. Su sentencia de 14 de octubre de 2020, dictada dos semanas después de la declaración, fue muy deferente con el Ejecutivo, a quien reconoció un amplio margen de apreciación a la hora de enfrentar situaciones excepcionales y cuyo control, salvo inconstitucionalidad manifiesta, debía asumir el Parlamento (PL: ÚS 22/2020-104)³⁷.

En España, el control jurisdiccional de las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales no fue previsto ni constitucional, ni legalmente, pero el Tribunal Constitucional no dudó en atribuirse la competencia. En la STC 83/2016, de 16 de mayo, dictada a raíz de un recurso de amparo contra la inadmisión a trámite de sendas demandas por la justicia ordinaria, caracterizó las decisiones de declaración y prórroga como actos con fuerza de ley revisables tan sólo por la justicia constitucional (FJ 10)³⁸. Y en su STC 148/2021, de 14 de julio, ha ratificado su doctrina y ha estimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados de Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma por la COVID-19 y varias de sus prórrogas, al entender, por seis votos frente a cinco, que la restricción de la libertad de circulación allí prevista –de la que derivó la restricción de otros derechos-, aunque temporal y con excepciones contenidas en el artículo 7 del Decreto, supuso “una limitación especialmente intensa” hasta el punto de “vaciar de hecho” o suprimir *a radice* dicha libertad para todas las personas y por cualquier medio en una suerte de suspensión que la Constitución solo permite dictar bajo el estado de excepción, pero no bajo el estado de alarma (FJ 5). Meses después, ha vuelto a desautorizar al titular del poder de excepción, al resolver, en la STC 183/2021, de 27 de octubre, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la nueva declaración del estado de alarma de 25 de octubre de 2020 y su prórroga, y declarar inconstitucionales tanto la prórroga del estado como la delegación de autoridad para aplicar las medidas realizada en favor de los presidentes de las Comunidades Autónomas (CCAA). En el caso de la prórroga, no por su duración en sí, sino porque el Parlamento la concedió “sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas [por los presidentes de las CCAA], cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional” (FJ 8). Y en el caso de la delegación, por contravenir lo dispuesto en

³⁷ Díaz Crego, *op. cit.*, pp. 426-430.

³⁸ Sobre esta caracterización, Garrido López, C., «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 43-73.

el artículo 7 LOAES y porque el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad, no estableció “los criterios e instrucciones generales que debía seguir el delegado para la aplicación de las medidas; para el control que haya que hacer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado” (FJ 10).

Esta desautorización jurisdiccional de los dos estados de alarma declarados en España contrasta con la deferencia y la autocontención hacia las decisiones de excepción del resto de tribunales constitucionales europeos. España no huyó de su modelo de excepción mediante la aprobación de dudosas leyes *ad hoc*, como hicieron otros países anteriormente citados, sino que activó con todas sus garantías el estado reservado para este tipo de emergencia³⁹. Las medidas adoptadas excedieron sin duda las previstas. Fueron, no obstante, reiteradamente avaladas por el Legislativo y necesarias para contener los contagios. El TC podía haber salvado su constitucionalidad, porque no eran desproporcionadas ni irrazonables. Debido a ello, sus pronunciamientos han sido criticados por su rigorismo⁴⁰. Pero las críticas hacia el TC español no deben empañar el logro de que el control jurisdiccional sobre las declaraciones y prórrogas de los estados excepcionales *exista y pueda hacerse efectivo* tanto en España como en el resto de países que adoptaron este modelo. El control de constitucionalidad de las decisiones excepcionales pretende garantizar que la restricción de derechos y la concentración de poderes se producen respetando el procedimiento y las garantías previstas. Y si el poder de excepción transgrede sus límites, puede ser desautorizado. Esta posibilidad constituye el más eficaz freno frente a las tentaciones de abuso y sólo puede oponerse con eficacia en el modelo de estados excepcionales, donde existen parámetros de contraste, no allí donde la necesidad crea su propia ley.

6. Consideraciones finales.

La emergencia de salud pública provocada por la COVID-19 ha puesto en evidencia a escala global los dilemas que suscita el derecho constitucional excepción. Unos dilemas que Jakab subrayó en relación con el modelo alemán, pero que son extrapolables a cualquier Estado de Derecho: si existen o no poderes legítimos de emergencia anteriores y superiores al derecho positivo, si sólo pueden ejercerse aquéllos regulados explícitamente y si la eficacia en la consecución del fin y el restablecimiento de la normalidad es más importante que la elección de los medios⁴¹.

En el modelo anglosajón de enfrentar la excepción, la Alta Corte de Justicia no dudó en afirmar que, si bien “*the freedom is an important one in a democratic society. The context in which the restrictions were imposed, however, was of a global pandemic*”

³⁹ Vedaschi, *op. cit.*, pp. 1486-1489.

