



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 59-86
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4643>
© Miguel Ángel Presno Linera
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 11/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Teoría e práctica dos dereitos fundamentais en tempos de COVID-19

Teoría y práctica de los
derechos fundamentales
en tiempos de COVID-19

Theory and practice of
fundamental rights in
times of COVID-19



MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA^{1,2}

Catedrático de Dereito Constitucional
Universidade de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0002-0033-6159>
presnolinera@gmail.com

Resumo: Este artigo analiza as respostas que, en materia de dereitos fundamentais, ofrecen ás crises sanitarias tanto a Lei orgánica 4/1981, reguladora dos estados de alarma, excepción e sitio, como a Lei orgánica 3/1986, de medidas especiais en materia de saúde pública. Pero, ademais da teoría, estudamos as dificultades prácticas que se evidenciaron con ocasión da aplicación destas normas á pandemia de COVID-19. Finalmente, ocupámonos da única resolución, ata a data, do Tribunal Constitucional sobre a afectación de dereitos fundamentais no contexto da citada pandemia.

Palabras clave: Dereitos fundamentais, COVID-19, estado de alarma, saúde pública, dereito de manifestación.

Resumen: Este artículo analiza las respuestas que, en materia de derechos fundamentales, ofrecen a las crisis sanitarias tanto la Ley orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, como la Ley orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública. Pero, además de la teoría, estudiamos las dificultades prácticas que se han evidenciado con ocasión de la aplicación de estas normas a la pandemia de COVID-19. Finalmente, nos ocupamos de la única resolución, hasta la fecha, del Tribunal Constitucional sobre la afectación de derechos fundamentales en el contexto de la citada pandemia.

Palabras clave: Derechos fundamentales, COVID-19, estado de alarma, salud pública, derecho de manifestación.

Abstract: This paper analyses the Organic Law 4/1981 that regulates the alarm, exception and site states, as well as Organic Law 3/1986 on public health special measures and the consequences on the field of fundamental rights raised by the health crisis, specially the practical difficulties that have been evident in applying these legal standards to the COVID-19 pandemic. Finally, we deal with the only decision, up to date, of the Constitutional Court on the impact of fundamental rights in the context of the pandemic in Spain.

Key words: Fundamental rights, COVID-19, state of alarm, public health, freedom of assembly.

SUMARIO: 1 Escenario teórico: as leis orgánicas 4/1981 e 3/1986 como instrumentos xurídicos básicos fronte ás crises sanitarias. 2 Primeiro escenario práctico: a declaración do estado de alarma para facer fronte ao COVID-19. 3 Segundo escenario práctico: a aplicación da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, en relación coa Lei da xurisdición contencioso-administrativa. 4 O único pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre a garantía de dereitos durante a crise do COVID-19: a prohibición dunha manifestación prevista para o 1 de maio en Vigo. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 ESCENARIO TEÓRICO: AS LEIS ORGÁNICAS 4/1981 E 3/1986 COMO INSTRUMENTOS XURÍDICOS BÁSICOS FRONTE ÁS CRISES SANITARIAS

Poucos meses despois do intento de golpe de Estado do 23 de febreiro de 1981 publicouse a Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, que desenvolve o artigo 116 da Constitución española (CE), non especialmente concreto no que respecta ao estado de alarma³.

Esa norma comezara a súa andaina parlamentaria en setembro de 1979 baixo unha forma ben diferente: como Proxecto de Lei orgánica de seguridade cidadá, que, segundo a súa “Memoria”/Preámbulo, supuña “un importante cambio en relación coa Lei de orde pública de 1959 e criterios inspiradores desta, ao conxugar a nova normativa a defensa das institucións co fortalecemento dos sistemas de garantía das liberdades públicas”. Dentro deste proxecto, o capítulo III era o dedicado á regulación dos estados de alarma, excepción e sitio, dando cumprimento, segundo a memoria:

«ao disposto no artigo 116 da Constitución... Insiste o precepto citado na exixencia de concretar os efectos das respectivas declaracións, o que constitúe unha clara referencia, polo que respecta aos estados de excepción e sitio, ao artigo 55 da propia Constitución, cuxo parágrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa e con carácter excluínte, os dereitos fundamentais e as liberdades públicas que poderán ser suspendidos cando se produza a declaración dos ditos estados.

Non obstante, aínda que a Constitución española, fronte ao criterio mantido por outros textos constitucionais recentes –como a Lei federal de Bonn ou a Constitución italiana de 1947–, seguira a liña de recoller no seu propio articulado os mecanismos de defensa extraordinaria das institucións públicas e, a pesar de que, como elemento equilibrante ou compensador fora moi precisa e minuciosa na determinación das

competencias e procedementos para a declaración dos estados de alarma, excepción e sitio, foi realmente sobria na definición dos conceptos e na concreción do contido dos tres estados extraordinarios, respecto aos cales apenas fai outra cousa que mencionar os seus nomes...».

Referirémonos ao contido deste proxecto legislativo unicamente no relativo ao estado de alarma, pois serve para constatar o notable cambio que experimentou ao longo da súa tramitación parlamentaria e que ten moito que ver co alcance da declaración dese estado en situacións de crises sanitarias como a xerada polo COVID-19.

A memoria do proxecto dicía o seguinte en relación á terminoloxía e ao pretendido alcance do estado de alarma:

«A denominación do estado de alarma, aínda que coincidente cunha das usadas na Lei de orde pública do 28 de xullo de 1933, responde agora a unha realidade distinta: o estado de alarma da lei republicana é homólogo propiamente do estado de excepción, segundo a concepción da Lei de 1959, e segundo o proxecto que agora se presenta. O proxecto, na súa concepción do estado de alarma segue moi de preto o proxecto de Lei de modificación da Lei de orde pública, tramitada durante o pasado ano, recollendo, na enumeración dos supostos determinantes da súa declaración, ademais das alteracións da orde pública: as catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas; epidemias ou situacións de contaminación grave; paralización de servizos públicos esenciais e situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade.

Trátase fundamentalmente de eventos en que periga a seguridade ou a saúde das persoas, ou se atopa en risco grave o mantemento das condicións físicas necesarias para o desenvolvemento da vida da colectividade.

Por iso, o conxunto de medidas para a adopción das cales se faculta as autoridades gubernativas, á parte da lóxica concentración de atribucións administrativas, tende, dunha parte, con carácter positivo, á mobilización de persoas e recursos materiais, *para asegurar a protección, asistencia e seguridade das persoas, bens e lugares afectados*, e, doutra parte, con carácter negativo, a controlar ou limitar, coa mesma finalidade, o movemento de persoas e vehículos e o consumo de artigos ou servizos de primeira necesidade (todas as cursivas son nosas).

Xa no articulado do proxecto se incluían os supostos que poderían dar lugar á declaración do estado de alarma:

«O Goberno, en uso das facultades que lle outorga o apartado 2 do artigo 116 da Constitución, poderá declarar o estado de alarma en todo ou parte do territorio nacional cando concorran situacións como as seguintes:

- a) Alteracións da orde ou da seguridade cidadá cando o seu restablecemento non se poida conseguir mediante o uso das potestades ordinarias da autoridade gubernativa.
- b) Catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas, tales como terremotos, inundacións, incendios urbanos e forestais ou accidentes de gran magnitude.
- c) Crises sanitarias, tales como estados epidémicos e situacións de contaminación grave.

d) Paralización de servizos públicos esenciais.

e) Situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade».

Pois ben, no Ditame da Comisión Constitucional do Congreso sobre a “Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio”, publicado no boletín da Cámara o 14 de abril de 1981, desapareceu a letra a) do proxecto orixinario, que era a que recollía a declaración do estado de alarma ante “alteracións da orde ou da seguridade cidadá”. Desvinculouse o estado de alarma da cuestión da orde pública e, así, propúxose no ditame da Comisión da mesma data, aínda que se mantivo o carácter exemplificativo dos supostos: “... cando concorran situacións como as seguintes...”.

Foi no Pleno do Congreso do 23 de abril de 1981 cando as causas exemplificativas pasaron a ser taxativas e o texto adquiriu a redacción que hoxe segue vixente:

«O Goberno, en uso das facultades que lle outorga o artigo 116.2 da Constitución, poderá declarar o estado de alarma en todo ou parte do territorio nacional, cando se produza algunha das seguintes alteracións graves da normalidade:

a) Catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas, tales como terremotos, inundacións, incendios urbanos e forestais ou accidentes de gran magnitude.

b) Crises sanitarias, tales como epidemias e situacións de contaminación graves.

c) Paralización de servizos públicos esenciais para a comunidade, cando non se garante o disposto nos artigos 28.2 e 37.2 da Constitución, e conorra algunha das demais circunstancias ou situacións contidas neste artigo.

d) Situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade».

Non cabe, polo tanto, a declaración do estado de alarma no contexto dun problema de orde pública e iso porque, como explica o profesor Cruz Villalón, o lexislador efectuou unha “despolitización” do estado de alarma, deixándoo á marxe das situacións de desorde pública ou conflictividade social, para destinalo a combater as catástrofes naturais ou tecnolóxicas (engadiríamos nós sanitarias)⁴.

Case cinco anos despois aprobouse a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, que, como a anterior, tivo tamén unha orixe curiosa: o Proxecto de Lei de sanidade incluía, dentro do título I (Do sistema de saúde), un capítulo V titulado “Da intervención pública en relación coa saúde individual e colectiva” (arts. 21 a 32). Pois ben, a futura LO 3/1986 creouse a partir dos artigos 21, 22 e 29 do Proxecto de Lei xeral de sanidade por acordo da Xunta de Voceiros, ratificado polo Pleno do 12 de novembro de 1985, do que saíu o Proxecto de Lei orgánica de medidas especiais en materia de saúde pública, aprobado polo Pleno do Congreso dos Deputados na citada sesión do 12 de novembro de 1985, sen exposición de motivos e con 3 artigos:

«Artigo 1: Para os efectos de protexer a saúde pública e previr os perigos para esta, as autoridades sanitarias das distintas administracións públicas poderán, dentro do ámbito das súas competencias, adoptar as medidas previstas neste capítulo cando iso sexa necesario por razóns sanitarias de sanidade ou urxencia, e sempre de acordo co previsto nesta lei.

