



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 331-358
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4643>
© Miguel Ángel Presno Linera
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 11/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia 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 Derecho Constitucional
Universidad 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: las leyes orgánicas 4/1981 y 3/1986 como instrumentos jurídicos básicos frente a las crisis sanitarias. 2 Primer escenario práctico: la declaración del estado de alarma para hacer frente al COVID-19. 3 Segundo escenario práctico: la aplicación de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, en relación con la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. 4 El único pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la garantía de derechos durante la crisis del COVID-19: la prohibición de una manifestación prevista para el 1 de mayo en Vigo. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 ESCENARIO TEÓRICO: LAS LEYES ORGÁNICAS 4/1981 Y 3/1986 COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS BÁSICOS FRENTE A LAS CRISIS SANITARIAS

Pocos meses después del intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 se publicó la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución española (CE), no especialmente concreto en lo que respecta al estado de alarma³.

Esa norma había empezado su andadura parlamentaria en septiembre de 1979 bajo una forma bien diferente: como Proyecto de Ley orgánica de seguridad ciudadana, que, según su “Memoria”/Preámbulo, suponía “un importante cambio en relación con la Ley de orden público de 1959 y criterios inspiradores de la misma, al conjugar la nueva normativa la defensa de las instituciones con el fortalecimiento de los sistemas de garantía de las libertades públicas”. Dentro de este proyecto, el capítulo III era el dedicado a la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, dando cumplimiento, según la memoria:

«a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución... Insiste el precepto citado en la exigencia de concretar los efectos de las respectivas declaraciones, lo que constituye una clara referencia, por lo que respecta a los estados de excepción y sitio, al artículo 55 de la propia Constitución, cuyo párrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa y con carácter excluyente, los derechos fundamentales y las libertades públicas que podrán ser suspendidos cuando se produzca la declaración de dichos estados.

Sin embargo, aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes –como la Ley federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947–, haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de

defensa extraordinaria de las instituciones públicas y, a pesar de que, como elemento equilibrante o compensador haya sido muy precisa y minuciosa en la determinación de las competencias y procedimientos para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres...».

Nos referiremos al contenido de este proyecto legislativo únicamente en lo relativo al estado de alarma, pues sirve para constatar el notable cambio que experimentó a lo largo de su tramitación parlamentaria y que tiene mucho que ver con el alcance de la declaración de ese estado en situaciones de crisis sanitarias como la generada por el COVID-19.

La memoria del proyecto decía lo siguiente en relación a la terminología y al pretendido alcance del estado de alarma:

«La denominación del estado de alarma, aunque coincidente con una de las usadas en la Ley de orden público de 28 de julio de 1933, responde ahora a una realidad distinta: el estado de alarma de la ley republicana es homólogo propiamente del estado de excepción, según la concepción de la Ley de 1959, y según el proyecto que ahora se presenta. *El proyecto, en su concepción del estado de alarma sigue muy de cerca al proyecto de Ley de modificación de la Ley de orden público, tramitado durante el pasado año, recogiendo, en la enumeración de los supuestos determinantes de su declaración, además de las alteraciones del orden público: las catástrofes, calamidades o desgracias públicas; epidemias o situaciones de contaminación grave; paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.*

Se trata fundamentalmente de eventos en los que pelagra la seguridad o la salud de las personas, o se encuentra en riesgo grave el mantenimiento de las condiciones físicas necesarias para el desenvolvimiento de la vida de la colectividad.

Por ello, el conjunto de medidas para cuya adopción se faculta a las autoridades gubernativas, aparte de la lógica concentración de atribuciones administrativas, tiende, de una parte, con carácter positivo, a la movilización de personas y recursos materiales, *para asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados*, y, de otra parte, con carácter negativo, a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad (todas las cursivas son nuestras).

Ya en el articulado del proyecto se incluían los supuestos que podrían dar lugar a la declaración del estado de alarma:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el apartado 2 del artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando concurren situaciones como las siguientes:

a) Alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa.

b) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

c) Crisis sanitarias, tales como estados epidémicos y situaciones de contaminación grave.

d) Paralización de servicios públicos esenciales.

e) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Pues bien, en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso sobre la “Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, publicado en el boletín de la Cámara el 14 de abril de 1981, desapareció la letra a) del proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante “alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana”. Se desvinculó el estado de alarma de la cuestión del orden público y así se propuso en el dictamen de la Comisión de la misma fecha, aunque se mantuvo el carácter ejemplificativo de los supuestos: “... cuando concurren situaciones como las siguientes...”.

Fue en el Pleno del Congreso de 23 de abril de 1981 cuando las causas ejemplificativas pasaron a ser taxativas y el texto adquirió la redacción que hoy sigue vigente:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

No cabe, por tanto, la declaración del estado de alarma en el contexto de un problema de orden público y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón, el legislador efectuó una “despolitización” del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)⁴.

Casi cinco años después se aprobó la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que, como la anterior, tuvo también un origen curioso: el Proyecto de Ley de sanidad incluía, dentro del título I (Del sistema de salud), un capítulo V con la rúbrica “De la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva” (arts. 21 a 32). Pues bien, la futura LO 3/1986 se creó a partir de los artículos 21, 22 y 29 del Proyecto de Ley general de sanidad por acuerdo de la Junta de Portavoces, ratificado por el Pleno de 12 de noviembre de 1985, del que salió el Proyecto de Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en la citada sesión de 12 de noviembre de 1985, sin exposición de motivos y con 3 artículos:

«Artículo 1: A los efectos de proteger la salud pública y prevenir los peligros para la misma, las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en el presente capítulo cuando ello sea necesario por razones sanitarias de sanidad o urgencia, y siempre de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Artículo 2: Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o vigilancia cuando se aprecie o sospeche razonablemente que la salud de la población puede quedar afectada por la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo 3: A efectos de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Esta redacción experimentó pocos cambios a lo largo de su tramitación parlamentaria: en el Senado se introdujeron tres enmiendas técnicas a los tres artículos del proyecto remitido por el Congreso y se añadió un artículo 4 para hacer frente a los riesgos para el abastecimiento de medicamentos o productos sanitarios, lo que fue aceptado por el Congreso de los Diputados».