⁴⁰ Entre las críticas doctrinales al fallo, coincidentes con los argumentos de los votos particulares de los magistrados discrepantes, García Roca, J., «Una controvertida decisión», en: *El País*, 27 de julio de 2021; Carmona Contreras, A., «El Tribunal Constitucional y sus circunstancias», en: *Agenda Pública*, 26 de julio de 2021 (disponible en: <https://agendapublica.es/el-tribunal-constitucional-y-sus-circunstancias/>); Álvarez García, V., «Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», en: *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021, pp. 8-10, y Presno Linera, M. A., «El estado de alarma en crisis», en: *Revista de las Cortes Generales*, 111, 2021, pp. 161-179. En contra de estas críticas y a favor de las declaraciones de inconstitucionalidad se ha pronunciado, Aragón Reyes, M., «El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia del estado de alarma», en: *El País*, 4 de agosto de 2021.

⁴¹ Jakab, A., «German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse», en: *German Law Journal*, 7, n.º 5, 2005, pp. 453-477.

where a novel, highly infectious disease capable of causing death was spreading and was transmissible between humans. There was no known cure and no vaccine. [...] In those, possible unique, circumstances, there is no realistic prospect that a court would find that regulations adopted to reduce the opportunity for transmission by limiting contact between individuals was disproportionate”⁴². Ningún reproche se formuló, por ello, a la elusión del marco normativo standard previsto en la *Civil Contingencies Act* de 2004, e incluso del autorizado *ad hoc* en plena crisis en la *Coronavirus Act* de 2020. Y se validó la promulgación de medidas generales limitativas de derechos mediante *regulations* del ministro de Salud y Seguridad Social sustentadas en la *Public Health (Control of Disease) Act* de 1984. Menos *self-restraint* demostraron tener, sin embargo, algunos tribunales estatales y el propio Tribunal Supremo de los EE.UU. porque, si bien en la mayoría de los casos avalaron las medidas restrictivas de la actividad económica, de los derechos de reunión y circulación y de la libertad de cultos adoptadas por los Estados, en otros casos censuraron las medidas por falta de competencia para adoptarlas o por vulnerar la Primera Enmienda de la Constitución federal.

En Suiza, donde prevalece el estado de necesidad, la crisis sanitaria de la COVID-19 se abordó mediante ordenanzas y decretos de emergencia sin autorización o convalidación parlamentaria y sin control judicial, conforme a su tradicional modelo de excepción. En otros países europeos que carecen asimismo de regulación de la excepción, se han utilizado diversas vías extraconstitucionales para adoptar las medidas de contención necesarias, cuya puesta en práctica ha sido incontestada política y judicialmente. En Bélgica, la mayoría de las medidas restrictivas de derechos fueron adoptadas por el ministro del Interior mediante *arrêts* dictados sobre la dudosa base de las leyes de protección civil, seguridad civil y policía. En Italia, los decretos-leyes dictados por el Gobierno habilitaron el marco normativo que permitió al presidente del Consejo de Ministros adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales mediante simples decretos durante la vigencia del *stato di emergenza di rilievo nazionale*. Y dichos decretos, a los que se sumaron las ordenanzas del ministro de Sanidad, de los presidentes regionales y de los alcaldes, alteraron el sistema de fuentes e impusieron limitaciones particularmente intensas al amparo de dudosas habilitaciones legales.

Otros Estados europeos sí disponían de regulaciones constitucionales de excepción, pero o no eran aplicables a una emergencia de la naturaleza de la pandemia o las medidas que habilitan resultaban inadecuadas frente ella. En Austria, cuya cláusula de apoderamiento en favor del presidente no fue activada, se optó por aprobar una ley *ad hoc* sobre medidas COVID que habilitó al ministro federal de Trabajo, Asuntos Sociales y Sanidad a adoptar decretos limitativos de derechos sin que el Tribunal Constitucional lo censurara, más allá de la anulación de algunos decretos que trasgredieron la citada Ley *ad hoc* o carecieron de justificación suficiente. Irlanda, Grecia, Chipre y Letonia contaban con estados de excepción para afrontar conflictos armados, rebeliones o insurrecciones internas, pero no emergencias sanitarias ni otros desastres naturales. Alemania sí disponía de estados excepcionales en cuyos supuestos podía encajar la pandemia, pero las medidas que prevenían eran ineficaces para contenerla. Los cinco países afrontaron, por ello, los efectos de la COVID-19 mediante reformas urgentes de su legislación en materia de salud pública y, en el caso alemán, creando una nueva situación de emergencia en el marco de dicha legislación que, una vez declarada por el *Bundestag*, autorizó a las autoridades de la Federación y de los

⁴² *Dolan & Ors v Secretary of State for Health and Social Care & Anor* [2020] EWHC 1786 (Admin), 117, disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2020/1786.html>.