Artigo 2: As autoridades sanitarias competentes poderán adoptar medidas de recoñecemento, tratamento, hospitalización ou vixilancia cando se aprecie ou sospeite razoablemente que a saúde da poboación pode quedar afectada pola situación sanitaria concreta dunha persoa ou grupo de persoas ou polas condicións sanitarias en que se desenvolva unha actividade.

Artigo 3: Para os efectos de controlar as enfermidades transmisibles, a autoridade sanitaria, ademais de realizar as accións preventivas xerais, poderá adoptar as medidas oportunas para o control dos enfermos, das persoas que estean ou estiveran en contacto con estes e do medio inmediato, así como as que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmissible.

Esta redacción experimentou poucos cambios ao longo da súa tramitación parlamentaria: no Senado introducíronse tres emendas técnicas aos tres artigos do proxecto remitido polo Congreso e engadiuse un artigo 4 para facer fronte aos riscos para o abastecemento de medicamentos ou produtos sanitarios, o que foi aceptado polo Congreso dos Deputados».

Temos, pois, dúas leis orgánicas para garantir os dereitos fundamentais das persoas –a vida, a integridade física pero tamén a liberdade de circulación, o dereito de reunión...– tanto nos casos de graves crises sanitarias de alcance xeral (estado de alarma) como nas situacións en que é preciso controlar algunha enfermidade transmissible: a primeira permitiría establecer limitacións de alcance xeral ao exercicio de dereitos fundamentais nos termos previstos no artigo 11 da LO 4/1981⁵ e a segunda serviría para limitar os dereitos fundamentais de persoas concretas –“enfermos [e] persoas que estean ou estivesen en contacto con estes”– coa garantía do control xudicial previsto na Lei da xurisdición contencioso-administrativa a que nos referiremos máis adiante⁶.

Ademais, e para facer fronte ás continxencias que se presenten nas situacións “ordinarias”, existen diversas leis estatais e autonómicas no ámbito da saúde e das emerxencias⁷.

2 PRIMEIRO ESCENARIO PRÁCTICO: A DECLARACIÓN DO ESTADO DE ALARMA PARA FACER FRONTE AO COVID-19

O primeiro parágrafo do preámbulo do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declarou o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, di:

«A Organización Mundial da Saúde elevou o pasado 11 de marzo de 2020 a situación de emerxencia de saúde pública ocasionada polo COVID-19 a pandemia internacional. A rapidez na evolución dos feitos, a escala nacional e internacional, require a adopción de medidas inmediatas e eficaces para facer fronte a esta conxuntura. As circunstancias extraordinarias que concorren constitúen, sen dúbida, unha crise sanitaria sen precedentes e de enorme magnitude tanto polo moi elevado número de cidadáns afectados como polo extraordinario risco para os seus dereitos».

No segundo punto do preámbulo do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declarou o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, expónse:

«... no momento actual en España, igual que na maioría de países europeos, rexístrase unha tendencia ascendente no número de casos. Este incremento traducíuse nun aumento importante da incidencia acumulada en catorce días, ata situarse, con data do 22 de outubro, en 349 casos por 100.000 habitantes, moi por enriba dos 60 casos por 100.000 habitantes que marca o limiar de alto risco de acordo cos criterios do Centro Europeo para a Prevención e Control de Enfermidades... Neste contexto, con niveis moi preocupantes dos principais indicadores epidemiolóxicos e asistenciais, débense considerar diferentes medidas de control da transmisión que permitan reducir as incidencias actuais, revertir a tendencia ascendente e evitar alcanzar o nivel de sobrecarga que experimentou o sistema sanitario durante a primeira onda da pandemia...».

Entre un e outro aprobouse o Real decreto 900/2020, do 9 de outubro, polo que se declarou o estado de alarma para responder ante situacións de especial risco por transmisión non controlada de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, que se aplicou a 9 municipios da Comunidade de Madrid e que se xustificou con, entre outros, os seguintes argumentos:

«... Tendo en conta que (...) a autoridade xudicial non ratificou a medida referida á limitación da entrada e saída de persoas dos municipios afectados, única medida considerada na Orde 1273/2020, do 1 de outubro, da Consellaría de Sanidade, susceptible de ratificación ou autorización xudicial por limitar ou restrinxir dereitos fundamentais, resulta necesario ofrecer unha cobertura xurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar coa aplicación desta medida, ante a grave situación epidemiolóxica existente nos municipios afectados e co fin de evitar o risco que se ocasionaría en caso de non ser posible continuar coa súa aplicación...».

Non nos cabe dúbida de que se deron os presupostos de feito previstos no xenérico “Dereito de excepción” –Lei orgánica 4/1981– para declarar o estado de alarma nos tres supostos en que, ata agora, se aprobou no ano 2020; tampouco que non se daba o 14 de marzo e non se deu con posterioridade o presuposto que podería xustificar a declaración do estado de excepción: nin entón nin agora, nin tampouco no intervalo de xuño a novembro, “o libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o normal funcionamento das institucións democráticas, o dos servizos públicos esenciais para a comunidade, ou calquera outro aspecto da orde pública” estiveron nin están “tan gravemente alterados que o exercicio das potestades ordinarias fose insuficiente para restablecelo e mantelo” (art. 13)⁸.

Parece, pois, que a declaración dos sucesivos estados de alarma pode considerarse acertada no sentido da correlación entre a medida adoptada e o presuposto práctico que exixía a súa aprobación⁹.

Outra cousa é, tamén no plano práctico, o que cabe dicir dalgunha das medidas adoptadas no Real decreto 463/2020, cuxo artigo 7, titulado “Limitación da liberdade de circulación das persoas”, dispuxo no seu punto 1 que:

«Durante a vixencia do estado de alarma as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe persoas con discapacidade, menores, maiores, ou por outra causa xustificada: a) Adquisición de alimentos, produtos farmacéuticos e de primeira necesidade. b) Asistencia a centros, servizos e establecementos sanitarios. c) Desprazamento ao lugar de traballo para efectuar a súa prestación laboral, profesional ou empresarial. d) Retorno ao lugar de residencia habitual. e) Asistencia e coidado a maiores, menores, dependentes, persoas con discapacidade ou persoas especialmente vulnerables. f) Desprazamento a entidades financeiras e de seguros. g) Por causa de forza maior ou situación de necesidade. h) Calquera outra actividade de análoga natureza...».

E é que a LO 4/1981 distingue entre “limitacións”, propias do estado de alarma, e “prohibicións”, características do estado de excepción: fala respecto ao primeiro (art. 11) de, entre outras medidas, “a) Limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en horas e lugares determinados... c) Limitar ou racionar o uso de servizos ou o consumo de artigos de primeira necesidade”; respecto do segundo permite, entre outras opcións, “prohibir a circulación de persoas e vehículos nas horas e lugares que se determine” (art. 20.1); “prohibir a celebración de reunións e manifestacións...” (art. 22.1) e “prohibir as folgas e a adopción de medidas de conflito colectivo...” (art. 23). Ao respecto, o Tribunal Constitucional (TC) dixo que “... os efectos da declaración do estado de alarma se proxectan (...) no establecemento de determinadas limitacións ou restricións” (STC 83/2016, do 28 de abril, FX 8).

Pois ben, se atendemos ás medidas concretas impostas na práctica coa entrada en vigor do Decreto 463/2020, non parece haber diferenza entre a súa intensidade e as prohibicións propias dun estado de excepción, tal como articulou a cuestión o lexislador orgánico. Estamos, pois, ante unha teórica limitación formal da liberdade de circulación que, de feito, implica unha prohibición xeral da citada liberdade, e é que, en palabras de Santamaría Pastor, “limitar é *restrinxir* parcial e excepcionalmente, *non prohibir todo*, salvo excepcións”¹⁰.

Por iso, esas previsións parecen chocar coa configuración que, como dixemos, se deu á LO 4/1981, en que o lexislador se decantou, podendo facer outra cousa, por unha serie de medidas que no caso do estado de alarma serían menos gravosas que as realmente adoptadas baixo o seu amparo no Decreto 463/2020. O xuízo de proporcionalidade sobre estas (que a medida limitativa sexa adecuada ou idónea para a consecución do fin perseguido; que sexa a mínima imprescindible para tal finalidade e que haxa proporcionalidade entre o sacrificio exixido ao dereito limitado por esa medida e o dereito, ben ou interese concretos que se pretende protexer) non pode facerse á marxe dos propios límites que preestableceu o lexislador orgánico¹¹.

Para resolver estas interrogantes, non contamos ata a data con xurisprudencia constitucional relevante, pois os casos en que se interpretou o alcance do artigo 19 CE versaron, fundamentalmente, sobre os dereitos das persoas estranxeiras para entrar e residir en España. Cabe, non obstante, recordar que, conforme a STC 94/1993, do 22 de marzo, “as medidas que repercuten sobre a libre circulación das persoas deben fundarse nunha lei, e aplícala en forma razoada e razoable (STC 85/1989, FX 3)” (F. 4); que (STC 72/2005, do 4 de abril, FX 5) “o artigo 19 CE recoñécelles «aos españois» catro dereitos fundamentais distintos: o dereito a elixir libremente a súa residencia, o dereito a circular polo territorio nacional, o dereito a entrar en España e o dereito a saír libremente do territorio nacional”, e que (STC 146/2006, do 8 de maio, FX 2) “constitúe doutrina deste Tribunal que unha medida dese tipo debe suxeitarse a parámetros de proporcionalidade en relación coa preservación doutros dereitos ou bens constitucionais. Debe tratarse así dunha medida útil e necesaria para a protección dun ben constitucionalmente importante”, algo que se reitera na STC 84/2013, do 11 de abril, FX 6.