Tenemos, pues, dos leyes orgánicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas –la vida, la integridad física pero también la libertad de circulación, el derecho de reunión...– tanto en los casos de graves crisis sanitarias de alcance general (estado de alarma) como en las situaciones en las que es preciso controlar alguna enfermedad transmisible: la primera permitiría establecer limitaciones de alcance general al ejercicio de derechos fundamentales en los términos previstos en el artículo 11 de la LO 4/1981⁵ y la segunda serviría para limitar los derechos fundamentales de concretas personas –“enfermos [y] personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”– con la garantía del control judicial previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que nos referiremos más adelante⁶.

Además, y para hacer frente a las contingencias que se presenten en las situaciones “ordinarias”, existen diversas leyes estatales y autonómicas en el ámbito de la salud y las emergencias⁷.

2 PRIMER ESCENARIO PRÁCTICO: LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA HACER FRENTE AL COVID-19

El primer párrafo del preámbulo del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dice:

«La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos».

En el segundo punto del preámbulo del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, se expone:

«... en el momento actual en España, al igual que en la mayoría de países europeos, se registra una tendencia ascendente en el número de casos. Este incremento se ha traducido en un aumento importante de la incidencia acumulada en catorce días, hasta situarse, con fecha 22 de octubre, en 349 casos por 100.000 habitantes, muy por encima de los 60 casos por 100.000 habitantes que marca el umbral de alto riesgo de acuerdo a los criterios del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades... En este contexto, con niveles muy preocupantes de los principales indicadores epidemiológicos y asistenciales, se deben considerar diferentes medidas de control de la transmisión que permitan reducir las incidencias actuales, revertir la tendencia ascendente y evitar alcanzar el nivel de sobrecarga que experimentó el sistema sanitario durante la primera ola de la pandemia...».

Entre uno y otro se aprobó el Real decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que se aplicó a 9 municipios de la Comunidad de Madrid y que se justificó con, entre otros, los siguientes argumentos:

«... Teniendo en cuenta que (...) la autoridad judicial no ha ratificado la medida referida a la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados, única medida contemplada en la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, susceptible de ratificación o autorización judicial por limitar o restringir derechos fundamentales, resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar con la aplicación de esta medida, ante la grave situación epidemiológica existente en los municipios afectados y con el fin de evitar el riesgo que se ocasionaría en caso de no ser posible continuar con su aplicación...».

No nos cabe duda de que se han dado los presupuestos de hecho previstos en el genérico “Derecho de excepción” –Ley orgánica 4/1981– para declarar el estado de alarma en los tres supuestos en los que, hasta ahora, se ha aprobado en el año 2020; tampoco que no se daba el 14 de marzo y no se ha dado con posterioridad el presupuesto que podría justificar la declaración del estado de excepción: ni entonces ni ahora, ni tampoco en el intervalo de junio a noviembre, “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los

servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público” estuvieron ni están “tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (art. 13)⁸.

Parece, pues, que la declaración de los sucesivos estados de alarma puede considerarse acertada en el sentido de la correlación entre la medida adoptada y el presupuesto práctico que exigía su aprobación⁹.

Otra cosa es, también en el plano práctico, lo que cabe decir de alguna de las medidas adoptadas en el Real decreto 463/2020, cuyo artículo 7, titulado “Limitación de la libertad de circulación de las personas”, dispuso en su punto 1 que:

«Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza...».

Y es que la LO 4/1981 distingue entre “limitaciones”, propias del estado de alarma, y “prohibiciones”, características del estado de excepción: habla respecto al primero (art. 11) de, entre otras medidas, “a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados... c) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad”; respecto del segundo permite, entre otras opciones, “prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine” (art. 20.1); “prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones...” (art. 22.1) y “prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo...” (art. 23). Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha dicho que “... los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan (...) en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8).

Pues bien, si atendemos a las concretas medidas impuestas en la práctica con la entrada en vigor del Decreto 463/2020, no parece haber diferencia entre su intensidad y las prohibiciones propias de un estado de excepción, tal y como ha articulado la cuestión el legislador orgánico. Estamos, pues, ante una teórica limitación formal de la libertad de circulación que, de hecho, implica una prohibición general de la citada libertad, y es que, en palabras de Santamaría Pastor, “limitar es *restringir* parcial y excepcionalmente, no *prohibir todo*, salvo excepciones”¹⁰.

Por ello, esas previsiones parecen chocar con la configuración que, como hemos dicho, se dio a la LO 4/1981, en la que el legislador se decantó, pudiendo hacer otra cosa, por una serie de medidas que en el caso del estado de alarma serían menos gravosas

que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre estas (que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico¹¹.

Para resolver estos interrogantes, no contamos hasta la fecha con jurisprudencia constitucional relevante, pues los casos en los que se interpretó el alcance del artículo 19 CE versaron, fundamentalmente, sobre los derechos de las personas extranjeras para entrar y residir en España. Cabe, no obstante, recordar que, conforme a la STC 94/1993, de 22 de marzo, “las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, FJ 3)” (F. 4); que (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 5) “el artículo 19 CE reconoce a «los españoles» cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional”, y que (STC 146/2006, de 8 de mayo, FJ 2) “constituye doctrina de este Tribunal que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante”, algo que se reitera en la STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 6.

Como es obvio, no entramos aquí a valorar si las medidas limitativas de la libertad de circulación eran las mejores para contener la epidemia, al margen de que en otros países no alcanzaron entonces la misma intensidad. Pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, “deben fundarse en una ley” y nos parece discutible, cuando menos, que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la LO 4/1981, máxime teniendo en cuenta la obligación iusfundamental de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STC 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4) y, lo que no debe olvidarse, las posibles consecuencias sancionadoras que el incumplimiento de las citadas prohibiciones ha venido ocasionando¹².

