

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche



Trabajo Fin de Grado.

ESTADO DE ALARMA Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Alumno: Martín Alvarado Cutillas

Tutora: Nuria Reche Tello.

Grado en Derecho

Curso académico 2020/2021

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO-NORMATIVO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE EXCEPCIÓN.	8
1. Teoría de los derechos fundamentales.	8
1.1 Conceptualización.	8
1.2 Límites y resoluciones en caso de conflicto entre derechos.	10
2. El derecho de excepción en la CE.	17
2.1 La suspensión de derechos: estado de alarma, excepción y sitio.	17
2.2 El desarrollo legal de los estados de alarma, excepción y sitio: la LOEAES 4/1981.	19
2.3 Breve apunte sobre legislación sanitaria en los estados de emergencia.	24
SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LOS ESTADOS DE ALARMA DECLARADOS EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL RECIENTE . 27	
1. Primer estado de alarma. La crisis de los controladores aéreos.	27
2. Segundo estado de alarma. La crisis del Coronavirus.	28
3. Tercer estado de alarma. El caso de la Comunidad de Madrid y el COVID-19. 34	
4. Cuarto estado de alarma. La segunda ola del coronavirus y siguientes.	37
TERCERA PARTE. AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA DECLARACIÓN DE LOS ESTADOS DE ALARMA. ANÁLISIS SOBRE SU PROCEDENCIA.	44
1. Introducción	44
2. Análisis de la afectación de los derechos fundamentales en los estados de alarma.	46
2.1. Derecho a la salud.	49
2.2. Derecho a la libertad de circulación.	52
2.3. Derecho de manifestación y reunión.	61
2.4. Inviolabilidad del domicilio	71

2.5. Derecho al juez predeterminado.....	76
2.6. Derecho a la educación.....	81
2.7. Derecho a la libertad religiosa	87
2.8. Derecho a la participación política.	91
2.9 Derecho a la intimidad.	93
3. Las garantías de los DDFE en el derecho de excepción.	95
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA	103



DEDICATORIA

Dedico este trabajo de fin de carrera a mi familia y a mi pareja, de quienes he aprendido que, con esfuerzo, entrega y sacrificio, siempre desde la humildad, se puede conseguir todo aquello que te propongas. Gracias por vuestra comprensión, por vuestro amor y por alentarme día a día a conseguir mis sueños. Sin vuestro apoyo y ayuda nada de esto hubiese sido posible.

En especial a mis padres, por inculcarme los valores que han hecho que hoy en día sea quien soy, sea lo que soy, y sea capaz de seguir luchando por lo que quiero ser.

Quiero dedicárselo también a todos esos sanitarios y miembros de las FFCCS que no han dudado ni un solo momento en dar lo mejor de ellos mismos, anteponiendo sus vidas y las de sus familias para luchar contra la pandemia provocada por el COVID-19. Especialmente a mis compañeros de trabajo sin el apoyo, ayuda y comprensión de los cuales, me hubiese sido imposible cursar estos estudios.

Y por último quiero dedicárselo a todos los profesores que he tenido, tanto en la universidad como fuera de ella, por haber fomentado el desarrollo de mi curiosidad. También quiero agradecer a aquellos que me han formado como profesional y como persona, realizando un trabajo que nunca se podrá valorar lo suficiente.

A todos y cada uno, de corazón, ¡GRACIAS!

ABREVIATURAS

LO: Ley Orgánica

RD: Real Decreto

TC: Tribunal Constitucional

CE: Constitución Española de 1978

DDFF: Derechos Fundamentales

FFCCS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

FFAA: Fuerzas Armadas

FF. JJ: Fundamentos Jurídicos

DUDHs: Declaración Universal de Derechos Humanos.

PIDCyP: Pacto internacional de derechos políticos y civiles.

TS: Tribunal Supremo

OMS: Organización Mundial de la Salud

FFAA: Fuerzas Armadas

BOE: Boletín Oficial del Estado

CISNS: Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CEPDHLF: Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

CC: Código Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOAES: Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

RRSS: Redes Sociales

FP: Formación Profesional

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado mes de marzo la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 a pandemia internacional. Para hacer frente entonces a la crisis sanitaria en nuestro país, fue preciso adoptar medidas para poder controlar la propagación de la enfermedad. Al respecto, el pasado 14 de marzo se aprobó el RD 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 prorrogándose hasta el 21 de junio.

Tras el proceso de desescalada y el fin de la vigencia del estado de alarma, el país entró en una etapa de “nueva normalidad”, durante la cual los poderes públicos y las autoridades sanitarias continuaron tomando medidas dirigidas a controlar los brotes y frenar los contagios. Estando todavía inmersos en la situación de pandemia mundial del COVID-19, el rápido incremento de nuevos casos de contagio producidos en todo el país, por encima de la media europea, ha obligado a las diferentes administraciones de las CCAA a dictar normativa encaminada a la toma de medidas adicionales excepcionales, acabando con un nuevo estado de alarma aprobado por RD 926/2020, pasando previamente por un estado de alarma de aplicación en la comunidad de Madrid aprobado por RD 900/2020.

En todas las declaraciones de los estados de alarma, las decisiones gubernativas adoptadas tanto en los decretos al amparo de la Ley Orgánica de los estados de alarma excepción y sitio como en la normativa dictada durante la vigencia del estado de excepción, su contenido ha supuesto una restricción de derechos fundamentales (en adelante DDF), entre otros, tales como el derecho a la libre circulación, el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al juez predeterminado, el derecho a la educación el derecho a la libertad religiosa, el derecho de participación política o el derecho a la intimidad, y que con amparo en la prevalencia del interés general de proteger la salud de toda la población, han podido verse afectados.

Por ello, el objetivo de este trabajo es realizar un análisis jurídico de las distintas restricciones o posibles limitaciones de DDF que se han producido como consecuencia de la declaración de los distintos estados de alarma declarados desde la entrada en vigor de la CE de 1978, incluyendo en el análisis el RD 1673/2010 que declara el estado de alarma como consecuencia de la crisis generada por la huelga de los controladores aéreos, así como un análisis acerca de la procedencia o no de dichas medidas a través del mecanismo que proporciona la declaración del estado de alarma.

El Trabajo se divide en tres partes relacionadas y profundamente conectadas entre sí: estudiaremos un breve marco teórico sobre los DDF junto con la regulación legal en vigor sobre el estado de alarma. Seguidamente analizaremos las distintas declaraciones de este que se han aprobado. Y para finalizar, analizaremos el contenido de los diferentes derechos que se han podido ver afectados por las diferentes declaraciones y examinaremos la procedencia o no de la afectación de los citados derechos utilizando las herramientas que aporta la declaración del estado de alarma.

La primera parte, analiza las distintas definiciones de lo que son los DDF. A su vez, una vez definidos estos derechos, se examinan los límites que encuentran los propios derechos, así como la forma de resolución en caso de conflicto entre bienes jurídicos de igual valor. Además, también se analiza la normativa en vigor reguladora de la materia, empezando por analizar todo lo relativo a la limitación y suspensión de derechos en la CE de 1978, así como en lo que se refiere a los estados de excepción del artículo 116. A continuación, se realiza un examen del contenido relativo al estado de alarma en la LO 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio, así como de la LO 3/86 de salud pública

La segunda parte se encarga de examinar los estados de alarma declarados en nuestra historia constitucional reciente, empezando por el estado de alarma que se dicta como consecuencia de la crisis de los controladores aéreos, y acabando por los tres estados de alarma dictados hasta la actualidad como resultado de la crisis sanitaria de la COVID-19.

En la tercera parte se analizan los diferentes DDF que se pueden haber visto afectados por las diferentes declaraciones de los estados de alarma, tales como el derecho a la salud, a la libertad de circulación, el derecho de manifestación y reunión, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al juez predeterminado, el derecho a la educación y el derecho a la libertad religiosa. Se analiza el contenido esencial de cada derecho, así como su regulación, desarrollo y límites, y a continuación, se realiza una conjunción de todo lo analizado hasta el momento, poniendo en común lo extraído con el análisis de la legislación vigente junto con el contenido de cada derecho, para acabar concluyendo en cada caso particular si a nuestro juicio resulta conforme a derecho o no la posible afectación que haya sufrido cada uno de los derechos mediante la aplicación de los mecanismos que permite el estado de alarma.

En resumen, con este trabajo lo que pretendemos es llevar a cabo un análisis que ayude a concluir sobre la procedencia o no de las medidas que se vienen adoptando, mayoritariamente como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19 así como las que se adoptaron para solventar la crisis de los controladores aéreos, y más concretamente, sobre la legalidad de las medidas adoptadas conforme al mecanismo utilizado para ello.

PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO-NORMATIVO: DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DE EXCEPCIÓN.

1. Teoría de los derechos fundamentales.

1.1 Conceptualización.

Con la llegada del neoconstitucionalismo, las constituciones no se limitan a establecer la estructura del Estado, sino que fijan contenidos materiales a cuyo respeto y realización efectiva está vinculada la actividad de los poderes del Estado. Los DDF son un pilar básico del neoconstitucionalismo siendo su característica más notable el reconocimiento de que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales representan el núcleo del bien común en una comunidad política, al cual debe orientarse de una forma efectiva toda la actuación de los poderes públicos.

Los DDF son propiamente lo justo, aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional. El neoconstitucionalismo tal y como se representa en la CE así como en la Ley Fundamental de Bonn, refleja claramente la idea de que recae sobre los poderes públicos la responsabilidad de garantizar la protección de los DDF así como la obligación de organizar la sociedad con el fin de lograr que el pleno ejercicio de estos derechos sea real y efectivo (art. 9.2 CE).¹ Se requiere a los poderes públicos una acción positiva tendente a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y los grupos en que se integra sea real y efectiva.