Como é obvio, non entramos aquí a valorar se as medidas limitativas da liberdade de circulación eran as mellores para conter a epidemia, á marxe de que noutros países non alcanzaron entón a mesma intensidade. Pero, ademais de aplicarse de forma razoada e razoable, “deben fundarse nunha lei” e parécenos discutible, cando menos, que no caso que nos ocupa teñan un fundamento claro na LO 4/1981, máxime tendo en conta a obriga iusfundamental de interpretar a normativa aplicable no sentido máis favorable para a efectividade dos dereitos fundamentais (STC 17/1985, do 5 de marzo, FX 4) e, o que non se debe esquecer, as posibles consecuencias sancionadoras que o incumprimento das citadas prohibicións veu ocasionando¹².

A este respecto, encaixa moito mellor na teoría da LO 4/1981 a *práctica das medidas limitativas da liberdade de circulación* “en horario nocturno” previstas no Real decreto 926/2020, pois trátase, efectivamente, de restrinxir a liberdade deambulatoria nunhas horas determinadas: “durante o período comprendido entre as 23.00 e as 6.00 horas, as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades...”¹³.

En suma, o dereito de excepción previsto para a súa aplicación durante a vixencia do estado de alarma tal como se articulou na Lei orgánica 4/1981 non ofrece, ao noso xuízo, cobertura suficiente para a adopción de medidas especialmente limitativas do dereito fundamental á liberdade de circulación como as adoptadas con ocasión do Decreto 463/2020.

En segundo lugar, a aplicación “práctica” do estado de alarma evidenciou a súa pouca funcionalidade cando se decreta para un ámbito territorial pequeno, mesmo a grandes cidades (Madrid) ou conurbacións, como ocorreu co Decreto 900/2020, que vinculou os municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla e Torrejón de Ardoz.

Este estado de alarma, como calquera outro, exixiu o decreto acordado en Consello de Ministros e dar conta ao Congreso dos Deputados, a quen non chegou a pedírselle

a prórroga. É verdade que a LO 4/1981 permite (art. 7) que a autoridade competente poida ser, por delegación do Goberno, “o presidente da comunidade autónoma cando a declaración afecte exclusivamente a todo ou parte do territorio dunha comunidade”, pero non necesariamente é así –no caso que nos ocupa a autoridade competente foi o Goberno– e, en calquera caso, esa eventual delegación non elude o acordo inicial do Goberno nin a intervención do Congreso dos Deputados. Ademais, durante a vixencia do estado de alarma, correspóndelle ao Goberno subministrar ao Congreso a información que lle sexa requirida e, así mesmo, daralle conta dos decretos que dite durante a vixencia do estado de alarma en relación con este (art. 8). Finalmente, e admitindo que será conveniente escoitar o presidente da comunidade autónoma afectada nos debates parlamentarios sobre a prórroga do estado de alarma e as medidas polas que debe rexerse, a decisión última correspóndelle á Cámara Baixa e o Goberno conserva boa parte do protagonismo.

Non é alleo a esta posible disfuncionalidade que a Lei orgánica 4/1981 se aprobase cando o Estado autonómico español se estaba comezando a desenvolver –aínda non se aprobaran a maioría dos estatutos de autonomía– e moitas das cuestións susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidade, protección civil, medio ambiente, consumo...) son agora competencia, en boa parte, das comunidades autónomas.

Nesta liña, o Decreto 926/2020 si atendeu, na medida do posible, ao modelo territorial español á hora de articular o feixe de medidas aprobadas para conter a pandemia: por unha banda, “en cada comunidade autónoma e cidade con estatuto de autonomía, a autoridade competente delegada será quen posúa a presidencia da comunidade autónoma ou cidade con estatuto de autonomía, nos termos establecidos neste real decreto” (art. 2.2); en segundo lugar (art. 2.3), estas autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para ditar, por delegación do Goberno da nación, as ordes, resolucións e disposicións para a aplicación do previsto nos artigos 5 a 11, preceptos que conteñen o groso das medidas a adoptar. Mesmo, “a autoridade competente delegada en cada comunidade autónoma ou cidade con estatuto de autonomía poderá, no seu ámbito territorial, á vista da evolución dos indicadores sanitarios, epidemiolóxicos, sociais, económicos e de mobilidade, comunicándollo previamente ao Ministerio de Sanidade e de acordo co previsto no artigo 13, modular, flexibilizar e suspender a aplicación das medidas recollidas nos artigos 6, 7 e 8, co alcance e ámbito territorial que determine. A regresión das medidas ata as previstas nos mencionados artigos farase, se é o caso, seguindo o mesmo procedemento” (art. 10).

É discutible, non obstante, que no noso marco constitucional caiba atribuírlles ás comunidades autónomas a capacidade para acordar, mesmo como autoridade delegada, a restrición de entradas no respectivo territorio (arts. 6 e 9), máxime se iso implica, como prevé o segundo parágrafo do artigo 9.1, unha afectación ao réxime de fronteiras¹⁴.

Outro aspecto potencialmente problemático na práctica do dereito de excepción propio do estado de alarma é o relativo ao control parlamentario: como é sabido, trátase dunha competencia exclusiva do Congreso dos Deputados conforme o artigo 116.2

CE: “o estado de alarma será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros por un prazo máximo de quince días, dando conta ao Congreso dos Deputados, reunido inmediatamente para o efecto e sen a autorización do cal non poderá ser prorrogado o dito prazo”. É dicir, o Congreso non declara o estado de alarma, pero debe ser informado de inmediato e é esa Cámara a única que pode prorrogalo. A este respecto, a Lei orgánica 4/1981 prevé (art. 1.4) que “a declaración dos estados de alarma, excepción e sitio non interrompe o normal funcionamento dos poderes constitucionais do Estado”; que (art. 6.1) o estado de alarma “só se poderá prorrogar con autorización expresa do Congreso dos Deputados, que neste caso poderá establecer o alcance e as condicións vixentes durante a prórroga”; que (art. 8) “o Goberno dará conta ao Congreso dos Deputados da declaración do estado de alarma e subministrarlle a información que lle sexa requirida. O Goberno tamén dará conta ao Congreso dos Deputados dos decretos que dite durante a vixencia do estado de alarma en relación con este”.

Pola súa banda, o Regulamento do Congreso dispón (art. 162) que:

«1. Cando o Goberno declarase o estado de alarma, lle remitirá inmediatamente ao presidente do Congreso unha comunicación á que achegará o decreto acordado en Consello de Ministros. Da comunicación darase traslado á comisión competente, que poderá solicitar a información e documentación que considere procedente. 2. Se o Goberno pretendese a prórroga do prazo de quince días a que se refire o artigo 116.2 da Constitución, deberá solicitar a autorización do Congreso dos Deputados antes de que expire aquel. 3. Os grupos parlamentarios poderán presentar propostas sobre o alcance e as condicións vixentes durante a prórroga ata dúas horas antes do comezo da sesión en que se deba debater a concesión da autorización solicitada. 4. O debate terá lugar no pleno e iniciárase coa exposición por un membro do Goberno das razóns que xustifican a solicitude de prórroga do estado de alarma e axustarase ás normas previstas para os de totalidade. 5. Finalizado o debate, someteranse a votación a solicitude e as propostas presentadas. Da decisión da Cámara darase traslado ao Goberno».

Así pois, atribúeselles aos grupos parlamentarios a facultade de formular propostas sobre a extensión do estado de alarma e as normas vixentes durante este, que, en todo caso, se someterán a votación, cuxo resultado vinculará o Goberno.

A Constitución veta unha hipotética disolución do Congreso e garante o seu funcionamento ao prescribir (art. 116.5) que “non poderá procederse á disolución do Congreso mentres estean declarados algúns dos estados comprendidos neste artigo, quedando automaticamente convocadas as *cámaras se non* estiveren en período de sesións. O seu funcionamento, así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non poderán interromperse durante a vixencia destes estados”. Ademais, insiste en que “a declaración dos estados de alarma, de excepción e de sitio non modificarán o principio de responsabilidade do Goberno e dos seus axentes recoñecidos na Constitución e nas leis” (art. 116.6).

En suma, e no contexto dun sistema parlamentario que está deseñado para manter apuntalado o Goberno correspondente, cabe exercer –e debe exercerse– o control

político do Goberno durante a vixencia do estado de alarma. Durante este celebráranse as sesións do pleno para, se é o caso, a validación dos decretos-leis aprobados, así como para debater a prórroga e as súas eventuais condicións. Tamén terán lugar as sesións de control que se consideren oportunas nas diferentes comisións¹⁵.

Non obstante, hai, polo menos, dúas cuestións sobre as que conviría reflexionar: unha delas é a eventualidade de que un número importante de deputados poida ver afectada a súa saúde e iso lles impida o exercicio normal das súas funcións, como así aconteceu nos últimos meses. Por iso non estaría de máis que os regulamentos parlamentarios se reformasen para atender mellor unhas circunstancias como as presentes. Unha opción, entre outras, é articular lexislativa e regulamentariamente a substitución temporal, por enfermidade, dos cargos representativos.

A segunda cuestión ten que ver coa ausencia de previsións constitucionais e legais sobre a eventual duración das prórrogas do estado de alarma, o que implicaría que, en principio, fose posible, se así o acorda a maioría parlamentaria, unha prórroga de varios meses –a prórroga do estado de alarma instaurado polo Decreto 926/2020 é de seis meses segundo o acordo do Congreso dos Deputados do 29 de outubro-, o que non parece que facilite o exercicio, con consecuencias inmediatas, do control por parte da oposición sobre o alcance dunhas disposicións que poden limitar de xeito intenso dereitos fundamentais.

Finalmente, outra das, ao meu xuízo, “disfuncións” prácticas do estado de alarma como instrumento para garantir determinados dereitos fundamentais ten que ver co control xurisdiccional do decreto que acorda tal estado e das súas eventuais prórrogas. Como se recordará, o primeiro estado de alarma en España implantouse por medio do Real decreto 1673/2010, do 4 de decembro, polo que se declarou o estado de alarma para a normalización do servizo público esencial do transporte aéreo, que foi impugnado xurisdiccionalmente: se partimos de que a declaración do estado de alarma se realiza mediante decreto do Consello de Ministros, non parecería desatinado entender que cabe un control da súa legalidade pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS); non obstante esta vía foi descartada de raíz polo propio TS con ocasión dos recursos presentados polos controladores aéreos: en sete autos ditados entre 2011 e 2012 (AATS 857/2011, do 10 de febreiro; 2985/2011, do 9 de marzo; 3816/2011, do 5 de abril; 5696/2011 e 5698/2011, do 30 de maio; 6821/2011, do 8 de xuño; e 6197/2012, do 1 de xuño) ese tribunal estimou que a declaración do estado de alarma non é un exercicio da potestade regulamentaria que lle atribúe ao Goberno o artigo 96 CE, senón da competencia constitucional, diferente, regulada en artigo 116.2 CE.