A este respecto, encaja mucho mejor en la teoría de la LO 4/1981 la práctica de las medidas limitativas de la libertad de circulación “en horario nocturno” previstas en el Real decreto 926/2020, pues se trata, efectivamente, de restringir la libertad deambulatoria en unas horas determinadas: “durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades...”¹³.

En suma, el derecho de excepción previsto para su aplicación durante la vigencia del estado de alarma tal y como se ha articulado en la Ley orgánica 4/1981 no ofrece, a nuestro juicio, cobertura suficiente para la adopción de medidas especialmente limitativas del derecho fundamental a la libertad de circulación como las adoptadas con ocasión del Decreto 463/2020.

En segundo lugar, la aplicación “práctica” del estado de alarma ha evidenciado su poca funcionalidad cuando se decreta para un ámbito territorial pequeño, incluso a grandes ciudades (Madrid) o conurbaciones, como ha ocurrido con el Decreto 900/2020, que vinculó a los municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

Este estado de alarma, como cualquier otro, exigió el decreto acordado en Consejo de Ministros y dar cuenta al Congreso de los Diputados, a quien no llegó a pedírsele la prórroga. Es verdad que la LO 4/1981 permite (art. 7) que la autoridad competente pueda ser, por delegación del Gobierno, “el presidente de la comunidad autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad”, pero no necesariamente es así –en el caso que nos ocupa la autoridad competente fue el Gobierno– y, en cualquier caso, esa eventual delegación no elude el acuerdo inicial del Gobierno ni la intervención del Congreso de los Diputados. Además, durante la vigencia del estado de alarma, corresponde al Gobierno suministrar al Congreso la información que le sea requerida y, asimismo, le dará cuenta de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este (art. 8). Finalmente, y admitiendo que será conveniente escuchar al presidente de la comunidad autónoma afectada en los debates parlamentarios sobre la prórroga del estado de alarma y las medidas por las que debe regirse, la decisión última corresponde a la Cámara Baja y el Gobierno conserva buena parte del protagonismo.

No es ajeno a esta posible disfuncionalidad que la Ley orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse –aún no se habían aprobado la mayoría de los estatutos de autonomía– y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo...) son ahora competencia, en buena parte, de las comunidades autónomas.

En esta línea, el Decreto 926/2020 sí ha atendido, en la medida de lo posible, al modelo territorial español a la hora de articular el haz de medidas aprobadas para contener la pandemia: por una parte, “en cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto” (art. 2.2); en segundo lugar (art. 2.3), estas autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, preceptos que contienen el grueso de las medidas a adoptar. Incluso, “la autoridad competente delegada en cada comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía podrá, en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13, modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los artículos 6, 7 y 8, con el alcance y ámbito territorial que determine. La regresión de las medidas

hasta las previstas en los mencionados artículos se hará, en su caso, siguiendo el mismo procedimiento” (art. 10).

Es discutible, no obstante, que en nuestro marco constitucional quepa atribuir a las comunidades autónomas la capacidad para acordar, incluso como autoridad delegada, la restricción de entradas en el respectivo territorio (arts. 6 y 9), máxime si eso implica, como prevé el segundo párrafo del artículo 9.1, una afectación al régimen de fronteras¹⁴.

Otro aspecto potencialmente problemático en la práctica del derecho de excepción propio del estado de alarma es el relativo al control parlamentario: como es sabido, se trata de una competencia exclusiva del Congreso de los Diputados conforme al artículo 116.2 CE: “el estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo”. Es decir, el Congreso no declara el estado de alarma, pero debe ser informado de inmediato y es esa Cámara la única que puede prorrogarlo. A este respecto, la Ley orgánica 4/1981 prevé (art. 1.4) que “la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”; que (art. 6.1) el estado de alarma “solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”; que (art. 8) “el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este”.

Por su parte, el Reglamento del Congreso dispone (art. 162) que:

«1. Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente. 2. Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116.2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquel. 3. Los grupos parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada. 4. El debate tendrá lugar en el pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad. 5. Finalizado el debate, se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno».

Así pues, se atribuye a los grupos parlamentarios la facultad de formular propuestas sobre la extensión del estado de alarma y las normas vigentes durante este, que, en todo caso, se someterán a votación, cuyo resultado vinculará al Gobierno.

La Constitución veta una hipotética disolución del Congreso y garantiza su funcionamiento al prescribir (art. 116.5) que “no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las *cámaras si no estuvieren en período* de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”. Además, insiste en que “la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes” (art. 116.6).

En suma, y en el contexto de un sistema parlamentario que está diseñado para mantener apuntalado al Gobierno de turno, cabe ejercer –y debe ejercerse– el control político del Gobierno durante la vigencia del estado de alarma. Durante el mismo se celebrarán las sesiones del pleno para, en su caso, la convalidación de los decretos-leyes aprobados, así como para debatir la prórroga y sus eventuales condiciones. También tendrán lugar las sesiones de control que se consideren oportunas en las diferentes comisiones⁴⁵.

No obstante, hay, al menos, dos cuestiones sobre las que convendría reflexionar: una de ellas es la eventualidad de que un número importante de diputados pueda ver afectada su salud y eso les impida el ejercicio normal de sus funciones, como así ha ocurrido en los últimos meses. Por eso no estaría de más que los reglamentos parlamentarios se reformasen para atender mejor unas circunstancias como las presentes. Una opción, entre otras, es articular legislativa y reglamentariamente la sustitución temporal, por enfermedad, de los cargos representativos.

La segunda cuestión tiene que ver con la ausencia de previsiones constitucionales y legales sobre la eventual duración de las prórrogas del estado de alarma, lo que implicaría que, en principio, fuese posible, si así lo acuerda la mayoría parlamentaria, una prórroga de varios meses –la prórroga del estado de alarma instaurado por el Decreto 926/2020 es de seis meses según el acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de octubre–, lo que no parece que facilite el ejercicio, con consecuencias inmediatas, del control por parte de la oposición sobre el alcance de unas disposiciones que pueden limitar de manera intensa derechos fundamentales.