Por una parte, los DDF se entienden como unos derechos subjetivos, inherentes al ser humano por el hecho de ser persona y que se encuentran al servicio de su titular, pero, al mismo tiempo, se ha visto en ellos una dimensión institucional según la cual, estos derechos expresan un orden objetivo de valores previo al derecho legislado, que deben ser respetados y la base sobre la cual se legisle.²

Según establece Robert Alexy, “el hecho de ser poseedor de un derecho subjetivo consiste en ocupar una posición jurídica, otorgada por una norma mediante la cual el titular de un derecho (a) tiene frente al destinatario (b) un derecho a G”³. Este modo de entender los derechos subjetivos, centrado en las cuestiones analíticas en torno a este concepto, a su juicio permite distinguir entre “(a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos”, lo que según Alexy es importante, porque la confusión entre estas tres dimensiones es una de las principales causas de la polémica en torno al concepto de derecho subjetivo, sobre todo, entre las distintas variantes de la teoría del interés y la voluntad.⁴

¹ Tomás de Domingo; Antonio-Luis Martínez Pujalte, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Comares, Granada, 2011, pp. 6-14

² STC 25/1981, de 14 de julio.

³ Tomás de Domingo; Antonio-Luis Martínez Pujalte, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional... cit p. 22*

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC, Madrid, 2008, p. 178

Aquello que reconocemos como un derecho fundamental consiste en un ámbito de la actuación humana especialmente valioso, tanto desde la perspectiva del titular del derecho, como desde la comunidad. Ese carácter valioso permite referirse a los DDFF como bienes, que reclaman una organización institucional de la comunidad política que los proteja y fomente.

Teniendo lo hasta aquí expuesto presente, vamos a hacer nuestra la definición de Derecho Fundamental que Tomás de Domingo realiza en su libro “Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas” el cual define el derecho fundamental como aquel “ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos -especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido jurídicamente. Se desprende de esta definición que los DDFF son primariamente bienes jurídicos, y que las facultades de las que disponga el titular para lograr la protección de dichos bienes, siendo importantes, ocupan un papel subordinado, en tanto su concreción dimana de los perfiles que se atribuya a tales bienes”.

Señala al respecto de los DDFF Peces Barba que estos “reúnen la moralidad legalizada que comprende los valores, principios y derechos que ninguna norma puede contradecir y que normalmente aparecen en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo, que forman el bloque de constitucionalidad, interpretado por el TC. Actúan como normas básicas de identificación de normas que cumplen una función perspectiva consistente en definir, a priori la moralidad legalizada siendo en este sentido guía de producción y aplicación de normas y límite de las normas y una función descriptiva y que consiste en comparar a posteriori dichos criterios para ver si las normas los cumplen realizada por la jurisdicción y muy específicamente por el TC.”⁵

Tal y como establece el TC en la STC 25/1981 de 14 de julio “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

Por tanto, podemos definir los DDFF como los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, debido a que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art 10 de la CE el fundamento del orden jurídico y de la paz social,⁶

⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; N.º 1 edición, 1995, p. 347.

⁶ STC 53/85, de 11 de abril

encontrando los citados derechos recogidos en nuestra Constitución en el Título I, concretamente en los artículos 14 a 52.

1.2 Límites y resoluciones en caso de conflicto entre derechos.

I. Límites

El TC en la sentencia 2/82, de 29 de enero, realiza una contundente afirmación acerca de que “no existen derechos ilimitados” para a continuación aplicar la idea a los DDFF. A este respecto, Prieto Sanchis viene a afirmar que ninguno de ellos tiene carácter absoluto.⁷

La afirmación de que los DDFF no son absolutos y que estos se encuentran sujetos a límites la encontramos a lo largo de toda la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Véase al respecto entre otras la STC 62/82 (ff.jj. 3º y 4º) que recuerdan que de acuerdo con el artículo 20.4 en relación con el artículo 53.1CE, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial. Pero no encontramos únicamente la afirmación de los límites en la jurisprudencia del alto tribunal, sirva como ejemplo de ello la DUDHs en su artículo 29.2, el PIDCyP en su artículo 19.3 así como el Convenio de Roma en su artículo 10, los cuales prevén que el legislador puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Si bien, las limitaciones han de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada. Por ello habrá que ponderar los límites en cada caso, ya que en cuanto restringen un derecho fundamental “han de ser interpretados a su vez restrictivamente”.⁸

En este sentido, la STC 22/84 en su fundamento jurídico 3º, viene a disponer que “existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución.”, afirmación que obedece a que los DDFF no son derechos absolutos e ilimitados.⁹

El ejercicio de los DDFF está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que pudieran fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.¹⁰ Estos límites, a su vez tampoco son absolutos tal y como reconoce la STC 159/86 (fj. 6º) donde establece que “los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un

⁷ Prieto Sanchis, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990, p. 83 y ss.

⁸ STC 81/83, de 10 de octubre .FJ 3

⁹ Martínez Pujalte, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Cuadernos y Debates, nº 65, CEC, Madrid, 1997

¹⁰. Vidal Gil, Ernesto J. La interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Universidad de Otoño (Andújar), N.º 11, Jaén, 2000

único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes, al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social».

Sin embargo, en la CE no encontramos un precepto que de forma explícita regule los límites de los DDF, aunque en ningún caso descarta la opción que de que el legislador pueda regular tales derechos. En este sentido se ha pronunciado la STC 77/85 al aseverar que “la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia”. El legislador en el sistema constitucional español tiene multitud de formas de intervención normativa en el campo que aquí nos ocupa. Lo que sí encontramos en la CE es una denominación específica para la restricción de los derechos de carácter temporal y con el fin de salvaguardar el sistema democrático de derecho. Concretamente, nos referimos al Capítulo V del Título I que lleva por rubrica “la suspensión de los derechos y libertades”, el cual confiere al legislador por mandato de los artículos 55.2 y 116 el deber de conformar el marco jurídico de las suspensiones de derechos que puedan llegar a tener lugar.

Dentro de esta potestad conferida al legislador, son tres los principales instrumentos que hay que tomar en cuenta mediante los cuales debe el legislador cumplir con su mandato: la reserva de desarrollo de los DDF y libertades públicas para lo que resulta competente el legislador orgánico por prescripción del artículo 81.1; las reservas específicas de ley y habilitaciones puntuales para limitar determinados derechos comprendidas en diversos artículos del capítulo 2º; y por último, la reserva general de la ley para la regulación del ejercicio de los derechos (art.53.1).

Por su parte, los propios límites tal y como ya hemos aseverado se encuentran a su vez limitados dentro de sus propios límites. Se trata de un conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en la materia.¹¹ Toda limitación de derechos ha de estar justificada por la explícita habilitación constitucional o por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, la justificación de la limitación y su correlato de proporcionalidad entre aquella y el sacrificio impuesto también pueden ser considerados límites de los límites. Límites, que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente, idea que ha sido desarrollada entre otras en la STC 254/1988 al disponer que “se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que

¹¹ Aguiar de Luque, Luis. “Los límites de los derechos fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 14, enero-abril, 1993

los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”. La doctrina sentada de nuestro tribunal constitucional ha venido a establecer que la regulación sobre la limitación del ejercicio de los DDDFF debe obedecer a los siguientes criterios:

A. Respeto al contenido esencial.

Este respeto al contenido esencial se despliega con relación a todos los DDDFF, sin perjuicio de la individualización del contenido esencial de cada derecho. El contenido esencial del derecho tiene un carácter absoluto, que en ningún caso puede ser traspasado, con independencia del límite de la proporcionalidad de la limitación. Véase en este sentido la STC 137/1990 que reafirma el carácter absoluto al establecer que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales... ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial.” Este límite no opera únicamente en el momento de la regulación normativa del derecho, sino que también se encarga de modular la aplicación concreta de los límites en las actuaciones administrativas o en la aplicación de la justicia ordinaria.¹²

B. Necesidad de justificación de los límites de los derechos.

En palabras de Luis Aguiar de Luque, esta necesidad “deriva de la existencia de unos límites inmanentes a los derechos, fruto de su incardinación en un sistema constitucional que constituye una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores, pero en el que los derechos desempeñan un papel decisivo en su determinación.” Hemos de tener presente que únicamente podrán desempeñar ese papel los bienes, valores y derechos constitucionales consagrados. A este respecto el artículo 10.1 del texto constitucional habilita al legislador a adoptar las medidas para la articulación subjetiva de los distintos DDDFF. El artículo 10.2 realiza una remisión a efectos interpretativos a la DUDHs la cual contiene unos criterios bastante precisos acerca de las limitaciones posibles a los derechos en una sociedad democrática. La limitación de un derecho fundamental no tiene que ser solamente justificada, sino, además, proporcionada a la finalidad objetivamente perseguida por la norma limitadora.

C. Adecuación al principio de legalidad.

Es decir, las actuaciones de los poderes públicos que limiten los derechos deben estar sometidas a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, siendo la base de un estado de Derecho, caracterizado por el imperio de la ley.¹³

D. La limitación debe ser acorde al principio de proporcionalidad.

De este límite, nos ocuparemos en el siguiente epígrafe al analizar la resolución de conflictos entre DDDFF.