Esta doutrina foi asumida polo Tribunal Constitucional (TC), primeiro por maioría (Auto 7/2012, do 13 de xaneiro) e logo por unanimidade (STC 83/2016, do 28 de abril), ao entender que, aínda que formalizada mediante decreto do Consello de Ministros, a decisión de declarar o estado de alarma, dado o seu contido normativo e efectos xurídicos, queda configurada no noso ordenamento como unha decisión ou disposición con rango ou valor de lei¹⁶.

E esta doutrina foi acollida de novo, no seu Auto do 4 de maio de 2020, polo TS ao resolver o recurso en que, en forma directa, “se impugna o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión de pandemia ocasionada por infección do acrónimo COVID-19, así como o Real decreto 476/2020, do 27 de marzo, o Real decreto 4870/2020, do 10 de abril, e o Real decreto 463/2020, que establecen as súas prórrogas, así como –no que se denomina ampliación– o Real decreto 492/2020, do 24 de abril, que o prorroga por terceira vez”.

Este auto, que lembra a anterior xurisprudencia tanto do TS como do TC, insiste (FX 4) en que:

«A posibilidade de control nestes casos correspóndelle, sen dúbida ningunha, ao Tribunal Constitucional en exercicio das súas competencias de control da constitucionalidade das leis e normas con rango de lei, como este declarou ao considerar que “aínda que formalizada mediante decreto do Consello de Ministros, a decisión de declarar o estado de alarma, dado o seu contido normativo e efectos xurídicos, debe entenderse que queda configurada no noso ordenamento como unha decisión ou disposición con rango ou valor de lei. E, en consecuencia, queda revestida dun valor normativo equiparable, polo seu contido e efectos, ao das leis e normas asimilables cuxa aplicación pode exceptuar, suspender ou modificar durante o estado de alarma” (STC 83/2016, do 28 de abril, FX 10)».

Non obstante, nese fundamento xurídico e no seguinte, engádesse:

«O que se acaba de expresar non excluíría que, naquelas situacións en que non se producise a dación de conta ao Congreso ou non recaese a autorización de prórroga parlamentaria que exige o artigo 116.2 CE, a forma de decreto que revista a declaración de alarma puidese recobrar o seu relevo para os efectos do noso control xurisdiccional. Aínda que o decreto de declaración da alarma proceda do Goberno como órgano constitucional, o seu control corresponderíalle a esta sala, como permite o artigo 2 a) da LXCA, respecto do que na nosa xurisprudencia denominamos conceptos xudicialmente alcanzables (por todas, sentenza do 20 de novembro de 2013) ou sobre os feitos determinantes. A declaración argumentativa da STC 83/2016 que se transcribiu non o impide porque foi formulada polo Tribunal Constitucional ao resolver un recurso de amparo (STC 83/2016) e non en sede de tribunal de control de constitucionalidade das leis.

A falta de xurisdición sobre decretos de declaración do estado de alarma refírese unicamente á norma de declaración e ás súas prórrogas, pero non aos decretos ou disposicións que acompañen a dita declaración ou que se diten durante a súa vixencia ou en relación con ela (art. 8.2 Lei 4/1981, do 1 de xuño) nin tampouco respecto dos seus actos de aplicación. Así o dispón de xeito expreso o artigo 3.1 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, e o estableceu xa no seu momento o Auto da Sección Sétima desta Sala do 30 de maio de 2011, que admitiu a trámite o recurso en canto se deduciu contra o Real decreto 1611/2010, do 3 de decembro, por tratar unha actuación con alcance e significación diferente á declaración do estado de alarma e á solicitude e autorización

da súa prórroga. Sobre a dita impugnación ditouse posteriormente a sentenza do 22 de abril de 2015».

En consecuencia, só a través do recurso e da cuestión de inconstitucionalidade (eventualmente dunha autocuestión) poden axuizarse en termos xerais o decreto que declara o estado alarma e as súas eventuais prórrogas.

Á marxe doutras cuestións que agora non vén ao caso comentar, o control en exclusiva destes decretos polo TC non tería que ser, en principio, especialmente problemático se o devandito tribunal dese unha resposta relativamente rápida a unha cuestión tan relevante como é resolver se as limitacións de dereitos fundamentais establecidas durante un estado de alarma son compatibles, ou non, coa CE. Pero o certo é que o Decreto 463/2020 foi obxecto dun recurso de inconstitucionalidade “promovido por máis de cincuenta deputados do Grupo Parlamentario de VOX no Congreso” e, aínda que foi admitido a trámite por providencia do 6 de maio de 2020, máis de sete meses despois da aprobación dese decreto e máis de cinco desde a súa admisión a trámite non hai unha resposta ao dito recurso e, polo tanto, non sabemos se as intensas limitacións da liberdade de circulación que se impuxeron entón son compatibles coa nosa norma suprema.

3 SEGUNDO ESCENARIO PRÁCTICO: A APLICACIÓN DA LEI ORGÁNICA 3/1986, DO 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIAIS EN MATERIA DE SAÚDE PÚBLICA, EN RELACIÓN COA LEI DA XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Xa se apuntou que o segundo instrumento xurídico que se veu utilizando en España para garantir dereitos fundamentais durante a epidemia de COVID-19 foi o artigo 3 da Lei orgánica 3/1986 e esa aplicación estivo suxeita a vaivéns xurisprudenciais: así, ao principio da pandemia (finais do mes de febreiro) rexeitouse xudicialmente a súa aplicación con carácter xeral con ocasión da ratificación do confinamento de empregados e hóspedes dun hotel en Tenerife cando tivo lugar a detección do primeiro contaxiado por COVID-19 en España.

Con posterioridade, o citado artigo foi admitido en diversos casos para adoptar confinamentos perimetrais de municipios e bisbarras e, en xeral, para avalar medidas que limitaban os dereitos de persoas que, en principio, nin estaban contaxiadas nin se sospeitaba que puidesen estarlo; así o acordaron en varias ocasións diferentes tribunais superiores de xustiza (TSX): Andalucía, Castela e León, Comunidade Valenciana (que ratificou mesmo o confinamento domiciliario nocturno por Auto do 27 de outubro), Estremadura, Galicia, A Rioxa (que autorizou o confinamento da Comunidade por medio de Auto do 26 de outubro), Madrid e Navarra (que avalou as limitacións á entrada e saída da Comunidade en Auto do 22 de outubro).

Non obstante, esta comprensión empezou a ser rexeitada ou, cando menos, matizada: así, no Auto do TSX de Aragón do 10 de outubro concluíuse que «o artigo 3 se está a referir sempre (...) a persoas concretas e determinadas, que presentan unha clara relación

ou asociación co axente causante da intervención administrativa, isto é, a enfermidade. Fálase de enfermos e persoas que se relacionaron con eles... En todo momento *se entendeu (...) que as medidas de control de enfermidades transmisibles adoptables pola Administración eran medidas sobre persoas concretas e determinadas, pola súa relación directa ou indirecta coa enfermidade, pero en ningún caso co territorio ou núcleo de poboación afectado*» (FX 6).

Esta conclusión enlaza co dito polo TC en relación coa necesaria taxatividade que deben ter as leis que limiten dereitos fundamentais, como sería a liberdade de circulación; así, e conforme a STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5, que citan tanto o mencionado Auto do TSX de Aragón como, de forma moito máis pormenorizada, o do TSX de Madrid do 8 de outubro, «as limitacións do dereito fundamental establecidas por unha lei poden vulnerar a Constitución se pecan de falta de certeza e previsibilidade nos propios límites que impoñen e no seu modo de aplicación, pois “a falta de precisión da lei nos presupostos materiais da limitación dun dereito fundamental é susceptible de xerar unha indeterminación sobre os casos aos cales se aplica tal restrición”; “ao producirse este resultado, máis alá de toda interpretación razoable, a lei xa non cumpre a súa función de garantía do propio dereito fundamental que restrinxen, pois deixa que no seu lugar opere simplemente a vontade de quen debe aplicala”. E engade que o tipo de vulneración que implica a falta de certeza e previsibilidade nos propios límites: “non só lesionaría o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE), concibida como certeza sobre o ordenamento aplicable e expectativa razoablemente fundada da persoa sobre cal debe ser a actuación do poder aplicando o dereito (STC 104/2000, FX 7, por todas), senón que ao mesmo tempo a dita lei estaría a lesionar o contido esencial do dereito fundamental así restrinxido, dado que a forma en que se fixaron os seus límites o fan irrecoñecible e imposibilitan, na práctica, o seu exercicio (SSTC 11/1981, FX 15; 142/1993, do 22 de abril, FX 4, e 341/1993, do 18 de novembro, FX 7)».

Un pronunciamento posterior que se uniu a esta liña argumental é do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, que, no seu Auto 32/2020, do 25 de outubro, (FX 5) reiterou que:

«... a referencia do artigo 3 da LO 3/86 do 14 de abril ás medidas que se consideren “necesarias en caso de risco de carácter transmisible” deben entenderse referidas a aqueles aos cales se dirixe o precepto que son “enfermos” e as “persoas que estiveron en contacto con estes”, respecto dos que caberían medidas de “control” e as que resulten necesarias se o risco é transmisible e que estaban en relación co artigo 8.6 Lei 29/98, como antes se apuntou, na redacción previa á Lei 3/2020. A quen non se dirixe é a un colectivo de cidadáns indeterminado e que non poida afirmarse que sexan enfermos ou persoas que estean ou estivesen en contacto con estes. Non pode perderse de vista que na interpretación de restricións de dereitos fundamentais se ha de ser estrito non voluntarista, sen descoñecer que nos atopamos ante unha grave crise sanitaria que puidese xustificar a adopción de medidas restritivas de dereitos fundamentais, en abstracto, pero deberían ser adoptadas conforme dereito, ben cunha lei que as contemple e posibilite, ben mediante os mecanismos constitucionalmente previstos para dar base

xurídica ás ditas restricións e coas garantías que estes prevén. En suma, a LO 3/1986 non debería aplicarse para limitar dereitos fundamentais máis alá do expresamente previsto no seu artigo 3, polo que para amparar limitacións de alcance máis xeral cómpre que se concreten as ditas medidas e os supostos para á súa aplicación, o que faría precisa unha reforma da citada lei orgánica».