Finalmente, otra de las, a mi juicio, “disfunciones” prácticas del estado de alarma como instrumento para garantizar determinados derechos fundamentales tiene que ver con el control jurisdiccional del decreto que acuerda tal estado y de sus eventuales prórrogas. Como se recordará, el primer estado de alarma en España se implantó por medio del Real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que fue impugnado jurisdiccionalmente: si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante decreto del Consejo de Ministros, no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio TS con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre

2011 y 2012 (AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio) ese tribunal estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional (TC), primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley¹⁶.

Y esta doctrina fue acogida de nuevo, en su Auto de 4 de mayo de 2020, por el TS al resolver el recurso en el que, en forma directa, “se impugna el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real decreto 4870/2020, de 10 de abril, y el Real decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como –en lo que se denomina ampliación– el Real decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez”.

Este auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que:

«La posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, como declaró el mismo al considerar que “aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10)».

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade:

«Lo que se acaba de expresar no excluiría que, en aquellas situaciones en las que no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013) o sobre los hechos determinantes. La declaración argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide por cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al

resolver un recurso de amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas, pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con ella (art. 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas.

Al margen de otras cuestiones que ahora no viene al caso comentar, el control en exclusiva de estos decretos por el TC no tendría que ser, en principio, especialmente problemático si dicho tribunal diera una respuesta relativamente rápida a una cuestión tan relevante como es resolver si las limitaciones de derechos fundamentales establecidas durante un estado de alarma son compatibles, o no, con la CE. Pero lo cierto es que el Decreto 463/2020 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad “promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso” y, aunque fue admitido a trámite por providencia de 6 de mayo de 2020, más de siete meses después de la aprobación de dicho decreto y más de cinco desde su admisión a trámite no hay una respuesta a dicho recurso y, por tanto, no sabemos si las intensas limitaciones de la libertad de circulación que se impusieron entonces son compatibles con nuestra norma suprema.

3 SEGUNDO ESCENARIO PRÁCTICO: LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/1986, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA, EN RELACIÓN CON LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ya se ha apuntado que el segundo instrumento jurídico que se ha venido utilizando en España para garantizar derechos fundamentales durante la epidemia de COVID-19 ha sido el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 y dicha aplicación ha estado sujeta a vaivenes jurisprudenciales: así, al principio de la pandemia (finales del mes de febrero) se rechazó judicialmente su aplicación con carácter general con ocasión de la ratificación del confinamiento de empleados y huéspedes de un hotel en Tenerife cuando tuvo lugar la detección del primer contagiado por COVID-19 en España.

Con posterioridad, el citado artículo ha sido admitido en diversos casos para adoptar confinamientos perimetrales de municipios y comarcas y, en general, para avalar medidas que limitaban los derechos de personas que, en principio, ni estaban contagiadas ni se sospechaba que pudieran estarlo; así lo acordaron en varias ocasiones diferentes tribunales superiores de justicia (TSJ): Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana (que ratificó incluso el confinamiento domiciliario nocturno por Auto de 27 de octubre), Extremadura, Galicia, La Rioja (que autorizó el confinamiento de la Comunidad por medio de Auto de 26 de octubre), Madrid y Navarra (que avaló las limitaciones a la entrada y salida de la Comunidad en Auto de 22 de octubre).

No obstante, esta comprensión ha empezado a ser rechazada o, cuando menos, matizada: así, en el Auto del TSJ de Aragón de 10 de octubre se concluyó que «el artículo 3 se está refiriendo siempre (...) a personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación o asociación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y personas que se han relacionado con ellos... En todo momento *se ha entendido (...) que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado*» (FJ 6).

Esta conclusión enlaza con lo dicho por el TC en relación con la necesaria taxatividad que deben tener las leyes que limiten derechos fundamentales, como sería la libertad de circulación; así, y conforme a la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5, que citan tanto el mencionado Auto del TSJ de Aragón como, de forma mucho más pormenorizada, el del TSJ de Madrid de 8 de octubre, «las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla”. Y añade que el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: “no solo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)”».

Un pronunciamiento posterior que se ha unido a esta línea argumental es del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, en su Auto 32/2020, de 25 de octubre, (FJ 5) reiteró que:

«... la referencia del artículo 3 LO 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren “necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto, que son los “enfermos” y las “personas que han estado en contacto con los mismos”, respecto de los que cabrían medidas de “control” y las que resulten necesarias si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el artículo 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020. A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos. No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos prevén. En suma, la LO 3/1986 no debería aplicarse para limitar derechos fundamentales más allá de lo expresamente previsto en su artículo 3, por lo que para amparar limitaciones de alcance más general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa una reforma de la citada ley orgánica».

De la misma fecha es el Auto del TSJ de Castilla y León 273/2020, que rechazó la aplicación de la LO 3/1986, aunque, en este caso, para autorizar un confinamiento domiciliario nocturno en toda la comunidad autónoma “entre las 22:00 horas de cada día y las 06:00 horas del día siguiente durante 14 días naturales”.

Según este TSJ, que anteriormente había ratificado medidas preventivas sanitarias consistentes en confinamientos perimetrales de algunas poblaciones de la comunidad o en la limitación del derecho de reunión a seis personas en los casos de reuniones de carácter social o familiar, salvo convivientes, entendió que «la medida rebasaba el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que queda en suspenso durante una franja horaria para toda la población de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia (FJ 4).

Poco antes de cerrar estas páginas, un nuevo Auto del TSJ de Castilla y León, el 297/2020, de 6 de noviembre, recordó, primero, «que no es pacífica la interpretación sobre el alcance del artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, entre los

diversos tribunales superiores de justicia y, segundo, que, aunque ese mismo TSJ había avalado anteriormente “medidas que no comportaban una afectación intensa de un derecho fundamental, se circunscribían geográficamente a una parte de la población especialmente afectada por la enfermedad transmisible con una duración temporal también muy limitada”, sin embargo entiende ahora que “la medida adoptada en el Acuerdo 78/2020¹⁷ rebasa el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales concernidos, produciéndose *de facto* un confinamiento domiciliario de un sector de la población en todo el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción de centros residenciales afectados o no por la enfermedad de que se trata, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia...