¹² Aguiar de Luque, Luis. “Los límites de los derechos fundamentales... *cit*”

¹³ STC 108/1986, de 29 de julio

E. Temporalidad o transitoriedad y no extensión ilimitada.

Necesidad de que las medidas limitativas de DDFD deben mantenerse únicamente el tiempo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido, debiendo levantarse inmediatamente las restricciones de derechos aplicadas en cuanto las circunstancias lo permitan.¹⁴

II. Resoluciones en caso de conflicto entre derechos.

Tradicionalmente, los conflictos entre normas se han venido resolviendo mediante la aplicación de los criterios clásicos de solución de antinomias, es decir, aplicando los criterios de jerarquía, cronología y especialidad. Sin embargo, cuando nos encontramos ante conflictos entre DDFD surge el problema de conflictos entre bienes pertenecientes al mismo cuerpo normativo. Se trata de bienes entre los que no rige el principio de jerarquía y sobre los que podemos afirmar, que *a priori*, ningún principio se encuentra por encima de otro. Cuando nos encontramos ante tal conflicto, no se resuelve con la prevalencia de un derecho sobre otro, sino que puede darse el desplazamiento de uno de los derechos sobre el otro, o la determinación de una regla específica que procure la satisfacción de ambos derechos contrapuestos. En cualquier caso, deberá analizarse de forma autónoma las particularidades de cada caso concreto.¹⁵

Del análisis de la jurisprudencia constitucional, podemos afirmar que el conflicto entre DDFD, se resuelve mediante la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad o ponderación. La utilización de esta técnica se viene erigiendo en las jurisdicciones constitucionales como la más depurada forma de resolver la citada cuestión en favor de la razonabilidad jurídica. Pasamos pues a analizar los requisitos para la correcta aplicación de los mentados principios.

A. Principio de proporcionalidad.

Podemos definir el principio de proporcionalidad como aquel que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental resulta compatible con la Constitución, atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación al derecho.

Robert Alexy considera que el principio de proporcionalidad es el único modo racional de conectar un derecho constitucional con la razón para su limitación.¹⁶ El principio de proporcionalidad está considerado en la actualidad como la pieza central del “nuevo constitucionalismo”, esencial e inevitable en cualquier sistema constitucional.

¹⁴ Arnaldo Cubilla, Enrique. “Los principios que deben regir la lucha contra el COVID-19 en el Estado democrático de Derecho”. En <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/06/25/los-principios-que-deben-regir-la-lucha-contra-el-covid-19-en-el-estado-democratico-de-derecho> (Consulta 2/12/20)

¹⁵ Jorge Baquerizo Minuche. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.” Guayaquil, junio 2009. En <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf> (Consulta 2/12/20)

¹⁶ Robert Alexy, , “Los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 91 (2011), pp. 11-29.

En algunas ocasiones, el TC ha utilizado el principio de proporcionalidad como sinónimo de “ponderación necesaria de derechos y libertades fundamentales en conflicto, o de bienes constitucionales en presencia”. Esto ocurre en las SSTC 241/1991 y 85/1992, en que el TC pondera los bienes en conflicto con el fin de determinar si el ejercicio del derecho cumple con las exigencias de proporcionalidad y si resulta o no constitucionalmente legítimo. Podemos definir esta ponderación haciendo uso de las palabras de Prieto Sanchís que la concreta como la acción de “considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”¹⁷ con el fin de resolver un conflicto de principios que suministran justificaciones diferentes y oponibles al momento de adoptar una decisión en un caso concreto.

Conviene matizar que la finalidad de la ponderación a la que venimos haciendo referencia no es conducir al operador jurídico a la declaración de invalidez de uno de los principios, sino a la preservación de ambos reconociendo primacía a uno sobre el otro en los casos de conflicto. A ello se refiere Prieto Sanchis al afirmar que “... el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos”¹⁸

En la aplicación de este principio para ponderar diferentes principios contrapuestos se debe atender a las circunstancias concretas de cada caso y se acude a la proporcionalidad para comprobar si se efectúa una conciliación adecuada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la restricción y si tal conciliación se encuentra en una relación razonable con el resultado perseguido.¹⁹

En la CE no encontramos mención al principio de proporcionalidad como criterio para determinar los límites de los derechos o las resoluciones de conflictos entre ellos. Ello no obsta para que no tenga carta de naturaleza en el Derecho español: era un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y un clásico en la doctrina penal en cuanto a aplicación de la pena.

Hoy día, es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra a su vez un control de la adecuación o idoneidad de la medida objeto de examen, un examen de la necesidad de esta y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendidas sus consecuencias. Este extremo se puede observar claramente en la STC 55/1996 (fj 5): “Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era

¹⁷ Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trota, Madrid, 2003, p 189

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis *Justicia Constitucional...* cit pp. 191-192

¹⁹ Perello Domenech, Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, n.º 28, 1997

susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.”

B. Principio de razonabilidad o ponderación.

La ponderación forma parte del tercer requisito para la comprobación de si una medida resulta o no proporcional, es decir, del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este principio se refiere al significado de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Podemos relacionarlo con una regla a la que denominaremos “ley de ponderación”, al respecto de la cual dispone Robert Alexy que “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.” Viene a expresar con la citada ley de ponderación que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que en ponderar.

La ley de ponderación puede descomponerse, al igual que sucedía con la aplicación del principio de proporcionalidad, en tres pasos: en el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un derecho; en el segundo paso, debe comprobarse la importancia de la realización del derecho contrario; en el tercer paso finalmente se analiza si la importancia de la realización del derecho contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.²⁰

Nuestro TC, ha venido estableciendo que para los casos en que una decisión judicial (en alusión al amparo por la vulneración del artículo 24) se considera lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con otro derecho constitucional sustantivo, se fija la exigencia de que la decisión judicial permita apreciar cómo se procede por el juez a la garantía del derecho en cuestión, tal y como puede apreciarse, entre otras, en la STC 14/2000 (fj. 3) al expresar “el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial, ya que si la conformidad con éste exige únicamente la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, la de aquél requiere además que dicho razonamiento respete el contenido constitucionalmente garantizado al derecho fundamental afectado (SSTC 44/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2)”.

²⁰ Robert Alexy. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14

El TC ha matizado su declaración cuando un derecho sustantivo está involucrado. Sin expresarlo abiertamente, el TC da a entender que las funciones de las jurisdicciones ordinaria y constitucional confluyen cuando se trata de dar garantía jurisdiccional a los derechos fundamentales, situándose el TC en la posición de una última instancia revisora²¹, tal y como podemos apreciar, entre otras en la STC 74/2007 (fj.3): “Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (art. 15 CE). Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).”

Podemos concluir este apartado con la idea de que ningún DDFF es absoluto y que todos encuentran sus límites de forma expresa en la Constitución, así como en el respeto al contenido esencial de cada derecho por lo que cuando se producen conflictos entre ellos la solución debe pasar por la aplicación de los principios de proporcionalidad y ponderación, si bien habrá que analizar las circunstancias concretas de cada caso.

²¹ Encarnación Roca Trías; M.^a Ángeles Ahumada Ruiz. “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. *Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma-octubre 2013*

2. El derecho de excepción en la CE.

2.1 La suspensión de derechos: estado de alarma, excepción y sitio.

La CE divide la totalidad de los derechos fundamentales en tres grupos: el primero de ellos está compuesto por los derechos regulados en la sección primera del capítulo segundo del Título I (artículos 14 y 15 a 29) y son los denominados “derechos fundamentales y libertades públicas”; el segundo se compone de los establecidos en la sección segunda del capítulo segundo del Título I (artículos 30 a 38) a los que la constitución denomina como “derechos y deberes de los ciudadanos”; y, por último, encontramos los del capítulo tercero del Título I (artículos 39 a 52) encuadrados bajo la rúbrica “principios rectores de la política social y económica”.

No encontramos una relación jerárquica entre los distintos derechos aquí citados, no obstante, lo que sí observamos son grandes diferencias en cuanto a su protección. Resulta importante señalar que uno de los aspectos necesarios para la existencia de un Estado de Derecho, es la garantía de los derechos y libertades que se reconocen en la Constitución. El ejercicio de estos derechos debe estar garantizado judicialmente de forma que una privación o restricción de estos será restablecida y reparada por los Tribunales. Esta garantía la encontramos en el artículo 53 CE el cual diseña las bases del sistema de protección de los derechos definiendo los rasgos esenciales de su régimen jurídico mediante un sistema de graduación de garantías.

El artículo 53 CE establece como garantías que los derechos y libertades regulados en el Capítulo segundo, vinculan a todos los poderes públicos, su regulación es protegida mediante reserva de ley, en la que se garantiza su contenido esencial, por lo que resultan indisponibles para el legislador, tienen eficacia directa y se les proporciona una tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Es de destacar la doctrina del TC en la que señala que la fuerza vinculante de los derechos fundamentales que resulta del art. 53.1 de la CE lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y a declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento, en cuyo curso hayan sido ignorados.²²

El desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, es decir, los de la sección primera del capítulo segundo sección 1ª del Título I cuentan con una protección superior que implica la reserva específica de ley orgánica (art. 81) para la regulación de su contenido mínimo esencial, a diferencia del resto de derechos constitucionales para los que la reserva de ley es ordinaria. Además, los derechos comprendidos del artículo 14 al 29, así como el 30.2 son susceptibles de tutela mediante la interposición de recurso de amparo ante el TC.

Conviene además destacar la importancia de la figura del Defensor del pueblo establecida en el art. 54 CE que constituye un mecanismo de protección en cuanto a que ejerce un control sobre el poder ejecutivo en su actividad administrativa diaria, así como

²² STC 63/1982, de 20 de octubre

sobre el legislativo con la facultad de interponer recurso de inconstitucionalidad. Esta suma de instituciones actúa a modo de frenos y contrapesos unas sobre otras con la finalidad de dotar de plenitud al Estado de Derecho.