Da mesma data é o Auto do TSX de Castela e León 273/2020, que rexeitou a aplicación da LO 3/1986, aínda que, neste caso, para autorizar un confinamento domiciliario nocturno en toda a comunidade autónoma “entre as 22.00 horas de cada día e as 06.00 horas do día seguinte durante 14 días naturais”.

Segundo este TSX, que anteriormente ratificara medidas preventivas sanitarias consistentes en confinamentos perimetrais dalgunhas poboacións da comunidade ou na limitación do dereito de reunión a seis persoas nos casos de reunións de carácter social ou familiar, salvo conviventes, entendeu que «a medida superaba o presuposto habilitante da Lei 3/1986, tanto pola extraordinaria situación de crise sanitaria mundial existente, persistindo no tempo, como pola intensidade da afectación do dereito fundamental á libre circulación das persoas, que queda en suspenso durante unha franxa horaria para toda a poboación de Castela e León, de forma indiferenciada, sen distinción, a diferenza do realizado nas medidas anteriores, entre municipios máis ou menos afectados pola enfermidade transmisible, o que exige unha lei que a posibilite coas garantías e exixencias da doutrina constitucional sobre esta materia (FX 4).

Pouco antes de pechar estas páxinas, un novo Auto do TSX de Castela e León, o 297/2020, do 6 de novembro, recordou, primeiro, «que non é pacífica a interpretación sobre o alcance do artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, entre os diversos tribunais superiores de xustiza e, segundo, que, aínda que ese mesmo TSX avalara anteriormente “medidas que non comportaban unha afectación intensa dun dereito fundamental, se circunscribían xeograficamente a unha parte da poboación especialmente afectada pola enfermidade transmisible cunha duración temporal tamén moi limitada”, non obstante entende agora que “a medida adoptada no Acordo 78/2020¹⁷ supera o presuposto habilitante da Lei 3/1986, tanto pola extraordinaria situación de crise sanitaria mundial existente, persistindo no tempo, como pola intensidade da afectación dos dereitos fundamentais concernidos, producíndose *de facto* un confinamento domiciliario dun sector da poboación en todo o ámbito da Comunidade de Castela e León, de forma indiferenciada, sen distinción de centros residenciais afectados ou non pola enfermidade de que se trata, a diferenza do realizado nas medidas anteriores, entre municipios máis ou menos afectados pola enfermidade transmisible, o que exige unha lei que a posibilite coas garantías e exixencias da doutrina constitucional sobre esta materia...

Non parece xustificadeo que para a limitación da liberdade de circulación en horario nocturno sexa precisa a declaración do estado de alarma, ao abeiro do disposto no artigo cuarto, apartado b), da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, co fin de conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, pero non sexa necesaria para limitar a liberdade de circulación todo o día, aínda que só

afecte a un determinado sector da poboación de toda unha comunidade autónoma. As persoas maiores, que viven en centros residenciais, son cidadás como os demais cos mesmos dereitos e cuxa especial vulnerabilidade fronte á enfermidade transmisible de que se trata merece a adopción de cantas medidas de toda índole sexan precisas para facer efectiva a súa protección, non necesariamente mediante unha restrición maior que o resto dos cidadáns dos seus dereitos fundamentais” (FX 4).

Non se considera, en definitiva, que a medida obxecto de ratificación poida ser adoptada por unha comunidade autónoma no exercicio de competencias propias e ao abeiro exclusivamente de lexislación en materia sanitaria».

Vemos, pois, que hai notables discrepancias sobre o alcance que pode ter, como dereito legal sanitario de excepción, o citado artigo 3 da LO 3/1986, e no noso caso decantámonos pola interpretación que del fixeron algúns dos TSX mencionados, que o invalidaría para a aplicación ás restricións indiscriminadas de dereitos fundamentais¹⁸.

A conclusión anterior non resulta desvirtuada, ao noso xuízo, se atendemos á Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte ao COVID-19 no ámbito da Administración de xustiza, que supuxo, entre outras cousas, a atribución ás salas do contencioso-administrativo dos TSX da competencia para “a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria polas autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal que consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente” e á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional da mesma competencia cando se trate de medidas aprobadas polas autoridades sanitarias estatais.

Pois ben, e como explicou o profesor Francisco Velasco¹⁹, non está claro, en primeiro lugar, cales son os dereitos fundamentais cuxo posible sacrificio debe ser vixiado polos tribunais; en segundo lugar, está pendente de definir en que consiste a “autorización ou ratificación” xudicial das medidas sanitarias.

Ademais, parece así mesmo discutible que sexa oportuna esa intervención xudicial con carácter previo á vixencia das medidas: como argumenta o profesor Alegre Ávila, «a confusión entre as funcións normativa e xurisdicional (...) levou a equiparar a indispensable autorización [previa] xudicial para entrar en domicilio ou levar a cabo o internamento forzoso en establecemento sanitario, por razóns de saúde pública, de persoas debidamente identificadas, con esa ratificación [*a posteriori*] de medidas xerais, que, por hipótese, dado que teñen por destinatarias unha pluralidade indeterminada de persoas, non poden concretar, *a priori*, subxectivamente o círculo ou ámbito de persoas afectadas»²⁰.

4 O ÚNICO PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE A GARANTÍA DE DEREITOS DURANTE A CRISE DO COVID-19: A PROHIBICIÓN DUNHA MANIFESTACIÓN PREVISTA PARA O 1 DE MAIO EN VIGO

O 30 de abril de 2020 fíxose público o Auto do Tribunal Constitucional (ATC) 40/2020, que é o único pronunciamento do TC, ata a data, sobre a garantía de dereitos fundamentais durante a crise do COVID-19²¹. Neste ATC rexeitouse a admisión *a trámite* do recurso de amparo promovido pola Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) contra a Sentenza 136/2020 da Sección Primeira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, ditada no procedemento Dereito de reunión 152-2020, e contra a resolución do 21 de abril de 2020 da Subdelegación do Goberno de Pontevedra en relación coa comunicación da celebración dunha manifestación o 1 de maio de 2020 en Vigo²².

O primeiro que chama a atención é que se trata dun auto de inadmisión que se parece moito na súa extensión (os fundamentos xurídicos ocupan 15 páxinas) e, sobre todo, nos seus argumentos ao que podería ser unha sentenza desestimatoria dun recurso de amparo previamente admitido a trámite.

Tamén chama a atención que se dediquen 4 das 15 páxinas dos fundamentos a analizar se concorre a exigencia prevista no artigo 50.1.b da Lei orgánica do Tribunal Constitucional (LOTIC):

«E chama a atención porque, efectivamente, o TC conclúe que si concorre, en concreto, “o suposto g) de especial transcendencia constitucional do FX 2 da STC 155/2009, porque o suposto formulado no recurso de amparo transcende do caso concreto xa que trata unha cuestión xurídica de relevante e xeral repercusión social ou económica. Non podemos esquecer que, como recoñece a recorrente, a manifestación se pretende desenvolver no marco dunha situación de pandemia global moi grave, que produciu un gran número de afectados e de falecidos no noso país, e que puxo a proba as institucións democráticas e a propia sociedade e os cidadáns, xa que se converteron, en conxunto, en elementos esenciais para loitar contra esta situación de crise sanitaria e económica que afecta a todo o país, situado por mor desta ante unha situación que, a pesar de non ser a primeira vez que se produce (xa sufrimos, entre outras, a pandemia de 1918), si é a primeira vez que a nosa actual democracia se viu na necesidade de enfrontarse ante un desafío desta magnitude e de pór en marcha os mecanismos precisos para facerlle fronte.

Ante esta situación é importante o pronunciamento deste Tribunal pola repercusión que a celebración desta ou doutras manifestacións con ocasión da sinalada data do 1 de maio que se poidan pretender celebrar poidan ter sobre o conxunto da sociedade, especialmente sobre a saúde dos cidadáns, levando a cabo unha análise dos contidos do real decreto de declaración do estado de alarma e do seu alcance desde a perspectiva constitucional, especialmente en canto ao exercicio dos dereitos fundamentais, xa que pode establecer pautas importantes na interpretación e aplicación das distintas

previsións daquela norma, en canto intérprete supremo da normal fundamental, que resulten proveitosas para o conxunto da sociedade. O que tamén se pode traducir na enunciación de criterios de actuación que sexan importantes no desenvolvemento do proceso de desescalada que está a iniciar o Goberno. É innegable, en suma, a notoria repercusión que este asunto ten no conxunto da sociedade española” (FX 2).

Bastaría, en principio, este parágrafo para seguir adiante co recurso e entender que concorre esa especial relevancia constitucional pero a Sala Primeira fai previamente unha extensa serie de consideracións que parecen alleas ao que está a tratar nesa parte do auto, pois entra a lembrar a súa xurisprudencia non sobre a especial transcendencia constitucional, senón “en relación co exercicio dos dereitos de reunión e manifestación, a través da cal este Tribunal estableceu criterios moi claros en canto aos presupostos para o exercicio de tales dereitos, os límites e restricións que se lles poden impor a estes, especialmente cando chocan con outros dereitos ou coa protección doutros valores constitucionais, así como as garantías que deben presidir tanto o seu exercicio como a posibilidade de introducir modificacións ou limitacións a este e, especialmente, cando se trata de impedilo”.