No parece justificado que para la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno sea precisa la declaración del estado de alarma, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado b), de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, pero no sea necesaria para limitar la libertad de circulación todo el día, aunque solo afecte a un determinado sector de la población de toda una comunidad autónoma. Las personas mayores, que viven en centros residenciales, son ciudadanos como los demás con los mismos derechos y cuya especial vulnerabilidad frente a la enfermedad transmisible de que se trata merece la adopción de cuantas medidas de toda índole sean precisas para hacer efectiva su protección, no necesariamente mediante una restricción mayor que el resto de los ciudadanos de sus derechos fundamentales” (FJ 4).

No se considera, en definitiva, que la medida objeto de ratificación pueda ser adoptada por una comunidad autónoma en el ejercicio de competencias propias y al amparo exclusivamente de legislación en materia sanitaria».

Vemos, pues, que hay notables discrepancias sobre el alcance que puede tener, como derecho legal sanitario de excepción, el citado artículo 3 de la LO 3/1986, y en nuestro caso nos decantamos por la interpretación que de él han hecho algunos de los TSJ mencionados, que lo invalidaría para la aplicación a las restricciones indiscriminadas de derechos fundamentales¹⁸.

La conclusión anterior no resulta desvirtuada, a nuestro juicio, si atendemos a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, que supuso, entre otras cosas, la atribución a las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ de la competencia para “la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal que consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados

individualmente” y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de la misma competencia cuando se trate de medidas aprobadas por las autoridades sanitarias estatales.

Pues bien, y como ha explicado el profesor Francisco Velasco¹⁹, no está claro, en primer lugar, cuáles son los derechos fundamentales cuyo posible sacrificio ha de ser vigilado por los tribunales; en segundo lugar, está pendiente de definir en qué consiste la “autorización o ratificación” judicial de las medidas sanitarias.

Además, parece asimismo discutible que sea oportuna esa intervención judicial con carácter previo a la vigencia de las medidas: como argumenta el profesor Alegre Ávila, «la confusión entre las funciones normativa y jurisdiccional (...) ha llevado a equiparar la indispensable autorización [previa] judicial para entrar en domicilio o llevar a cabo el internamiento forzoso en establecimiento sanitario, por razones de salud pública, de personas debidamente identificadas, con esa ratificación [*a posteriori*] de medidas generales, que, por hipótesis, dado que tienen por destinatarias a una pluralidad indeterminada de personas, no pueden concretar, *a priori*, subjetivamente el círculo o ámbito de personas afectadas»²⁰.

4 EL ÚNICO PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA GARANTÍA DE DERECHOS DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19: LA PROHIBICIÓN DE UNA MANIFESTACIÓN PREVISTA PARA EL 1 DE MAYO EN VIGO

El 30 de abril de 2020 se hizo público el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 40/2020, que es el único pronunciamiento del TC, hasta la fecha, sobre la garantía de derechos fundamentales durante la crisis del COVID-19²¹. En este ATC se inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) contra la Sentencia 136/2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, dictada en el procedimiento Derecho de reunión 152-2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la comunicación de la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo²².

Lo primero que llama la atención es que se trata de un auto de inadmisión que se parece mucho en su extensión (los fundamentos jurídicos ocupan 15 páginas) y, sobre todo, en sus argumentos a lo que podría ser una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo previamente admitido a trámite.

Es llamativo también que se dediquen 4 de las 15 páginas de los fundamentos a analizar si concurre la exigencia prevista en el artículo 50.1.b de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC):

«Y es llamativo porque, efectivamente, el TC concluye que sí concurre, en concreto, “el supuesto g) de especial trascendencia constitucional del FJ 2 de la STC 155/2009, porque el supuesto planteado en el recurso de amparo trasciende del caso concreto ya

que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica. No podemos olvidar que, como reconoce la recurrente, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente.

Ante esta situación es importante el pronunciamiento de este Tribunal por la repercusión que la celebración de esta o de otras manifestaciones con ocasión de la señalada fecha del 1 de mayo que se puedan pretender celebrar, puedan tener sobre el conjunto de la sociedad, especialmente sobre la salud de los ciudadanos, llevando a cabo un análisis de los contenidos del real decreto de declaración del estado de alarma y de su alcance desde la perspectiva constitucional, especialmente en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que puede establecer pautas importantes en la interpretación y aplicación de las distintas previsiones de aquella norma, en tanto que intérprete supremo de la normal fundamental, que resulten provechosas para el conjunto de la sociedad. Lo que también se puede traducir en la enunciación de criterios de actuación que sean importantes en el desarrollo del proceso de desescalada que está iniciando el Gobierno. Es innegable, en suma, la notoria repercusión que este asunto tiene en el conjunto de la sociedad española” (FJ 2).

Bastaría, en principio, este párrafo para seguir adelante con el recurso y entender que concurre esa especial relevancia constitucional pero la Sala Primera hace previamente una extensa serie de consideraciones que parecen ajenas a lo que está tratando en esa parte del auto, pues entra a recordar su jurisprudencia no sobre la especial trascendencia constitucional, sino “en relación con el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, a través de la cual este Tribunal ha establecido criterios muy claros en cuanto a los presupuestos para el ejercicio de tales derechos, los límites y restricciones que pueden imponerse a los mismos, especialmente cuando colisionan con otros derechos o con la protección de otros valores constitucionales, así como las garantías que deben presidir tanto su ejercicio como la posibilidad de introducir modificaciones o limitaciones al mismo y, especialmente, cuando se trata de impedirlo”.

El TC resume a continuación lo dicho en la STC 66/1995, de 8 de mayo, y en las SSTC 301/2006, de 23 de octubre, 170/2008, de 15 de diciembre, y 96/2010, de 15 de noviembre, y todo este arsenal jurisprudencial viene a cuento “pues de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de “orden público” con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada».