Especial importancia adquiere la regulación del artículo 55 CE para el tema objeto de nuestra investigación. En él, encontramos en su apartado 1 la regulación constitucional de la suspensión general de derechos y en su apartado 2, se contempla la posibilidad de que, sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o sitio, se suspendan ciertos derechos y libertades correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

El apartado 1 del artículo 55 contempla las situaciones extraordinarias que permiten, de forma excepcional, que los derechos y libertades constitucionalmente garantizados puedan ser suspendidos. Ello lo hace a través del llamado “Derecho de excepción”, que se resume en la previsión de dos medidas: la suspensión de derechos y libertades, por una parte, y, por otra, la alteración del equilibrio de poderes Ejecutivo-Legislativo.

La suspensión generalizada de derechos la encontramos directa y estrechamente relacionada con la declaración de las situaciones excepcionales reguladas en el artículo 116 CE. Las situaciones excepcionales en las que se permite la suspensión de derechos y libertades para nuestra Constitución son el estado de excepción y el estado de sitio, puesto que, en el estado de alarma, regulado también en la LO 4/1981, de 1 de junio, no se hace posible tal suspensión de derechos.²³

La CE prevé la posibilidad de suspender, según el caso, para los estados de excepción y sitio los derechos comprendidos en los artículos 17, 18.2, 18.3, 19, 20.1 a) y d), 20.5, 21, 28.2 y 37.2 CE.

Como ya hemos especificado, directamente relacionado con el artículo 55, se encuentra el artículo 116 de nuestro texto constitucional por el que se establece que tanto la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, como las competencias y limitaciones correspondientes se regularán mediante ley orgánica, hecho que nuevamente reafirma el fundamento ultra protector en materia de DDFF y libertades públicas.

Tal y como recoge el texto constitucional, la declaración del estado de alarma se realizará por decreto del Gobierno acordado por el Consejo de Ministros, por plazo máximo de 15 días dando cuenta al Congreso que se reunirá de forma inmediata y sin cuya autorización no podrá prorrogarse dicho plazo. El decreto del estado de alarma determinará el ámbito territorial al que se extiende el mismo.

El estado de alarma no supone, en principio, efecto alguno sobre la vigencia de los derechos fundamentales, puesto que su declaración implica sólo una puesta de todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado, incluidos los cuerpos policiales, bajo las órdenes directas de la autoridad competente, concepto éste referido al Gobierno o, por delegación de éste, al Presidente de una Comunidad Autónoma

²³ Abellán Matesanz, Isabel María; Sieira, Sara; Miranda, Luis Manuel, “Sinopsis artículo 55”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2> (Consulta 3/12/20)

cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte de su territorio. Se produce en este caso una concentración de potestades en el Estado.²⁴

Es posible, sin embargo, una afectación importante en algunas libertades como consecuencia de las medidas previstas en el art. 11 LO 4/1981, que faculta al Gobierno para imponer límites a la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, practicar requisas temporales de bienes, imponer prestaciones personales obligatorias, ocupar transitoriamente todo tipo de industrias y explotaciones, racionar el consumo de artículos de primera necesidad e imponer las órdenes necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios afectados por una huelga o una medida de conflicto colectivo.

2.2 El desarrollo legal de los estados de alarma, excepción y sitio: la LOEAES 4/1981.

Tal y como ya hemos fijado en el epígrafe anterior, la CE en su artículo 116 remite la regulación de los estados de excepcionalidad a una ley orgánica. Pues bien, dicha ley se promulgó el 1 de junio de 1981 como LO 4/81. Consta de cuatro capítulos conteniendo el primero de ellos las disposiciones comunes a los tres estados y cada uno de los tres siguientes se dedica a cada estado en concreto. Atendiendo al objeto de nuestra investigación únicamente nos centraremos en las disposiciones comunes y en los artículos del capítulo II del estado de Alarma que resulten más relevantes para nuestro objetivo.

Antes de centrarnos en el régimen legal del estado de alarma, vamos a atender a la cuestión tratada por la doctrina constitucionalista referida a si los tres estados que se prevén en la ley son susceptibles de graduación.

En este sentido, podemos afirmar que bajo la opinión de Fernández Segado y Cruz Villalón, a la que también nos sumamos, la ley no establece tres grados de intensidad diferente en un mismo proceso, sino que se trata de tres situaciones cualitativamente distintas: el estado de alarma está previsto para contrarrestar situaciones excepcionales con origen en catástrofes naturales; el estado de excepción para contrarrestar las crisis de orden público; y el estado de sitio está previsto para las crisis de Estado.²⁵

Una vez determinado que nos encontramos frente a tres estados autónomos, procede analizar las disposiciones comunes, las cuales constituyen una especie de marco general al que deben someterse los poderes públicos cuando declaren cualquiera de los estados. Vamos a analizar aquellas disposiciones más relevantes para nuestro trabajo:

“1ª Procederá la declaración de cualquiera de los tres estados cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.”

²⁴ Pascua Mateo, Fabio; Galindo Elola-Olaso, Fernando; Miranda, Luis Manuel, “sinopsis artículo 116”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2> (Consulta 3/12/20)

²⁵ Fernández Segado, Francisco, “La ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político* nº11, 1981.

En este primer apartado del artículo primero, la ley orgánica establece los motivos que justifican la declaración de los tres estados y la alteración de la normalidad por circunstancias extraordinarias. Se trata de un precepto muy amplio ya que las causas específicas que permiten la declaración de cada uno de los estados se encuentran expresamente establecida en el capítulo dedicado a cada uno de ellos.

“2ª Las medidas que se adopten y su duración serán las estrictamente indispensables para volver a la normalidad y proporcionadas a las circunstancias.”

Con el fin de evitar abusos de poder por parte del Ejecutivo amparados en la extraordinariedad de la situación existente, el legislador impuso que las medidas deberán ser las precisas para recobrar la situación de normalidad y proporcionales a las circunstancias. Se trata de un límite impuesto que afecta tanto a la naturaleza de las medidas adoptadas como a la duración de estas.

Sin embargo, al respecto se plantea un problema en cuanto al estado de alarma, ya que a diferencia del estado de excepción donde la aprobación por parte del Gobierno requiere de la aprobación del Congreso y el estado de sitio en el que es el Gobierno quien propone y el Congreso quien declara, en el caso que nos ocupa es el Gobierno quien de manera unilateral declara dicho estado y únicamente se le requiere dar cuenta al Congreso, lo que implica que nos encontremos ante una gran discrecionalidad gubernativa respecto a las medidas adoptadas y su vigencia.²⁶

“3ª. Finalizada la vigencia de cualquiera de los tres estados, perderán su eficacia y las competencias sancionadoras y las actuaciones preventivas, correspondientes a las Autoridades competentes, así como las medidas adoptadas en base a estas.”

En el tercer apartado del artículo primero, el legislador estableció la finalización de todas las medidas extraordinarias adoptadas al finalizar la vigencia de cualquiera de los tres estados, evitando así que se perpetúen los poderes de que ha gozado el ejecutivo durante la situación excepcional. Resulta evidente que el legislador busca el regreso a la normalidad constitucional.

“4º. La declaración de cualquiera de los tres estados no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.”

En el cuarto apartado del artículo primero podemos corroborar la inquietud y preocupación del legislador por el mal uso que el ejecutivo pueda llevar a cabo con la ampliación de las facultades que le confiere cualquiera de los tres estados, y para tal fin, recuerda la vigencia de los poderes constitucionales del Estado.

Una vez analizadas las disposiciones comunes debemos referirnos al régimen legal y concreto del estado de alarma. Este, lo encontramos en los artículos 4 a 12 del Capítulo II de la LO.

²⁶ Rodríguez Fernández, Ricardo. “¿Estado de Alarma o Estado de Excepción”? En https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1OTUvFQAz8Ne6lIH2v4schl1pvIqLFe7ob2sV9m2c2re2_N1pBA0MmmWGYj5lk62lVoKIYuApUYUI5YcXV34tWT2cfObuyZc7bCXqZySkOBeqLG38wHB16nTF17OF49X3EhXocoHYsgaTdjCkrphcq0Fy7MvHnEy5xRLXkFmUPjSFA19c2TX3b3B3cQILMAG9xpKzkpjhOjwbd_YVQ_PSMI8GDCMsl1vPqUn63lq8_2n9fO6ta1qB515xPtjtUusdEOfy2-ALZn-LfGAEEAAA==WKE (Consulta 3/12/20)

En el primer artículo dedicado al estado de alarma, encontramos las causas por las que el Gobierno podrá decretarlo, en todo o en parte del territorio nacional, haciendo referencia a las causas tasadas, siendo estas:

“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 veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.²

En el artículo sexto, encontramos la forma que se requiere para la declaración. Se hará mediante decreto del Consejo de Ministros en el que se hará constar el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma que no podrá ser superior a quince días. Únicamente se podrá prorrogar con autorización expresa del Consejo de los Diputados, que podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

Cuestión relevante tras el análisis de este sexto artículo es el establecimiento de la duración y posibles prórrogas del estado de alarma. Al respecto, compartimos plenamente el análisis realizado por José Miguel Masa Burgos.²⁷ El texto legislativo limita el primer periodo temporal del estado de alarma a 15 días, hecho que no admite interpretaciones de ningún tipo. Sin embargo, no sucede lo mismo con la regulación de la prórroga de dicho estado, porque de la literalidad del precepto cabe señalar las siguientes interpretaciones:

1. La duración del primer periodo no puede superar bajo ningún concepto la duración de 15 días.
2. Utilizando el mismo criterio de literalidad del texto, únicamente cabe una prórroga puesto que el texto legal utiliza el singular, “*solo se podrá prorrogar*”, y cuando se refiere al alcance y condiciones vigentes vuelve a utilizar la expresión “*durante la prórroga*”. Resulta meritorio pensar que si el legislador hubiera pretendido establecer la posibilidad de sucesivas prórrogas hubiera utilizado el plural de las expresiones anteriores. Esta interpretación la encontramos justificada al analizar el Reglamento del Congreso de los Diputados²⁸ el cual se refiere a la prórroga siempre en singular.
3. De otra parte, el artículo 11 de la aquí analizada LO 4/1981 reafirma la opinión que venimos sosteniendo por cuanto que, al regular las posibles medidas que se pueden adoptar al decretarse el estado de alarma utiliza el plural cuando dice: “...el decreto de declaración del estado de alarma, o

²⁷ Masa Burgos, José Miguel. “Aproximación al régimen legal del estado de alarma.”. En <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aproximacion-al-regimen-legal-del-estado-de-alarma/#leyorganica> (Consulta 4/12/20)

²⁸ “Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados”. BOE núm. 55, de 05/03/1982. Art.162 apartados 2 y 4

los sucesivos que durante su vigencia se dicten...”. Es decir, el legislador reconoce la posibilidad de que se dicten varios decretos durante la vigencia del estado de alarma, haciendo uso de la palabra “varios” y reconociendo dicha posibilidad, hecho que no sucede al no usar el plural para referirse a la prórroga.