O TC resume a continuación o dito na STC 66/1995, do 8 de maio, e nas SSTC 301/2006, do 23 de outubro, 170/2008, do 15 de decembro, e 96/2010, do 15 de novembro, e todo este arsenal xurisprudencial vén a conto “pois do que se trata é de identificar *ad casum* a noción de orde pública con perigo para as persoas, como elemento que serviu para prohibir a celebración da manifestación comunicada».

Como anticipei, esta exposición é máis ben propia dunha sentenza en que se está a analizar se se vulnerou un dereito fundamental reclamado nun recurso de amparo admitido a trámite, cousa que –xa se dixo– aquí non sucedeu. En todo caso, encaixaría mellor no seguinte apartado do auto onde se analiza a eventual adopción de medidas cautelares e a necesidade dunha “resposta inmediata do Tribunal”, que acode ao dereito comparado pero, en parte, para apartarse del: cita a resolución do Tribunal Constitucional Federal Alemán ditada o 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) antes de concluír que non cabe adoptar unha similar (que a autoridade administrativa adopte unha nova resolución que compatibilice o dereito de reunión e a protección da saúde) “porque a manifestación do 1 de maio, conmemorativa dunha determinada efeméride, non pode ser celebrada noutra data, de xeito que non existe marxe temporal que permita devolver o asunto á autoridade competente para que adopte unha decisión diversa”.

Si acolle o noso TC a doutrina do alemán noutra resolución do 7 de abril para xustificar a inviabilidade de adoptar medidas cautelares neste caso, aproveitando para apuntalar con ela a súa decisión de inadmisibilidade.

Na última parte do auto, o TC analiza, na liña xa dita dunha sentenza desestimatoria, “a eventual lesión do dereito fundamental invocado (dereito de manifestación do art. 21 CE)”. E comeza recordando que, “para que os poderes públicos poidan incidir no dereito de reunión constitucionalmente garantido, xa sexa restrinxíndoo, modificando as circunstancias do seu exercicio, ou prohibíndoo mesmo, é preciso (...) que existan razóns

fundadas, o que implica unha exigencia de motivación da resolución correspondente”. O TC admite que a resolución da Subdelegación do Goberno “*é abertamente ambigua e nin sequera deixa totalmente clara a prohibición, [pero] non pode negarse que existe motivación suficiente na Sentenza da Sección 1.ª da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de abril de 2020. Calquera defecto de motivación da resolución administrativa, polo tanto, tería quedado emendado pola extensa motivación do órgano xudicial*”.

A continuación, o TC declara que “a discusión sobre se o decreto de declaración do estado de alarma supón ou non *de facto*, e por derivación da limitación da liberdade deambulatoria do artigo 19 CE, unha limitación excesiva ou mesmo unha suspensión do dereito de manifestación non pode ser abordada, nin sequera a efectos dialécticos neste momento procesual, nin sequera neste recurso de amparo”.

En suma, o TC deixa de lado o Decreto 463/2020, en particular o seu artigo 7, e pasa a estudar se a prohibición da manifestación encaixa no artigo 21 CE. E faino remitíndose, textualmente, a “unha constante xurisprudencia constitucional, á que xa fixemos referencia extensa no FX 2” sobre o carácter limitado dos dereitos fundamentais en xeral e da liberdade de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir coa interpretación do artigo 21, especialmente coa parte que alude á prohibición de reunións “cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”, o TC acode aos artigos 15 (dereito á vida e á integridade física) e 43 CE (dereito á saúde) e dinos que:

«No estado actual da investigación científica, cuxos avances son cambiantes coa evolución dos días, mesmo das horas, non é posible ter ningunha certeza sobre as formas de contaxio, nin sobre o impacto real da propagación do virus, así como tampouco existen certezas científicas sobre as consecuencias a medio e longo prazo para a saúde das persoas que se viron afectadas en maior ou menor medida por este virus. Ante esta incerteza tan acentuada e difícil de calibrar desde parámetros xurídicos que adoitan basearse na seguridade xurídica que recolle o artigo 9.3 da Constitución, as medidas de distanciamento social, confinamento domiciliario e limitación extrema dos contactos e actividades grupais son as únicas que se demostraron eficaces para limitar os efectos dunha pandemia de dimensións descoñecidas ata a data. Descoñecidas e, desde logo, imprevisibles cando o lexislador articulou a declaración dos estados excepcionais no ano 1981. En todo caso, parece obvio que a prohibición de celebrar a manifestación, que deriva claramente da resolución xudicial impugnada, garda unha relación lóxica e de necesidade evidente coa finalidade perseguida por esa mesma interdicción: evitar a propagación dunha enfermidade grave, cuxo contaxio masivo pode levar ao colapso dos servizos públicos de asistencia sanitaria. A adecuación entre a finalidade pretendida pola limitación e a ferramenta xurídica empregada neste caso non parece polo tanto inexistente».

O TC, no seu xuízo de proporcionalidade da medida prohibitiva sobre o que enseguida volveremos, engade que os organizadores non prevén medidas de control da

transmisión do virus específicas, nin destinadas a compensar a previsible concentración de automóviles que podería producirse se existise unha masiva resposta á convocatoria, “que o itinerario elixido polos convocantes supón ocupar durante varias horas [en teoría hora e media] a vía principal de circulación automobilística en Vigo, dividindo a cidade en dúas e, eventualmente, limitando o acceso aos hospitais que se atopan na zona alta da cidade das persoas que viven na zona máis próxima á costa” e, máis abaixo, que “o impacto da infección do COVID-19 na cidade de Vigo tampouco é un dato desprezable á hora de formular o xuízo de proporcionalidade que consideramos...”.

En relación con estas argumentacións cabe, se non obxectar, si, cando menos, precisar o seguinte: os promotores ofrecen unha modalidade de manifestación que pode ser discutible pero, segundo a Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión, “se a autoridade gubernativa considerase que existen razóns fundadas de que poidan producirse alteracións da orde pública, con perigo para persoas ou bens, poderá prohibir a reunión ou manifestación ou, se é o caso, propor a modificación da data, lugar, duración ou itinerario da reunión ou manifestación” (art. 10), é dicir, se a Subdelegación do Goberno en Pontevedra considera que as propostas dos organizadores son insuficientes, pode propor medidas que as complementen: por exemplo, que a manifestación dure media hora e non hora e media ou que o percorrido sexa distinto e non limite o acceso aos hospitais; non obstante, a autoridade administrativa non fai ningún esforzo por tratar de facer efectivo un dereito tan relevante como o de reunión nunha data tan importante como a do 1 de maio. E iso que a entidade convocante se mostrara aberta a adoptar máis medidas²³.

Ao respecto, hai que recordar que a prohibición constitúe, como é lóxico se partimos do principio de efectividade dos dereitos fundamentais, o “último recurso”, debendo antes contemplarse, como prevé a Lei orgánica 9/1983, a opción de proporlles aos promotores modificacións que poidan facer compatible o dereito de reunión con outros dereitos, na liña, por exemplo, do resolto pola citada sentenza do TSX de Aragón.

Pero é que o propio TC no seu auto de inadmisión non fai un auténtico xuízo de proporcionalidade sobre a medida adoptada pola Subdelegación do Goberno e avalada polo TSX de Galicia tal como o propio TC o configurou:

«... en primeiro lugar, que sexa idónea para alcanzar o fin constitucionalmente lexítimo perseguido por ela...; en segundo lugar, que sexa necesaria ou imprescindible para iso, isto é, que non existan outras medidas menos gravosas que, sen impor sacrificio ningún de dereitos fundamentais ou cun sacrificio menor, sexan igualmente aptas para o dito fin (xuízo de necesidade); e, por último, que deriven da súa aplicación máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou intereses en conflito ou, dito doutro xeito, que o sacrificio imposto ao dereito fundamental non resulte desmedido en relación coa gravidade dos feitos e as sospeitas existentes (xuízo de proporcionalidade en sentido estrito)» (por exemplo, STC 70/2002, do 3 de abril, FX 10).

No caso que nos ocupa, o TC parece obviar as dúas primeiras exixencias deste principio e vai directamente á terceira: sen dúbida a protección da vida, da saúde e do

funcionamento do sistema sanitario son máis relevantes para o interese xeral que a prohibición dunha manifestación concreta, pero é a prohibición dunha manifestación que se celebrará a bordo de vehículos, no contexto de concentracións de persoas en centros de traballo e en supermercados a media axeitada para esa finalidade? E, sobre todo, é a prohibición a medida mínima imprescindible no sentido de que non haxa outra que cun sacrificio menor sexa apta para o mesmo fin?

Cabe valorar de forma positiva que no Decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, se di de xeito expreso que “as reunións en lugares de tránsito público e as manifestacións realizadas en exercicio do dereito fundamental regulado no artigo 21 da Constitución poderán limitarse, condicionarse ou prohibirse cando na comunicación previa presentada polos promotores non quede garantida a distancia persoal necesaria para impedir os contaxios” (art. 7.3).

5 CONCLUSIÓNS

No dereito español temos dúas leis orgánicas para, en teoría, garantir os dereitos fundamentais tanto nos casos de graves crises sanitarias de alcance xeral (estado de alarma) como nas situacións en que cómpre controlar algunha enfermidade transmisible: a primeira permite establecer limitacións de alcance xeral ao exercicio de dereitos fundamentais nos termos previstos no artigo 11 da LO 4/1981 e a segunda serve para limitar os dereitos fundamentais de persoas concretas –“enfermos [e] persoas que estean ou estivesen en contacto con estes”– coa garantía do control xudicial previsto na Lei da xurisdición contencioso-administrativa.

Non obstante, a aplicación práctica destas normas evidenciou, primeiro, que a LO 4/1981 aínda que é clara nas súas premisas pode ser insuficiente nas súas previsións actuais para facer fronte de xeito eficaz a unha pandemia como a que padecemos agora; pola súa banda, a LO 3/1986, que algúns consideraron suficiente para responder ás exigencias da COVID-19, dista moito de ser clara no que respecta ás eventuais medidas de limitación xeral de dereitos fundamentais e ás propias premisas que xustificarian a súa adopción.