Como he anticipado, esta exposición es más bien propia de una sentencia en la que se está analizando si se vulneró un derecho fundamental reclamado en un recurso de amparo admitido a trámite, cosa que –ya se ha dicho– aquí no ocurrió. En todo caso, encajaría mejor en el siguiente apartado del auto donde se analiza la eventual adopción de medidas cautelares y la necesidad de una “respuesta inmediata del Tribunal”, que acude al derecho comparado pero, en parte, para apartarse de él: cita la resolución del Tribunal Constitucional Federal Alemán dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) antes de concluir que no cabe adoptar una similar (que la autoridad administrativa adopte una nueva resolución que compatibilice el derecho de reunión y la protección de la salud) “porque la manifestación del 1 de mayo, conmemorativa de una determinada efeméride, no puede ser celebrada en otra fecha, de modo que no existe margen temporal que permita devolver el asunto a la autoridad competente para que adopte una decisión diversa”.

Sí acoge nuestro TC la doctrina del alemán en otra resolución de 7 de abril para justificar la inviabilidad de adoptar medidas cautelares en este caso, aprovechando para apuntalar con ella su decisión de inadmisibilidad.

En la última parte del auto, el TC analiza, en la línea ya dicha de una sentencia desestimatoria, “la eventual lesión del derecho fundamental invocado (derecho de manifestación del art. 21 CE)”. Y comienza recordando que, “para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso (...) que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente”. El TC admite que la resolución de la Subdelegación del Gobierno “es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, [pero] no puede negarse que existe motivación suficiente en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020. Cualquier defecto de motivación de la resolución administrativa, por tanto, habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial”.

A continuación, el TC declara que “la discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, *de facto*, y por derivación de la limitación de la libertad deambulatoria del artículo 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo”.

En suma, el TC deja de lado el Decreto 463/2020, en particular su artículo 7, y pasa a estudiar si la prohibición de la manifestación encaja en el artículo 21 CE. Y lo hace remitiéndose, textualmente, a “una constante jurisprudencia constitucional, a la que ya hemos hecho referencia extensa en el FJ 2” sobre el carácter limitado de los derechos fundamentales en general y de la libertad de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir con la interpretación del artículo 21, especialmente con la parte que alude a la prohibición de reuniones “cuando existan razones fundadas de alteración

del orden público, con peligro para personas o bienes”, el TC acude a los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física) y 43 CE (derecho a la salud) y nos dice que:

«En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el artículo 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso no parece por tanto inexistente».

El TC, en su juicio de proporcionalidad de la medida prohibitiva sobre el que enseguida volveremos, añade que los organizadores no prevén medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria, “que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas [en teoría hora y media] la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa” y, más abajo, que “el impacto de la infección del COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos...”.

En relación con estas argumentaciones cabe, si no objetar, sí, cuando menos, precisar lo siguiente: los promotores ofrecen una modalidad de manifestación que puede ser discutible pero, según la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, “si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación” (art. 10), es decir, si la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra considera que las propuestas de los organizadores son insuficientes, puede proponer medidas que las complementen: por ejemplo, que la manifestación dure media hora y no hora y media o que el recorrido sea

distinto y no limite el acceso a los hospitales; sin embargo, la autoridad administrativa no hace ningún esfuerzo por tratar de hacer efectivo un derecho tan relevante como el de reunión en una fecha tan importante como la del 1 de mayo. Y eso que la entidad convocante se había mostrado abierta a adoptar más medidas²³.

Al respecto, hay que recordar que la prohibición constituye, como es lógico si partimos del principio de efectividad de los derechos fundamentales, el “último recurso”, debiendo antes contemplarse, como prevé la Ley orgánica 9/1983, la opción de proponer a los promotores modificaciones que puedan hacer compatible el derecho de reunión con otros derechos, en la línea, por ejemplo, de lo resuelto por la citada sentencia del TSJ de Aragón.

Pero es que el propio TC en su auto de inadmisión no hace un auténtico juicio de proporcionalidad sobre la medida adoptada por la Subdelegación del Gobierno y avalada por el TSJ de Galicia tal y como el propio TC lo ha configurado:

«... En primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella...; en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (por ejemplo, STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En el caso que nos ocupa, el TC parece obviar las dos primeras exigencias de este principio y va directamente a la tercera: sin duda la protección de la vida, de la salud y del funcionamiento del sistema sanitario son más relevantes para el interés general que la prohibición de una concreta manifestación, pero ¿es la prohibición de una manifestación que se celebrará a bordo de vehículos, en el contexto de concentraciones de personas en centros de trabajo y en supermercados la medida adecuada para esa finalidad? Y, sobre todo, ¿es la prohibición la medida mínima imprescindible en el sentido de que no haya otra que con un sacrificio menor sea apta para el mismo fin?

Cabe valorar de forma positiva que en el Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, se dice de manera expresa que “las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios” (art. 7.3).

5 CONCLUSIONES

En el derecho español tenemos dos leyes orgánicas para, en teoría, garantizar los derechos fundamentales tanto en los casos de graves crisis sanitarias de alcance general (estado de alarma) como en las situaciones en las que es preciso controlar alguna enfermedad transmisible: la primera permite establecer limitaciones de alcance general al ejercicio de derechos fundamentales en los términos previstos en el artículo 11 de la LO 4/1981 y la segunda sirve para limitar los derechos fundamentales de concretas personas –“enfermos [y] personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”– con la garantía del control judicial previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la aplicación práctica de estas normas ha evidenciado, primero, que la LO 4/1981 aunque es clara en sus premisas puede ser insuficiente en sus previsiones actuales para hacer frente de manera eficaz a una pandemia como la que padecemos ahora; por su parte, la LO 3/1986, que algunos han considerado suficiente para responder a las exigencias de la COVID-19, dista mucho de ser clara en lo que respecta a las eventuales medidas de limitación general de derechos fundamentales y a las propias premisas que justificarían su adopción.