4. Para los estados de excepción y de sitio regulados en los capítulos III y IV de la citada LO, se estable un plazo de vigencia de treinta días prorrogables por otros treinta días (arts. 13 y 15) y para el estado de sitio, será el Congreso de los Diputados el que determine su duración, sin que se prevean prórrogas.

Teniendo en cuenta la tendencia restrictiva de la duración de los estados de excepción y sitio, no parece muy conveniente con los principios que se desprenden de la aquí comentada legislación que el estado de alarma sea susceptible de tantas prórrogas como quiera el Gobierno. Tampoco parece muy conveniente limitar el plazo de duración para los estados que son autorizados por el Congreso de los Diputados, órgano que representa la soberanía nacional, y no limitar la posibilidad de prórrogas en el caso de un estado que es declarado por el Gobierno y “comunicado para su aprobación” al Congreso.

Resulta relevante aquí también referirnos al tipo y valor normativo del Decreto. El TC ha venido a establecer que tanto el Decreto por el que declara el estado de alarma como su prórroga “dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurado en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley”.²⁹

En el artículo séptimo de la LO 4/1981 dispone que el gobierno, y por delegación del Gobierno, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando afecte a todo o parte de la comunidad será la autoridad competente. Así, en el artículo octavo se establece que entre las obligaciones del Gobierno una vez declarado el estado de alarma se encuentra la de dar cuenta al Congreso de los Diputados y suministrar la información que se le requiera, así como también dará cuenta de los decretos que dicte durante la vigencia.

En el artículo noveno, encontramos una disposición a destacar por la cual, tras decretarse el estado de alarma todas las autoridades civiles del territorio afectado, los miembros de las Policías Autonómicas y de las Corporaciones Locales y todos los demás funcionarios y personal de las mismas quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

En cuanto a régimen sancionador por el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente, establece el artículo décimo que serán sancionados conforme a las leyes. Si bien, actualmente y casi cuarenta años después de la aprobación de la ley, no ha sido elaborada por el poder legislativo disposición normativa alguna que regule el régimen sancionador del incumplimiento de dichas órdenes. También establece el citado artículo que, si estos actos de incumplimiento fueran cometidos por funcionarios, las Autoridades podrán suspenderlos de manera inmediata en el ejercicio de sus cargos,

²⁹ STC 83/2016, de 28 de abril.

comunicándolo al juez a efectos de culpabilidad y al superior jerárquico a los efectos del oportuno expediente disciplinario.

Encontramos en el artículo once uno de los aspectos más importantes de la legislación en materia de estado de alarma. En este precepto, encontramos las medidas que podrán adoptarse bajo el paraguas de este estado, en el momento de su declaración o en los sucesivos que durante su vigencia se dicten, siendo estas:

- 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.

A simple vista podemos observar que tal y como ya hemos mencionado, ninguna de las medidas facultadas por la declaración del estado de alarma supone la suspensión de ningún tipo de derecho, únicamente se trata de medidas limitativas teniendo todas ellas un carácter temporal y transitorio.

Por último, el artículo 12 dispone que, para el caso de supuestos de catástrofes, calamidades o desgracias naturales, así como crisis sanitarias, la Autoridad competente podrá adoptar además de las medidas previstas, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales. Si el estado de alarma se declarase consecuencia de la paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad o para situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas, así como movilizar a su personal para asegurar su funcionamiento, siendo de aplicación de forma supletoria la normativa vigente sobre movilización para el personal movilizado.

Podemos terminar este epígrafe concluyendo que la CE ha diseñado un sistema de protección de los DDFV vinculando a todos los poderes públicos a través del artículo 53 y recogiendo la suspensión de forma excepcional de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados a través del llamado “Derecho de excepción” (artículo 55) que se da en aplicación de las situaciones excepcionales contempladas en el artículo 116, como son los estados de excepción, alarma y sitio. Atendiendo al mandato constitucional, encontramos la LOEAES que se encarga de regular las circunstancias que regirán la declaración de los diferentes estados de excepción, así como el régimen legal concreto del estado de alarma.

Teniendo en cuenta la naturaleza no ilimitada de los DDFE ya analizada, no cabe duda de que la declaración del estado de alarma como consecuencia de crisis sanitarias es suficientemente justificativa de limitaciones a la libertad de circulación, puesto que tienen por objeto preservar otros bienes constitucionalmente protegibles, como la seguridad y la salud pública. Sin embargo, observamos que el artículo 11 de la LOEAES se limita a establecer la posibilidad abstracta e indeterminada de establecer límites a la circulación, sin precisar en qué consisten esos límites, al contrario de lo que resulta de la regulación del estado de excepción en la que si se regulan con absoluta precisión los posibles límites a la libertad de circulación. Este hecho, supone para autores como Guillermo Enríquez Malvé, y que nosotros compartimos, la inconstitucionalidad del citado artículo 11 por constituir una omisión de la garantía establecida en el artículo 53.1 CE que exige que sea el Poder Legislativo el que establezca los límites de los DDFE.³⁰

Sobre la limitación del derecho a la libertad de circulación, deberemos atender a las medidas adoptadas al amparo de la normativa de excepción para comprobar si resulta o no legítima la injerencia en la esfera del derecho afectado, así como si supera los requisitos del principio de proporcionalidad a la hora de respetar su contenido esencial. Es decir, debemos comprobar si en cuanto al derecho se refiere se ha visto de iure o de facto suspendido, o únicamente se trata de una limitación del ejercicio del mismo. Este hecho supone, que la citada regulación del artículo 11 LOEAES no resulte acorde con la previsibilidad, certeza de su alcance y proporcionalidad que predica la propia ley en su artículo primero, apartado segundo. Por todo ello, consideramos que resulta preciso una reformulación de lo establecido en la LOEAES que concrete el alcance exacto de las limitaciones para que se ajuste al mandato constitucional.

2.3 Breve apunte sobre legislación sanitaria en los estados de emergencia.

Puesto que gran parte de nuestro trabajo lo dedicamos a los estados de alarma decretados como consecuencia de la crisis del COVID-19, resulta pertinente que nos refiramos a la regulación contenida en la Ley Orgánica en materia de salud pública. El hecho de que contemos con la normativa de excepción que acabamos de tratar no excluye que decisiones limitativas de derechos fundamentales también puedan adoptarse en el marco del derecho ordinario de excepción o también llamado derecho ordinario de necesidad, aunque sometidas a otro tipo de garantías

El derecho ordinario de necesidad establece la cobertura para adoptar las decisiones de emergencia sanitaria, incluso cuando se trata de derechos fundamentales, a través de la cobertura de ley orgánica, como lo es la habilitación establecida en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), que dispone, de forma muy amplia, la posibilidad de que las

³⁰ Enríquez Malvé, Guillermo. “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. En <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/24/inconstitucionalidad-de-las-limitaciones-a-la-libertad-de-circulacion-establecidas-en-el-real-decreto-463-2020-de-14-de-marzo-por-el-que-declara-el-estado-de-alarma-para-la-gestion-de-la-situacion-de-crisis-sanitaria-ocasionada-por-el-covid-19>

autoridades sanitarias adopten las medidas oportunas de control, así como aquellas “que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Esta previsión, en principio constituye una base suficiente para que las autoridades sanitarias puedan adoptar medidas que afecten y limiten ciertos derechos fundamentales, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Sin embargo, no debemos olvidar que estamos tratando de derechos fundamentales y la expresión “aquellas que se consideren necesarias” no puede suponer una carta en blanco para que las autoridades sanitarias realicen limitaciones genéricas de derechos, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin que las medidas adoptadas tengan una duración superior a la estrictamente necesaria. Consideramos que en ningún caso, la legislación sanitaria puede suponer la afectación de forma general a los DDFF, ya que, como hemos visto, la propia Constitución es especialmente rigurosa y estricta con las condiciones bajo las cuales se permite la limitación o suspensión de derechos, y en ningún caso, puede serlo de forma generalizada e indiscriminada.

Este amplio margen de maniobra que en un principio parece que se concede para estos casos a la autoridad sanitaria, como consecuencia de la crisis del COVID, ha puesto de manifiesto la peligrosidad que supone para el estado de Derecho que se adopten medidas en la forma en que nos estamos refiriendo, por lo que ha supuesto, como más adelante veremos, que se lleve a cabo una modificación de la ley de la jurisdicción Contencioso-administrativa con el fin de que todas aquellas limitaciones de derechos fundamentales que se lleven a cabo al amparo de la LOMESP cuenten con una ratificación o autorización por parte de la autoridad judicial.