Länder a adoptar restricciones de derechos y permitió al ministro federal de Salud emitir órdenes en materia de competencia estatal sin intervención del *Bundesrat*.

Países Bajos, Polonia, Croacia, Eslovenia, Lituania y Malta también recurrieron a fórmulas *ad hoc* o a reformas improvisadas de su legislación sanitaria, pero no por la inadecuación de las medidas de sus estados excepcionales, sino para eludir su utilización, sus límites y sus rigurosos controles parlamentarios en una clara “huida” de su modelo de excepción. En Croacia, la restricción de derechos mediante el estado de emergencia exigía el concurso de una mayoría de 2/3 de los miembros del Parlamento frente a la mayoría simple necesaria para limitarlos en condiciones de normalidad. Y se optó por enfrentar la COVID con la legislación ordinaria, normalizando la excepcionalidad. En Países Bajos, el Gobierno utilizó la ley de poderes extraordinarios de la autoridad civil para restringir derechos pero sin la declaración previa del estado de emergencia, que es su presupuesto lógico, un exceso que el Tribunal de Apelación de la Haya no desautorizó⁴³.

A diferencia de los anteriores, Portugal, España, Finlandia, Estonia, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Rumanía se mantuvieron fieles al modelo de estados excepcionales que tienen constitucionalizado y declararon su estado de menor gravedad, habitualmente reservado para catástrofes naturales y calamidades públicas. Francia no utilizó los estados de que disponía, inadecuados para enfrentar la pandemia, pero creó un nuevo estado excepcional con similares garantías a los existentes, confiando, al igual que los países citados, en las fortalezas y garantías del derecho de excepción. En este modelo, que dichos países mantuvieron, se concentra el poder y se restringen derechos, pero taxativamente, y conforme a este plan normativo se enfrentan las emergencias, se actúa durante ellas y se liquidan sus consecuencias. El problema es que la gravedad y la singular naturaleza de la COVID-19 exigieron la adopción de varias medidas extraordinarias que, como el confinamiento domiciliario y la prohibición de actividades grupales, no estaban acabadamente reflejadas en sus estados de emergencia, lo que impuso una suerte de “estado de pandemia” que llevó al límite el marco jurídico-constitucional de la excepción⁴⁴.

La pandemia ha evidenciado que la juridificación de la necesidad en el modelo de estados excepcionales es limitada. Y sus lagunas, inevitables. Pero ello no avala la tesis de quienes, como Agamben, consideran que este modelo es la forma jurídica de lo que no puede adoptar forma jurídica⁴⁵, porque, pese a sus limitaciones, los estados excepcionales siguen siendo derecho y cumplen su función, oponiendo frenos y contrapesos al titular del poder de excepción. En los países que enfrentaron la COVID-19 con este modelo, se ha mantenido el equilibrio constitucional al autorizar el Parlamento su declaración o sus prórrogas. Tras la incertidumbre y la parálisis de las primeras semanas, se ha preservado tanto el control parlamentario como los controles jurisdiccionales necesarios para impedir los excesos. Y la justicia constitucional ha podido revisar las principales decisiones excepcionales. En la mayoría de sus pronunciamientos, la interpretación conforme y la aplicación del principio de proporcionalidad han salvado la constitucionalidad de las medidas contenidas en las

⁴³ Rechtbank den haag, Vonnis in kort geding van 16 februari 2021, en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2021:285>

⁴⁴ Cruz Villalón, P., «Encuesta sobre el derecho de excepción», en: *Teoría y realidad constitucional*, 48, 2021, p. 21.

⁴⁵ Agamben, G., *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005, pp. 72-73.

declaraciones y prórrogas. En otros, como ha ocurrido en Rumanía, República Checa y España, se ha desautorizado a los titulares del poder excepción, lo que ha permitido constatar, frente al resto de modelos comparados, que el modelo de estados excepcionales no permite convertir la excepción en regla jurídica. Este modelo también proporciona instrumentos para enfrentar las emergencias, como el estado de necesidad y los plenos poderes, pero manteniendo sin alteraciones esenciales la división de poderes y las garantías constitucionales; supeditando el fin a los medios. Esa es su razón de ser que lo diferencia del resto. Y por ello, donde el modelo de estados excepcionales está instituido y efectivamente garantizado, el poder de excepción no puede crear su propia ley a riesgo de ser deslegitimado por la justicia constitucional. No cabe mayor garantía en un Estado de derecho.