En todo caso, e polo que á LO 4/1981 se refire, o decreto de estado de alarma que mellor parece axustarse ás disposicións legais é o acordado por medio do Real decreto 926/2020, vixente no momento de concluír estas liñas, pois restrinxe, efectivamente, a liberdade de ambulatoria nunhas horas determinadas: “durante o período comprendido entre as 23.00 e as 6.00 horas, as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades...”.

En segundo lugar, a aplicación “práctica” do estado de alarma evidenciou a súa pouca funcionalidade cando se decreta para un ámbito territorial pequeno, mesmo para grandes cidades (Madrid) ou conurbacións, como aconteceu co Decreto 900/2020, que exixiu o acordo en Consello de Ministros e dar conta ao Congreso dos Deputados, ao que se

suma a pouco comprensible ausencia de delegación na presidencia da comunidade autónoma. Como xa se dixo, non é alleo a esta disfuncionalidade que a Lei orgánica 4/1981 se aprobase cando o Estado autonómico español se estaba comezando a desenvolver e moitas das cuestións susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidade, protección civil, medio ambiente, consumo...) son agora competencia, en boa parte, das comunidades autónomas.

En terceiro termo, a ausencia de previsións constitucionais e legais sobre a eventual duración das prórrogas do estado de alarma admitiría, en principio, unha prórroga de varios meses –a prórroga do estado de alarma instaurado polo Decreto 926/2020 é de seis meses segundo o acordo do Congreso dos Deputados do 29 de outubro–, o que dificulta o exercicio, con consecuencias inmediatas, do control por parte da oposición sobre o alcance dunhas disposicións que poden limitar de xeito intenso dereitos fundamentais.

En cuarto lugar, constatamos que hai notables discrepancias sobre o alcance que pode ter, como dereito legal sanitario de excepción, o artigo 3 da LO 3/1986 e, no noso caso, decantámonos pola interpretación que del fixeron algúns TSX, que o invalidaría para a aplicación ás restricións indiscriminadas de dereitos fundamentais. En suma, para amparar limitacións de alcance xeral é preciso que se concreten as ditas medidas e os supostos para a súa aplicación, o que faría precisa, cando menos, unha reforma da citada lei orgánica.

Finalmente, e polo que respecta ao único pronunciamento do TC ata a data relacionado co estado de alarma, no auto do 30 de abril avalou a prohibición dunha manifestación invocando un criterio de proporcionalidade que, en realidade, non é tal, pois o TC prescinde das dúas primeiras exixencias deste principio e vai directamente á terceira: sen dúbida a protección da vida, da saúde e do funcionamento do sistema sanitario son máis relevantes para o interese xeral que a prohibición dunha manifestación concreta, pero, atendidas as circunstancias do caso concreto, cabían medidas limitativas do dereito sen necesidade de acudir á súa prohibición.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A. 2011. «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28: 305-334.
- Alcaraz, H. 2020. «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0023>.
- Alegre Ávila, J.M. 2020. «Denegación judicial de ratificación de medidas sanitarias y declaración de estado de alarma», en AEPDA. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2962-Denegacion-judicial-de-ratificacion-de-madidas-sanitarias-y-declaracion-de-estado-de-alarma.aspx>.

- Alegre Ávila, J.M. e Sánchez Lamelas, A. 2020. «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», en AEPDA. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.
- Alegre Ávila, J.M. e Sánchez Lamelas, A. 2021. «La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y apuntes doctrinales», en *Akademia. Revista internacional y comparada de derechos humanos* (en prensa).
- Álvarez García, F.J. 2020. «Estado de alarma o de excepción», en *Estudios penales y criminológicos*, XL: 1-20.
- Álvarez García, V., Arias Aparicio, F. e Hernández Díez, E. 2020. *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*. Madrid: lustel.
- Álvarez Vélez, M.I. 2016. «Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34: 325-340.
- Amoedo Souto, C. 2020. «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas"*, 86/87: 66-77.
- Arnaldo, E. 2020. «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», en *Diario La Ley*, 9645 (19 de maio de 2020).
- Bilbao Ubillos, J.M. 2020. «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>.
- Carro Martínez, A. 2010. «Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional», en Ó. Alzaga, *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas"*, 86/87: 88-101.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», en *Diario La Ley*, 9608 (Sección Doutrina).
- Cruz Villalón, P. 1981. «El nuevo Derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2: 93-128.
- Cruz Villalón, P. 1984. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. 2020. «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0005>.

- De la Sierra Morón, S. 2020. «Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 32-41 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas).
- Delgado del Rincón, L.E. 2020. «Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0017>.
- Dueñas Castrillo, A.I. 2020. «Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por COVID-19», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0004>.
- Fernández Segado, F. 1981. «La Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de derecho político*, 11: 83-116.
- Garrido López, C. 2017. «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110: 43-73.
- Garrido López, C. 2020. «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 46: 371-402.
- Gómez-Bellvís, A.B. 2020. «La disuasión penal en el estado de alarma: Sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», en *InDret Criminología Revista para el Análisis del Derecho*, 4. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.08>.
- Ituren-Oliver, A. e Esteve-Segarra, A. 2020. «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», en *Trabajo y Derecho*, 12 (Monográfico 12/2020).
- Kölling, M. 2020. «Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19 en Alemania», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0020>.
- López Garrido, D. 1984. *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales.
- Mastromarino, A. 2020. «La respuesta a la emergencia COVID-19: el caso italiano», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0024>.
- Nogueira López, A. 2020. «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas*, 86/87: 22-31.

- Pérez Sola, N. 2012. «Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2. Madrid: Universitas.
- Presno Linera, M.A. 2020a. «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 54-65. (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas).
- Presno Linera, M.Á. 2020b. «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», en J.F. Rodríguez e E. Atienza, *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson.
- Requejo Rodríguez, P. 2004. «La suspensión de los derechos fundamentales», en F. Bastida, et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Requejo Rodríguez, P. 2009. «Art. 55. De la suspensión de los derechos y libertades», en M.E. Casas e M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Rodríguez-Piñero e Bravos-Ferrer, M. 2020. «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», en *Derecho de las relaciones laborales*, 6: 673-774.
- Santamaría Pastor, J.A. 2020. «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en D. Blanquer Criado, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Solozábal Echavarría, J.J. 2020. «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0002>.
- Torres Muro, I. 2009. «Art. 116. Los estados excepcionales», en M.E. Casas e M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Velasco Caballero, F. 2020a. «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 76-85.
- Velasco Caballero, F. 2020b. «Dereito local e COVID-19», en *REGAP: Revista galega de administración pública*, 1(59): 5-33. <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4405>.

NOTAS

- 1 Quero agradecer de forma expresa as suxestións e os comentarios das persoas que avaliaron este traballo, que serviron para mellorar a súa forma e o seu contido.
- 2 No blog *El derecho y el revés* (dispoñible en: <https://presnoliner.wordpress.com/>) publiqué diversos comentarios, desde o 8 de marzo de 2020, sobre a aplicación do dereito de excepción à crise sanitaria do COVID-19; véxanse, así mesmo, as entradas de Francisco Velasco Caballero no seu blog <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/> e las de Andrés Boix Palop en <http://www.lapaginadefinitiva.com/author/andres-boix/>. De grande interese é o seguimento realizado por Álvarez García, Arias Aparicio e Hernández Díez, 2020, e a información dispoñible en <https://forocsyj.com/coronavirus-the-law/>; con carácter xeral, é de grande utilidade toda a información recollida polo profesor Cotino Hueso no Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 (<https://www.uv.es/derechos/>); para unha panorámica bibliográfica moito máis completa, <https://derechocovid.com/publicaciones-post-covid/>. Para unha perspectiva comparada son de grande interese as publicacións dispoñibles en <https://www.comparativecovidlaw.it/> e <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>; centrados na Unión Europea <https://fra.europa.eu/en/themes/covid-19> e <http://www.sidiblog.org/2020/03/24/forum-covid-19-diritto-internazionale-e-diritto-dellunione-europea>; nos Estados Unidos <https://blogs.loc.gov/law/2020/03/coronavirus-resource-guide/?loclr=bloglaw>; sobre COVID-19 e prisións <https://>