En todo caso, y por lo que a la LO 4/1981 se refiere, el decreto de estado de alarma que mejor parece ajustarse a las disposiciones legales es el acordado por medio del Real decreto 926/2020, vigente en el momento de concluir estas líneas, pues restringe, efectivamente, la libertad deambulatoria en unas horas determinadas: “durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades...”.

En segundo lugar, la aplicación “práctica” del estado de alarma ha evidenciado su poca funcionalidad cuando se decreta para un ámbito territorial pequeño, incluso para grandes ciudades (Madrid) o conurbaciones, como ha ocurrido con el Decreto 900/2020, que exigió el acuerdo en Consejo de Ministros y dar cuenta al Congreso de los Diputados, a lo que se suma la poco comprensible ausencia de delegación en la presidencia de la comunidad autónoma. Como ya se ha dicho, no es ajeno a esta disfuncionalidad que la Ley orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo...) son ahora competencia, en buena parte, de las comunidades autónomas.

En tercer término, la ausencia de previsiones constitucionales y legales sobre la eventual duración de las prórrogas del estado de alarma admitiría, en principio, una prórroga de varios meses –la prórroga del estado de alarma instaurado por el Decreto 926/2020 es de seis meses según el acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de octubre–, lo que dificulta el ejercicio, con consecuencias inmediatas, del control por parte de la oposición sobre el alcance de unas disposiciones que pueden limitar de manera intensa derechos fundamentales.

En cuarto lugar, hemos constatado que hay notables discrepancias sobre el alcance que puede tener, como derecho legal sanitario de excepción, el artículo 3 de la LO 3/1986 y, en nuestro caso, nos decantamos por la interpretación que de él han hecho algunos TSJ, que lo invalidaría para la aplicación a las restricciones indiscriminadas de derechos fundamentales. En suma, para amparar limitaciones de alcance general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa, cuando menos, una reforma de la citada ley orgánica.

Finalmente, y por lo que respecta al único pronunciamiento del TC hasta la fecha relacionado con el estado de alarma, en el auto de 30 de abril avaló la prohibición de una manifestación invocando un criterio de proporcionalidad que, en realidad, no es tal, pues el TC prescinde de las dos primeras exigencias de este principio y va directamente a la tercera: sin duda la protección de la vida, de la salud y del funcionamiento del sistema sanitario son más relevantes para el interés general que la prohibición de una concreta manifestación, pero, atendidas las circunstancias del caso concreto, cabían medidas limitativas del derecho sin necesidad de acudir a su 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 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.OC20.0023>.
- 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. y 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. y 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. y 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 mayo de 2020).
- Bilbao Ubillos, J.M. 2020. «La libertad de reunión y manifestación 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.OC20.0013>.
- 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 Doctrina).
- 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 Autonomico y lucha contra la 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.OC20.0005>.
- 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 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros 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 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.OC20.0004>.
- 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. y 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. (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas).
- Presno Linera, M.Á. 2020b. «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», en J.F. Rodríguez y 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 y M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-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 y 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 Quiero agradecer de forma expresa las sugerencias y los comentarios de las personas que evaluaron este trabajo, que han servido para mejorar su forma y contenido.
- 2 En el blog *El derecho y el revés* (disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/>) he publicado diversos comentarios, desde el 8 de marzo de 2020, sobre la aplicación del derecho de excepción a la crisis sanitaria del COVID-19; véanse, asimismo, las entradas de Francisco Velasco Caballero en su blog <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/> y las de Andrés Boix Palop en <http://www.lapaginadefinitiva.com/author/andres-boix/>. De gran interés es el seguimiento realizado por Álvarez García, Arias Aparicio y Hernández Díez, 2020, y la información disponible en <https://forocsyj.com/coronavirus-the-law/>; con carácter general, es de gran utilidad toda la información recogida por el profesor Cotino Hueso en el Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 (<https://www.uv.es/derechos/>); para una panorámica bibliográfica mucho más completa, <https://derechocovid.com/publicaciones-post-covid/>. Para una perspectiva comparada son de gran interés las publicaciones disponibles en <https://www.comparativecovidlaw.it/> y <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>; centrados en la Unión Europea <https://fra.europa.eu/en/themes/covid-19> y <http://www.sidiblog.org/2020/03/24/forum-covid-19-diritto-internazionale-e-diritto-dellunione-europea>; en Estados Unidos <https://blogs.loc.gov/law/2020/03/coronavirus-resource-guide/?locltr=bloglaw>; sobre COVID-19 y prisiones <https://covid19prisons.wordpress.com/>. Entre los trabajos centrados en los análisis de las respuestas comparadas en general, por una parte, y alemana, francesa e italiana en particular, véanse, respectivamente, los estudios de De la Sierra, Kölling, Alcaraz y Mastromarino, todos en 2020.
- 3 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, así como las competencias y limitaciones correspondientes.
2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.
3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.
4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.
5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.
- 4 Cruz Villalón, 1981 y Cruz Villalón, 1984; también Fernández Segado, 1981; López Garrido, 1984; Carro Martínez 1998; Torres Muro, 2009; Aba Catoira, 2011; Pérez Sola, 2012; Garrido López, 2017; Requejo Rodríguez, 2001 y Requejo Rodríguez, 2009; Solozábal Echavarría, 2020; Garrido López, 2020.
- 5 a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
 b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
 c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados.
 d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
 e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.
- 6 Delgado del Rincón, 2020.
- 7 Así, por ejemplo, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, prevé:
 1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración general del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.
 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:
 a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
 b) La intervención de medios materiales o personales.
 c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
 d) La suspensión del ejercicio de actividades.
 e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
 f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo con lo establecido en el título II de esta ley.
 3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población, y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad".
 Sobre las competencias autonómicas en la materia, Nogueira López, 2020; Velasco Caballero, 2020a; De la Quadra-Salcedo Janini, 2020; sobre el ámbito local, Velasco Caballero, 2020b.
- 8 En un sentido favorable a la declaración del estado de excepción a partir de una comprensión diferente del orden público, Álvarez García, 2020; sobre las diferentes posturas doctrinales, Garrido López, 2020.
- 9 En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 615/2020, de 25 de octubre, sobre el proyecto de real decreto por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: "... Las situaciones de epidemia constituyen por su propia naturaleza una alteración grave de la normalidad y no afectan al orden público democrático. Precisamente por ello, el legislador incluyó a las crisis sanitarias en general y a las epidemias en particular entre los supuestos de hecho que justifican la declaración del estado de alarma.
 Ciertamente, no cabe descartar en hipótesis que una determinada epidemia, en unión con factores de otra naturaleza –sociales, económicos o políticos–, pudiera llegar a ocasionar graves alteraciones del orden público democrático, en el sentido constitucionalmente exigido para la declaración del estado de excepción. Pero tal situación en modo alguno concurre en la epidemia actual provocada por el COVID-19".
- 10 Santamaría Pastor, 2020; Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2020, y Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2021.
- 11 Sobre estas cuestiones, Requejo Rodríguez, 2004.
 En un sentido contrario al aquí defendido, el Consejo de Estado, en el citado Dictamen 615/2020, concluyó que "no cabe duda (...) de que esas medidas restrictivas o limitativas pueden alcanzar la intensidad que sea necesaria para el fin que se proponen, siempre y cuando quepa concluir –en un juicio de proporcionalidad– que son adecuadas y necesarias para luchar contra la epidemia. El grado de la restricción o limitación de derechos estará en función de la gravedad de la epidemia y de las medidas que resulten oportunas para ponerle fin. De este modo, es posible adoptar, dentro del estado de alarma, medidas restrictivas o limitativas que comporten un alto grado de afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas".
 Tampoco el Defensor del Pueblo cree que existan motivos para cuestionar la constitucionalidad: "el confinamiento generalizado, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales". Sin embargo, advierte de que, a juicio de la institución "en modo alguno significa –o significó durante el estado de alarma– la suspensión de determinados derechos fundamentales, como sostienen muchos de los comparecientes, sino una limitación de su ejercicio. Si se hubiese aplicado el estado de excepción, como consideran algunos peticionarios, sí se habrían suspendido esos derechos". El titular de la institución reconoce que durante el estado de alarma algunos derechos se vieron intensamente afectados, pero señala que "una interpretación conjunta de la Constitución y de la LOAES permite concluir que se limitan derechos, pero no se suspenden". Así, recuerda que esta distinción "no es baladí". "La limitación modula el ejercicio de los derechos, la suspensión los elimina".
 (Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/constitucionalidad-estado-alarma/>).
- 12 Véanse los trabajos de Nogueira López, 2020; Amoedo Souto, 2020; Cotino Hueso, 2020a y Cotino Hueso, 2020b; sobre los factores asociados al incumplimiento de estas previsiones, Gómez-Bellvis, 2020.
- 13 a) Adquisición de medicamentos, productos sanitarios y otros bienes de primera necesidad.
 b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
 c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urgencia.
 d) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
 e) Retorno al lugar de residencia habitual tras realizar algunas de las actividades previstas en este apartado.
 f) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
 g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
 h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