En este sentido se ha pronunciado, muy acertadamente en nuestra opinión, el TSJ de Aragón en su Auto de 10 de octubre por el que no se autoriza el confinamiento perimetral en la localidad zaragozana de La Almunia de Doña Godina, al amparo del artículo 3 de la LOMESP. Los magistrados han entendido que las medidas adoptadas no encajan con el citado, por lo que concluyen que “carecen de cobertura legal”. La sala ha decidido que las administraciones no pueden restringir un derecho fundamental como es la libre circulación, cuando las medidas se dirigen a un grupo de población cuya única conexión con la enfermedad es su residencia en un mismo territorio. La Sala concluye que ese precepto no contiene una autorización de restricción de derechos fundamentales tan amplia como pudiera parecer, sino limitada a –únicamente- las medidas individuales. Así, donde el art. 3 LOMEMSP se refiere literalmente a “las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, la Sala aragonesa entiende que están excluidas las medidas generales, referidas a poblaciones enteras.

Sobre ello se pronuncia también el TC estableciendo que “aun teniendo un fundamento constitucional, 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”. En la

misma sentencia y fundamento jurídico precisamos también el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: “no sólo 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”³¹

Por tanto, teniendo en cuenta los criterios del TC y del TSJ los cuales compartimos plenamente, debemos destacar la imposibilidad de afectar DDDF de manera general, entendiendo que desde que se declaró el primer estado de alarma, los grupos parlamentarios deberían haber hecho uso de la responsabilidad que se les presupone y haber formulado reformas legales de la LOMESP en las que se concretara el alcance y contenido de las medidas sanitarias a adoptar en situaciones de crisis sanitarias y con ello, evitar el uso de los estados de alarma posteriores.



³¹ STC 76/2019, de 22 de mayo. FJ 5

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LOS ESTADOS DE ALARMA DECLARADOS EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL RECIENTE

1. Primer estado de alarma. La crisis de los controladores aéreos.

El 4 de diciembre de 2010, fue aprobado por el Consejo de Ministros el RD 1673/2010 por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, viéndose a su vez prorrogado hasta las 24 del 15 de enero de 2011 tras autorización del Congreso aprobada por RD 1717/2010, de 17 de diciembre.

La declaración del estado de alarma viene motivada por un conflicto sociolaboral de los controladores aéreos, los cuales, en forma de protesta y de ejercer presión en las negociaciones realizaron un abandono colectivo y sin previo aviso de sus funciones, perjudicando así el servicio prestado a los ciudadanos. Consecuencia del abandono de las funciones de los controladores, el Gobierno justificó la declaración del estado de alarma en el impedimento que ello suponía al ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación por todo el territorio nacional previsto en el artículo 19 y que a su vez suponía la paralización de un servicio público esencial como es el transporte aéreo, lo que constituía según los antecedentes de hecho por los que se declara el estado de alarma “una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados”, justificando la necesidad de su declaración en la necesidad para la recuperación de la normalidad de la prestación del servicio y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, tras según el RD dictado por el Ministerio de Presidencia, “haber fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente”.

En su artículo 2, el citado RD por el que se declara el estado de alarma dispone que la declaración afecta, en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos y a los centros de control gestionados por AENA.

Dentro del ámbito subjetivo de la declaración, todos los controladores aéreos pasaron a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar y, en consecuencia, quedaban sometidos a las órdenes directas del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares designadas por éste, además de a las leyes penales y disciplinarias militares de conformidad con lo previsto en el Código Penal Militar. Resulta evidente, que la militarización de los controladores aéreos y su sometimiento a los Tribunales castrenses por posibles actos que pudieran cometer después de ser declarado el estado de alarma, con independencia de las posibles responsabilidades penales, supone una vulneración del artículo 24.2 CE que reconoce el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En este sentido, coincidimos plenamente con la profesora Tur Ausina y Álvarez Conde, al afirmar que la declaración de este estado de alarma plantea dudas sobre el

cumplimiento de los presupuestos legales exigidos.³² El Gobierno utilizó para la declaración del estado de alarma el presupuesto previsto en el artículo 4.c) de la LO 4/1981 que permite la declaración de tal estado cuando se produce la paralización de un servicio público esencial, pero que además exige la concurrencia con esa paralización de alguna de las demás circunstancias en los restantes apartados (el texto legal utiliza la conjunción “y”), es decir, debería tratarse de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias o desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Además, también resulta discutible la afectación que se realiza al artículo 19 CE ya que no parece que se impida el ejercicio de tal derecho, sino que, en todo caso, lo que se vería afectada sería la forma de ejercerlo pudiendo verse satisfecho de otras múltiples formas, así como resulta discutible la duración de la prórroga superior a 15 días (hecho que analizaremos cuando examinemos el RD 926/2020, de 25 de octubre) y su aprobación por parte del Congreso con un claro carácter preventivo.

Como consecuencia de la declaración del estado de alarma se produjeron una serie de recursos contencioso-administrativos impugnando el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, el acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita al Congreso autorización para prorrogar en sus términos el estado de alarma, y el RD 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma, alegando presuntas irregularidades tanto del procedimiento seguido por el Gobierno para aprobar los dos decretos como en los cuerpos legales en los que se apoyaban para dictarlos. El TS inadmitió tales recursos y la parte actora interpuso recurso de amparo ante el TC. Así, el TC tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica del estado de alarma y su alcance en la STC 83/2016, de 28 de abril de 2016 (fj 7 y 8), a la que nos referiremos más adelante.

Nos encontramos por tanto, ante la declaración del estado de alarma por parte del poder gubernativo con el fin de solventar un conflicto sociolaboral que supuso la militarización de los controles aéreos, sin ajustarse a los presupuestos legales exigidos al no darse las circunstancias de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias o desabastecimientos, además de una más que discutible afectación del derecho a la libertad de circulación en cuanto a la justificación aportada por el Gobierno.

2. Segundo estado de alarma. La crisis del Coronavirus.

Consecuencia de la elevación el pasado 11 de marzo de 2020 de la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia mundial por la OMS, el 14 de marzo se dictó por parte del Gobierno central el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entrando en vigor en el momento de su publicación y estando vigente hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Esta disposición fue modificada por múltiples disposiciones reglamentarias, la primera, a los

³² Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018. Pp 562-564

3 días de la publicación de aquella disposición reglamentaria (mediante Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo , se modificaron los artículos 7, 10 y 14 del Real Decreto 463/2020, además de modificarse y aplicarse la D.A. 3ª) y otras a raíz de las sucesivas prórrogas (el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo , añadió la D.A. 6ª; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril , modificó los artículos 7 y 10.6 del reglamento original; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril , modificó igualmente los artículos 7 y 10.6 de aquel; el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo , añadió el párrafo 1.bis al artículo 7 del primigenio reglamento de aprobación del estado de alarma, así como una nueva D.A. Séptima); y el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo , a través del cual se derogan las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y Cuarta del Real Decreto 463/2020.

Además de las prórrogas respectivas, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de abril de 2020 , que aprobó un Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad , conocido como Plan de desescalada, marcó uno de los hitos más importantes, por cuanto, a pesar de que no fue publicado en el B.O.E. , se trasladó al Congreso de los Diputados en cumplimiento de la obligación informativa prevista en el apartado uno del artículo octavo de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, también prevista en la D.A. Sexta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En su artículo 2, el citado RD por el que se declara el estado de alarma dispone que la declaración afecta, a todo el territorio nacional, estableciendo en el artículo 3 una duración de 15 días naturales, siendo objeto de reiteradas prórrogas por el Congreso de los Diputados, finalizando el día 21 de junio.

Especialmente relevante resulta su artículo 7 mediante el que se limita la libertad de circulación de las personas debido a la incidencia que puede tener en relación con el derecho regulado en el artículo 19 CE, el cual tras la reforma operada por el Real Decreto 465/2020 dispone que:

“1. 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 que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”.

A continuación, el artículo 7 establece que “Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio”.

Como puede observarse, la voluntad del legislador es que aquellas actividades para las que se permite la circulación de las personas durante la vigencia del estado de alarma se realicen en todo caso “individualmente”, ya se haga la circulación andando o en cualquier tipo de vehículos. Por tanto, se considera que la circulación en vehículo para la realización de las actividades que permite el artículo 7.1 ha de hacerse también individualmente.

Se habilita en el citado artículo 7 a que el ministro del Interior pueda acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas, pudiendo también acordar la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos.

El Ministerio del Interior, en una Comunicación a los Delegados del Gobierno de 14 de abril de 2020 emitida al amparo de la facultad de dictar instrucciones interpretativas que le reconoce el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, sostiene que la inobservancia del artículo 7 constituye desobediencia a un mandato directo del Gobierno, que es la autoridad competente durante el estado de alarma. Por tanto, según el Ministerio del Interior, dicha inobservancia queda subsumida en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.³³ A este respecto se ha pronunciado la Abogacía del Estado, opinión que compartimos plenamente, mostrando expresamente su discrepancia con dicha interpretación, argumentando que no toda contravención de las normas da lugar a la infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo. En opinión de la Abogacía del Estado, dicho precepto no sanciona el genérico incumplimiento del ordenamiento jurídico, sino que exige un desvalor adicional, consistente en desatender el requerimiento del agente de la autoridad que conmine al cumplimiento.³⁴

En cuanto al sector educativo, el artículo 9 suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en la Ley de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados. Estable el citado artículo que no obstante lo citado anteriormente, se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y “on line”

³³ Grande Marlaska, Fernando. “Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción” de 14 de abril de 2020. En https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/Comunicacion_Ministro_a_Delegados_del_Gobierno_15042020_0_0.pdf (Consulta: 19/12/20)

³⁴ Castro Rey, Consuelo. Abogada General del Estado. “Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma”, de 2 de abril de 2020. En <http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf> (Consulta 19/12/20)

siempre que resulte posible, lo que a priori, puede suponer si no una suspensión directa, una importante limitación del derecho regulado en el artículo 27 CE.