- covid19prisons.wordpress.com/. Entre os traballos centrados nas análises das respostas comparadas en xeral, por unha parte, e alemá, francesa e italiana en particular, véxanse, respectivamente, os estudos de De la Sierra, Kölling, Alcaraz e Mastromarino, todos en 2020.
- 3 1. Unha lei orgánica regulará os estados de alarma, de excepción e de sitio, así como as competencias e limitacións correspondentes.
 2. O estado de alarma será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros por un prazo máximo de quince días, dando conta ao Congreso dos Deputados, reunido inmediatamente para iso e sen a autorización do cal non poderá ser prorrogado ese prazo. O decreto determinará o ámbito territorial a que se estenden os efectos da declaración.
 3. O estado de excepción será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros, logo de autorización do Congreso dos Deputados. A autorización e proclamación do estado de excepción deberá determinar expresamente os efectos deste, o ámbito territorial a que se estende e a súa duración, que non poderá exceder os trinta días, prorrogables por outro prazo igual, cos mesmos requisitos.
 4. O estado de sitio será declarado pola maioría absoluta do Congreso dos Deputados, por proposta exclusiva do Goberno. O Congreso determinará o seu ámbito territorial, duración e condicións.
 5. Non poderá procederse á disolución do Congreso mentres estean declarados algúns dos estados comprendidos neste artigo, quedando automaticamente convocadas as cámaras se non estivesen en período de sesións. O seu funcionamento, así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non poderán interromperse durante a vixencia destes estados. Disolto o Congreso ou expirado o seu mandato, se se produciuse algunha das situacións que dan lugar a calquera dos ditos estados, as competencias do Congreso serán asumidas pola súa Deputación Permanente.
 6. A declaración dos estados de alarma, de excepción e de sitio non modificarán o principio de responsabilidade do Goberno e dos seus axentes reconecidos na Constitución e nas leis.
 - 4 Cruz Villalón, 1981 e Cruz Villalón, 1984; tamén Fernández Segado, 1981; López Garrido, 1984; Carro Martínez 1998; Torres Muro, 2009; Aba Catoira, 2011; Pérez Sola, 2012; Garrido López, 2017; Requejo Rodríguez, 2001 e Requejo Rodríguez, 2009; Solozábal Echavarría, 2020; Garrido López, 2020.
 - 5 a) Limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en horas e lugares determinados, ou condicionais ao cumprimento de certos requisitos.
 - b) Practicar requisas temporais de todo tipo de bens e impor prestacións persoais obrigatorias.
 - c) Intervir e ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotacións ou locais de calquera natureza, con excepción de domicilios privados, dando conta diso aos ministerios interesados.
 - d) Limitar ou racionar o uso de servizos ou o consumo de artigos de primeira necesidade.
 - e) Impartir as ordes necesarias para asegurar o abastecemento dos mercados e o funcionamento dos servizos dos centros de produción afectados polo apartado d) do artigo cuarto.
 - 6 Delgado del Rincón, 2020.
 - 7 Así, por exemplo, o artigo 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, prevé:
 1. Sen prexuízo das medidas previstas na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, con carácter excepcional e cando así o requiran motivos de extraordinaria gravidade ou urxencia, a Administración xeral do Estado e as das comunidades autónomas e cidades de Ceuta e Melilla, no ámbito das súas respectivas competencias, poderán adoptar cantas medidas sexan necesarias para asegurar o cumprimento da lei.
 2. En particular, sen prexuízo do previsto na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, a autoridade competente poderá adoptar, mediante resolución motivada, as seguintes medidas:
 - a) A inmovilización e, se procede, o comiso de produtos e substancias.
 - b) A intervención de medios materiais ou persoais.
 - c) O peche preventivo das instalacións, establecementos, servizos e industrias.
 - d) A suspensión do exercicio de actividades.
 - e) A determinación de condicións previas en calquera fase da fabricación ou comercialización de produtos e substancias, así como do funcionamento das instalacións, establecementos, servizos e industrias a que se refire esta lei, coa finalidade de corrir as deficiencias detectadas.
 - f) Calquera outra medida axustada á legalidade vixente se existen indicios racionais de risco para a saúde, incluída a suspensión de actuacións de acordo co establecido no título II desta lei.
 3. As medidas adoptaranse logo de audiencia dos interesados, salvo en caso de risco inminente e extraordinario para a saúde da poboación, e a súa duración non excederá o tempo exixido pola situación de risco que as motivou. Os gastos derivados da adopción de medidas cautelares consideradas neste artigo correrán a cargo da persoa ou empresa responsable. As medidas que se adopten deberán, en todo caso, respectar o principio de proporcionalidade".

Sobre as competencias autonómicas na materia, Nogueira López, 2020; Velasco Caballero, 2020a; De la Quadra-Salcedo Janini, 2020; sobre o ámbito local, Velasco Caballero, 2020b.

 - 8 Nun sentido favorable á declaración do estado de excepción a partir dunha comprensión diferente da orde pública, Álvarez García, 2020; sobre as diferentes posturas doutrinarias, Garrido López, 2020.
 - 9 No mesmo sentido pronunciouse o Consello de Estado no seu Ditame 615/2020, do 25 de outubro, sobre o proxecto de real decreto polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2: "... As situacións de epidemia constitúen pola súa propia natureza unha alteración grave da normalidade e non afectan á orde pública democrática. Precisamente por iso, o lexislador incluíu as crises sanitarias en xeral e as epidemias en particular entre os supostos de feito que xustifican a declaración do estado de alarma. Certamente, non cabe descartar en hipótese que unha determinada epidemia, en unión con factores doutra natureza –sociais, económicos ou políticos–, puidese chegar a ocasionar graves alteracións da orde pública democrática, no sentido constitucionalmente exixido para a declaración do estado de excepción. Pero tal situación de ningún xeito concorre na epidemia actual provocada polo COVID-19".
 - 10 Santamaría Pastor, 2020; Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2020, e Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2021.
 - 11 Sobre estas cuestións, Requejo Rodríguez, 2004. Nun sentido contrario ao aquí defendido, o Consello de Estado, no citado Ditame 615/2020, concluíu que "non cabe dúbida (...) de que esas medidas restritivas ou limitativas poden alcanzar a intensidade que sexa necesaria para o fin que se propoñen, sempre e cando caiba concluír –nun xuízo de proporcionalidade– que son adecuadas e necesarias para loitar contra a epidemia. O grao da restrición ou limitación de dereitos estará en función da gravidade da epidemia e das medidas que resulten oportunas para pórle fin. Deste modo, é posible adoptar, dentro do estado de alarma, medidas restritivas ou limitativas que comporten un alto grao de afectación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas". Tampouco o Defensor do Pobo cre que existan motivos para cuestionar a constitucionalidade: "o confinamento xeneralizado, masivo, longo no tempo, constitúe, pola súa propia natureza, unha severa restrición do que poden facer as persoas na súa vida cotiá. E afecta, como non podía ser doutro xeito, ao exercicio dos dereitos fundamentais". Non obstante, advirte de que, a xuízo da institución "de

- ningún xeito significa –ou significou durante o estado de alarma– a suspensión de determinados dereitos fundamentais, como sosteñen moitos dos comparecetes, senón unha limitación do seu exercicio. Se se tivese aplicado o estado de excepción, como consideran algúns peticionarios, si se terían suspendido eses dereitos". O titular da institución reconece que durante o estado de alarma algúns dereitos se viron intensamente afectados, pero sinala que "unha interpretación conxunta da Constitución e da LOAES permite concluír que se limitan dereitos, pero non se suspenden". Así, recorda que esta distinción "non é banal". "A limitación modula o exercicio dos dereitos, a suspensión elimínalos".
(Dispoñible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/constitucionalidad-estado-alarma/>).
- 12 Véxanse os traballos de Nogueira López, 2020; Amoedo Souto, 2020; Cotino Hueso, 2020a e Cotino Hueso, 2020b; sobre os factores asociados ao incumprimento destas previsións, Gómez-Bellvís, 2020.
 - 13 a) Adquisición de medicamentos, produtos sanitarios e outros bens de primeira necesidade.
b) Asistencia a centros, servizos e establecementos sanitarios.
c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urxencia.
d) Cumprimento de obrigas laborais, profesionais, empresariais, institucionais ou legais.
e) Retorno ao lugar de residencia habitual tras realizar algunhas das actividades previstas neste apartado.
f) Asistencia e coidado a maiores, menores, dependentes, persoas con discapacidade ou persoas especialmente vulnerables.
g) Por causa de forza maior ou situación de necesidade.
h) Calquera outra actividade de análoga natureza, debidamente acreditada.
i) Botar combustible en gasoleiras ou estacións de servizo, cando resulte necesario para a realización das actividades previstas nos parágrafos anteriores.
 2. A autoridade competente delegada correspondente poderá determinar, no seu ámbito territorial, que a hora de comezo da limitación prevista neste artigo sexa entre as 22.00 e as 00.00 horas e a hora de finalización da dita limitación sexa entre as 5.00 e as 7.00 horas.
 - 14 "A medida prevista no artigo 6 non afecta ao réxime de fronteiras. Sen prexuízo do anterior, no caso de que esa medida afecte a un territorio con fronteira terrestre cun terceiro Estado, a autoridade competente delegada comunicarllelo con carácter previo ao Ministerio do Interior e ao Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea e Cooperación".
 - 15 Sobre estas cuestións, Dueñas Castrillo, 2020.
 - 16 Sobre esta STC, Garrido López, 2017 e Álvarez Vélez, 2016.
 - 17 Suspéndense as visitas nos centros residenciais de persoas maiores, salvo circunstancias individuais en que sexan de aplicación medidas adicionais de coidados e humanización ou situacións de final da vida, que adoptará a dirección do centro, sen prexuízo do uso de formas alternativas de contacto entre os residentes e os seus familiares, tales como videoconferencias, chamadas telefónicas ou similares. Así mesmo, non se permiten as saídas dos residentes fóra do recinto da residencia salvo para acudir ao médico e similares ou situacións de forza maior. E no seu apartado sexto dise:
«Sexto.- Efectos.
1. Este acordo producirá efectos desde o día 6 de novembro ás 00.00 horas e manterá a súa eficacia mentres subsista a situación de risco que motivou a declaración do nivel de alerta 4. Para os efectos de avaliar o risco sanitario e a proporcionalidade das medidas aplicadas, realizarase un seguimento continuo da situación epidemiolóxica por parte da Consellería de Sanidade, que enviará información cada 14 días á Junta de Castela e León sobre a necesidade de manter, ampliar ou reducir o nivel de alerta declarado.
2. As medidas preventivas excepcionais previstas no apartado segundo manterán a súa eficacia durante un período non superior a 14 días naturais, contados desde o día da publicación deste acordo e serán obxecto de seguimento e avaliación continua co fin de garantir a súa adecuación á evolución dos indicadores sanitarios, epidemiolóxicos, sociais, económicos e de mobilidade, podendo ser mantidas, modificadas ou levantadas».
 - 18 Amplemente, Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2021.
 - 19 <https://www.abogacia.es/revista/revistaabogacia/123b/publication/contents/media/1238273.pdf>.
 - 20 Alegre Ávila, 2020.
 - 21 Ao respecto, Arnaldo, 2020; Bilbao Ubbillos, 2020; Cotino, 2020; Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, 2020; Ituren-Oliver e Esteve-Segarra, 2020.
 - 22 Nos antecedentes inforámasenos de que "o motivo da convocatoria é celebrar o día 1 de maio, da clase traballadora... A manifestación comezará ás 11.00 na Praza de España, indicándose o percorrido, con finalización en Concepción Arenal, diante do edificio da Xunta ás 12.30 horas". A Subdelegación do Goberno en Pontevedra respondeu, entre outras cousas, "que, na actualidade, o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, non prevé, entre as actividades exceptuadas da limitación xeral para circular, os desprazamentos co fin exposto na súa comunicación".
 - 23 Así, no punto sexto da convocatoria díciase que, "entendendo a gravidade da situación que vivimos, a CUT opta pola manifestación rodada cun manifestante en cada auto e debidamente protexidos e identificados polo sindicato, e atendendo a calquera outra indicación que se nos faga dende esta subdelegación ou as autoridades sanitarias".