- i) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.
2. La autoridad competente delegada correspondiente podrá determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo de la limitación prevista en este artículo sea entre las 22:00 y las 00:00 horas y la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5:00 y las 7:00 horas.
- 14 “La medida prevista en el artículo 6 no afecta al régimen de fronteras. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que dicha medida afecte a un territorio con frontera terrestre con un tercer Estado, la autoridad competente delegada lo comunicará con carácter previo al Ministerio del Interior y al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación”.
- 15 Sobre estas cuestiones, Dueñas Castrillo, 2020.
- 16 Sobre esta STC, Garrido López, 2017 y Álvarez Vélez, 2016.
- 17 Se suspenden las visitas en los centros residenciales de personas mayores, salvo circunstancias individuales en las que sean de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización o situaciones de final de la vida, que adoptará la dirección del centro, sin perjuicio del uso de formas alternativas de contacto entre los residentes y sus familiares, tales como videoconferencias, llamadas telefónicas o similares. Asimismo, no se permiten las salidas de los residentes fuera del recinto de la residencia salvo para acudir al médico y similares o situaciones de fuerza mayor. Y en su apartado sexto se dice:
«Sexto.- Efectos.
1. El presente acuerdo producirá efectos desde el día 6 de noviembre a las 00:00 horas y mantendrá su eficacia mientras subsista la situación de riesgo que ha motivado la declaración del nivel de alerta 4. A los efectos de evaluar el riesgo sanitario y la proporcionalidad de las medidas aplicadas, se realizará un seguimiento continuo de la situación epidemiológica por parte de la Consejería de Sanidad, que informará cada 14 días, a la Junta de Castilla y León, sobre la necesidad de mantener, ampliar o reducir el nivel de alerta declarado.
2. Las medidas preventivas excepcionales previstas en el apartado segundo mantendrán su eficacia durante un período no superior a 14 días naturales, contados desde el día de la publicación del presente acuerdo y serán objeto de seguimiento y evaluación continua con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, pudiendo ser mantenidas, modificadas o levantadas».
- 18 Ampliamente, Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2021.
- 19 <https://www.abogacia.es/revista/revistaabogacia/123b/publication/contents/media/1238273.pdf>
- 20 Alegre Ávila, 2020.
- 21 Al respecto, Arnaldo, 2020; Bilbao Ubillos, 2020; Cotino, 2020; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020; Ituren-Oliver y Esteve-Segarra, 2020.
- 22 En los antecedentes se nos informa de que “el motivo de la convocatoria es celebrar el día 1 de mayo, de la clase trabajadora... La manifestación comenzará a las 11:00 en la Plaza de España, indicándose el recorrido, con finalización en Concepción Arenal, delante del edificio de la Xunta a las 12:30 horas”. La Subdelegación del Gobierno en Pontevedra respondió, entre otras cosas, “que, en la actualidad, el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no contempla, entre las actividades excepcionadas de la limitación general para circular, los desplazamientos con el fin expuesto en su comunicación”.
- 23 Así, en el punto sexto de la convocatoria se decía que, “entendiendo a gravedad de la 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”.