Especialmente relevante resulta también por la afectación sobre el tejido económico estatal y a su vez, por su afectación social, de lo establecido en el artículo 10 relativo a la suspensión de la actividad comercial, actividad o establecimiento salvo las excepciones tasadas. Observamos claramente como esta medida tiene una incidencia sobre el ejercicio del derecho a la libertad de empresa regulado en el artículo 38 CE. Al efecto, se exceptúan de la suspensión para el ejercicio de la actividad comercial:

- Establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad.
- Establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos.
- Establecimientos de productos higiénicos.
- El ejercicio profesional a domicilio de la actividad de peluquería.
- Establecimientos de venta de prensa y papelería.
- Establecimientos de suministro de combustible para la automoción
- Estancos.
- Establecimientos dedicados a los equipos tecnológicos y telecomunicaciones.
- Establecimientos dedicados a la venta de alimentos para animales de compañía.
- El comercio por internet, telefónico o correspondencia.
- Tintorerías y lavanderías.

Se suspende cualquier otra actividad cualquier otra actividad o establecimiento que a juicio del Ministerio de Sanidad pueda suponer riesgo de contagio. También se suspende toda actividad relacionada con la cultura y el ocio que requiere de presencialidad. Así mismo, se establece que cuando se deba acudir a los establecimientos excepcionados a la suspensión, deberá hacerse de forma individual salvo que se acompañe a personas dependientes. La permanencia en los establecimientos será la estrictamente necesaria evitando aglomeraciones y manteniendo una distancia de seguridad entre consumidores y empleados de al menos un metro.

En el artículo 11 se limita el derecho contemplado en el artículo 16 CE sobre la libertad religiosa, permitiendo la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres pero condicionado a la adopción de medidas que eviten aglomeraciones de personas y que garanticen la posibilidad de respetar la distancia entre los asistentes de, al menos, un metro.

El artículo 14 se dedica a las medidas en materia de transporte. Al efecto, el Ministro de Transportes queda habilitado para dictar los actos y disposiciones necesarios para establecer condiciones a los servicios de movilidad en orden a la protección de personas, bienes y lugares.

Para sintetizar las medidas aplicadas en este artículo, podemos dividirlas en dos grupos:

A. Medidas cuantitativas:

- a) Servicio de transporte público de viajeros que no están sometidos a contrato público u obligaciones de servicio público: reducción de la oferta al menos, un 50%.
- b) Los mismos servicios que sí están sometidos a contrato público u obligaciones de servicio público reducirán su oferta, como regla general, al menos, un 50%. Esta medida incluye Renfe, entre otros. Los servicios ferroviarios de cercanías mantendrán su oferta de servicios.
- c) Estos mismos servicios de competencia autonómica o local, sometidos a contrato público u obligaciones de servicio público, mantendrán su oferta de transporte.
- d) Se garantiza que los ciudadanos puedan acceder a sus puestos de trabajo y los servicios básicos en caso necesario.
- e) Habrá unos criterios específicos para el transporte entre la Península y los territorios no peninsulares, así como para el transporte entre islas.

B. Prestación del servicio:

- a) Solo se ha de viajar por razones inaplazables.
- b) Es obligatoria la limpieza diaria de los vehículos de transporte, de acuerdo con las recomendaciones que establezca el Ministerio de Sanidad.
- c) En las plazas sentadas se procurará la máxima separación posible entre los pasajeros.
- d) Las autoridades competentes delegadas podrán adoptar todas aquellas medidas adicionales necesarias para limitar la circulación de medios de transporte colectivos que resulten necesarias.

En las disposiciones adicionales segunda a cuarta, se regula la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, así como la suspensión e interrupción de los plazos procesales y administrativos (para todo el sector público), reanudándose el cómputo de los plazos en el momento en el que pierda vigencia el estado de alarma, salvo las excepciones que en ellas se recogen siendo estas:

- En el orden penal no se aplicará a los procedimientos de habeas corpus, los servicios de guardia, actuaciones con detenido, órdenes de protección, actuaciones urgentes inaplazables y medidas cautelares.
- En el orden contencioso, el procedimiento para la protección de los DDFF.
- En el orden social los procedimientos de conflicto colectivo y tutela de DDFF.
- En el orden civil, la autorización para el internamiento no voluntario y la adopción de medidas de protección del menor.

No obstante, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables.

Nuevamente, al respecto de la suspensión e interrupción, se pronuncia la Abogacía del Estado incidiendo en la deficiente redacción de la disposición adicional tercera, ya que resulta necesario distinguir el significado de los términos suspensión e interrupción. La abogacía llega a la conclusión de que los plazos en este caso se suspenden, por lo que continuarán al levantarse la suspensión por el mismo lugar en que se encontraban, pero no se interrumpen ya que ello supondría un nuevo computo de los plazos desde el principio.³⁵

Además, debemos añadir que esta suspensión de plazos puede producir una vulneración del artículo 24 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y además entendemos que choca de frente con el ya citado artículo 116.5 CE el cual dice, claramente, que la declaración de cualquiera de los estados de excepción, “en ningún caso podrá interrumpir el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”

Como consecuencia de la declaración del estado de alarma, el 6 de mayo de 2020 el TC admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario de VOX, en relación con los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modifica el citado artículo 7 y los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, que aprueban las sucesivas prórrogas, así como la Orden SND/298/2020, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres, al entender este grupo parlamentario que mediante la declaración del estado de alarma se han suspendido derechos fundamentales tales como la libertad de circulación, la libertad de empresa o el derecho a la libertad religiosa y que tal suspensión no se realiza de conformidad con la Constitución al sobrepasar los límites permitidos en un estado de alarma.

En este mismo sentido, el 19 de abril se presentó una queja ante el Defensor del Pueblo por un grupo de juristas, entre los que se encuentran catedráticos de Derecho Constitucional, profesores universitarios, exjueces y abogados, solicitando que interponga de forma inmediata recurso de inconstitucionalidad y de amparo frente al RD 463/2020 y el resto de las disposiciones que lo desarrollan. Sustentan su queja en la preocupación que les genera el deterioro que sufre el sistema de libertades y las deficiencias jurídicas que presenta el sistema normativo puesto en marcha por el Gobierno con la declaración del estado de alarma, lo que ha supuesto, entre otras, la suspensión del derecho a la libertad de circulación, derecho de reunión y manifestación, derecho a la libertad religiosa, derecho a la libertad de empresa, así como la suspensión y paralización del normal funcionamiento del Congreso de los Diputados y el sistema de control político sobre el ejecutivo.

Podemos terminar este apartado concluyendo que la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia se ajusta a los requisitos establecidos por la

³⁵ García Malsipica, Silvia “*Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional terca*” 20 de marzo de 2020. En <https://www.gtt.es/wp-content/uploads/2020/03/ACCEDE-AL-INFORME.pdf> (Consulta: 15/12/20)

LOEAES al tratarse de una crisis sanitaria. En el citado RD se recogen limitaciones que hasta ahora no se habían llevado a cabo en nuestra historia constitucional reciente, tales como la limitación del derecho a la libre circulación permitiéndose únicamente bajo las causas tasadas en el RD, la suspensión de la actividad educativa presencial, la suspensión de determinada actividad comercial, la limitación del derecho contemplado en el artículo 16 relativo a la libertad religiosa al establecerse que la asistencia a los lugares de culto deberá condicionarse a la adopción de determinadas medidas, así como la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad durante el periodo de duración del estado de alarma.

3. Tercer estado de alarma. El caso de la Comunidad de Madrid y el COVID-19.

Con el fin de la vigencia del RD 463/2020 el pasado 21 de junio, el país entro en la etapa de “nueva normalidad”. Las autoridades sanitarias de las CCAA vienen realizando desde entonces importantes esfuerzos en el seguimiento y vigilancia de la epidemia. Al respecto, con el fin de tomar medidas coordinadas para el conjunto de las Administraciones, se vienen adoptando acuerdos en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En las semanas previas al 9 de octubre, se vino observando una situación de transmisión comunitaria del SARS-CoV-2 en diversos territorios y un aumento significativo de las tasas de hospitalización lo que requería la implementación de medidas más estrictas que permitieran facilitar el control de la epidemia.³⁶

Con fecha 30 de septiembre, el CISNS acordó una serie de medidas relacionadas con la restricción del contacto social en municipios, entre las que se incluyó la limitación de la movilidad.

A fecha 7 de octubre, se constata por el Gobierno que existen en España once municipios de más de 100.000 habitantes con tasas de incidencias superiores a los 500 casos por 100.000 habitantes. En concreto, estos municipios se encuentran en la comunidad de Madrid, siendo la única comunidad autónoma que no ha visto judicialmente ratificada la medida de restricción en relación con la movilidad de las personas entre los municipios afectados.

Entendiéndose por parte del Gobierno que resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata y con “la única y exclusiva finalidad de proteger la salud de la población” se aprueba el RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2 y mediante el que se “regula específicamente la medida referida a la entrada y salida de los municipios en que concurran las circunstancias señaladas anteriormente.”

³⁶ Calvo Poyato, Carmen “RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2”. Preámbulo pp 2-6

La propuesta del estado de alarma surge de la vicepresidenta primera del Gobierno y ministra de la Presidencia, y del ministro de Sanidad; a diferencia del RD 463/2020, donde, además de ellos, participaron los ministros de Defensa, Interior y de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Resulta llamativo que no haya participado en la propuesta el ministro del Interior; dado que, en la propia motivación del RD 900/2020, como se ha indicado antes, se subraya que este únicamente regula “la medida referida a la entrada y salida de los municipios en que concurran las circunstancias señaladas anteriormente”. Es evidente que esta tarea exige la participación de las FFCCS, máxime cuando el Gobierno se reserva ser la única autoridad competente, y las facultades de coordinación de las policías municipales con aquellas, corresponden al Ministerio del Interior.³⁷

El artículo 2 del RD 900/2020 dispone que la declaración del estado de alarma resulta de aplicación en el territorio en los territorios de los municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz, entrando en vigor en el momento de su publicación en el BOE (DA 2), con una duración inicial de 15 días naturales, duración que no se ha visto prorrogada al no solicitarse la prórroga al Congreso de los Diputados. Este hecho se debe a que el fin de la vigencia del estado de alarma en los municipios citados se produjo el 24 de octubre y acto seguido, el 25 de octubre fue publicado el RD 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, con un ámbito de aplicación en todo el territorio nacional.

La autoridad competente, a los efectos del estado de alarma, es el Gobierno según dispone el artículo 4. No se designa en el presente RD ninguna autoridad competente delegada. Ni siquiera al gobierno autonómico cuando el RD afecta sólo a parte del territorio nacional sobre la que se extiende la Comunidad de Madrid y la LO 4/1981 prevé expresamente tal posibilidad, bien por voluntad del Gobierno o a petición del presidente de la comunidad autónoma afectada (tampoco consta que lo haya solicitado la presidenta de la Comunidad de Madrid). Difiere también del estado de alarma aprobado por RD 463/2020 en que no hay autoridades delegadas ministeriales.

El gobierno central es, por tanto, la única autoridad competente para la adopción de las medidas que se atribuyen en el RD 900/2020. De forma contradictoria a esta tajante asignación, el artículo 6 dispone que “cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto”.

Especialmente relevante resulta su artículo 5, al igual que sucedía con el artículo 7 del RD 463/2020, mediante el que se limita la libertad de circulación de las personas debido a la incidencia que puede tener en relación con el derecho regulado en el artículo 19 CE. Tal y como hemos visto en el preámbulo del RD, este artículo 5 constituye el núcleo central y el fundamento para decretar el estado de alarma en los municipios citados por parte del Gobierno. El artículo 5, queda redactado de la siguiente forma:

³⁷ López Berzosa, Daniel. “Análisis de urgencia del estado de alarma para la Comunidad de Madrid”. En <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/10/13/analisis-de-urgencia-del-estado-de-alarma-para-la-comunidad-de-madrid> (Consulta 5/12/20)

“1. Se restringe la entrada y salida de personas de los municipios recogidos en el artículo 2 a aquellos desplazamientos adecuadamente justificados que se produzcan por alguno de los siguientes motivos:

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- 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 que no puedan aplazarse.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

2. La circulación de las personas en tránsito a través de los ámbitos territoriales que constituyen el ámbito de aplicación de este real decreto no estará sometida a las restricciones establecidas en el apartado anterior.”

Tal y como se desprende de la literalidad del artículo, la única materia objeto del RD es la libertad de circulación de las personas. Con una interpretación favorable de la idea de limitación frente a la de una auténtica suspensión, y, sin perjuicio de lo que, en su caso, determine el Tribunal Constitucional, esta libertad fundamental de las personas residentes en los nueve municipios citados en el artículo 2 se ve limitada en menor medida de lo que sucedía en el RD 463/2020 ya que sí se permite la movilidad dentro de los citados municipios, aunque ello no supone que no resulte afectada al restringirse el movimiento de las personas entre los municipios citados que sólo podrá realizarse por motivos justificados y tasados.

En el artículo 7 encontramos la regulación relativa al régimen sancionador. Nuevamente, al igual que sucede con el RD 463/2020, se dispone que el incumplimiento de lo dispuesto “será sancionado con arreglo a las leyes”, lo que nos remite nuevamente al artículo 10 de la LO 4/1981, de 1 de junio. Este artículo 7 se limita a especificar lo que literalmente dispone la LO 4/1981 sin hacer referencia a ningún procedimiento sancionador especial ni ningún catálogo específico de infracciones y sanciones, lo que propicia que se genere una gran inseguridad jurídica entre los ciudadanos, así como en aquellos que deben hacer cumplir las disposiciones del RD.

Podemos cerrar este apartado concluyendo que el aumento de la tasa de incidencia acumulada en la Comunidad de Madrid junto con el hecho de que no se vieran ratificadas judicialmente las medidas sobre restricción de la movilidad, obligaron al Gobierno a

aprobar el RD 900/2020 decretando el estado de alarma únicamente en ese territorio, con el único contenido de limitar la circulación de las personas entre los municipios citados en el RD.

4. Cuarto estado de alarma. La segunda ola del coronavirus y siguientes.

Semanas previas al 25 de octubre, debido a la tendencia ascendente en el número de casos por la COVID-19 lo que suponía un aumento importante de la incidencia acumulada, propició que diversos territorios autonómicos adoptaran medidas limitativas, entre otros, del derecho fundamental a la libre circulación (art. 19). Ello derivó a su vez en una disparidad de criterios judiciales a la hora de someter a los jueces la pertinencia de las decisiones territoriales, pues algunos tribunales avalaron y otros no esas medidas autonómicas, con el consiguiente perjuicio que ello supone para la seguridad jurídica que exige un Estado de Derecho.

Todo esto, sumado a una incidencia acumulada a fecha de 22 de octubre de 349 casos por 100.000 habitantes motivó que se aprobase el RD 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, de cuyo preámbulo podemos obtener importantes consideraciones justificadoras de la necesidad de su adopción, aplicándose en un principio a todo el territorio, salvo las islas Canarias, donde el nivel de riesgo es alto o muy alto de acuerdo con los estándares internacionales.

El incremento de la transmisión del SARS-COV-2 está afectando más gravemente a grupos poblacionales de riesgo, que presentan una mayor probabilidad de hospitalización y fallecimiento. Justifica el Gobierno en el preámbulo del decreto 926/2020 que existe una evidencia de que el contacto social en los que no se guardan las debidas medidas de distanciamiento y prevención, conlleva un alto riesgo de transmisión del virus. Así mismo, aseveran que los principales focos de contagio actual según el estudio de los brotes notificados son los encuentros familiares y sociales. Señala el Gobierno también que “la limitación del tamaño de los grupos en lugares públicos y privados y la reducción de contactos entre personas no convivientes forman parte del conjunto de medidas sociales y de salud pública de la estrategia integral de la OMS”, afirmando a su vez que buena parte de los encuentros de riesgo se producen en horario nocturno. Por último, se asevera por parte del ejecutivo que también se ha observado que “los movimientos de personas, desde unidades territoriales de alta incidencia a otras de menor incidencia, suponen un riesgo muy elevado de difusión geográfica de la transmisión”.

Se señala en el preámbulo que el conjunto de medidas adoptadas se encuadran en la “acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar los sistemas sanitarios y sociosanitarios”. Entiende el ejecutivo la necesidad de ofrecer una respuesta a la situación que resulte inmediata, ajusta y proporcional dentro del marco de cogobernanza que nos caracteriza.

Además, en el propio preámbulo ya se señala la intención y necesidad de que el periodo de vigencia del estado de alarma sea superior a los quince días establecidos pregonando la imprescindibilidad de prorrogar la norma por un periodo estimado de seis meses (hecho que entraremos a analizar posteriormente al tratar el RD 956/2020), en los que el Ministro de Sanidad comparecerá quincenalmente ante la comisión del Congreso de los Diputados.

El artículo 2 del RD 926/2020 en sus apartados 1 y 2 establece que la autoridad competente será el Gobierno de la Nación y que en cada comunidad autónoma la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma. Sin embargo, el apartado 3 atribuye a las autoridades competentes delegadas (las CCAA) la potestad para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, sin que sea precisa la “tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

Observamos en este tercer apartado del artículo 3 la forma en que el ejecutivo pretende evitar el control judicial por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CCAA, hecho que nos resulta cuanto menos controvertido.

Especialmente relevantes resultan los artículos 5 a 8, en los que se establecen las limitaciones del ejercicio del derecho a la libre circulación y otros conexos. Concretamente, se establecen limitaciones a la libre circulación en horario nocturno, a la entrada y salida de municipios y comunidades autónomas, y a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados, además de otros conexos que pueden verse afectados como ahora veremos tales como el derecho de manifestación y de reunión. A este respecto, opina el profesor Javier Tajadura Tejada que “todas estas limitaciones tienen ahora cobertura constitucional, pero siguen siendo insuficientes para garantizar la seguridad jurídica. El decreto debería precisar también -y no lo hace- el alcance de las limitaciones y los criterios que permiten su adopción. No es preciso que las restricciones del derecho sean idénticas en todo el territorio nacional, pero sí que resulta obligado que, en igualdad de condiciones sanitarias o de otro tipo, el alcance de la limitación del derecho fundamental sea similar. Por ello el decreto debería incluir, inexcusablemente, los criterios objetivos (epidemiológicos, sanitarios, de camas disponibles, etcétera) en función de los cuales se puede acordar un confinamiento perimetral o una ampliación o reducción de la franja horaria del “toque de queda””. Pasamos pues a analizar de forma separada cada una de estas limitaciones, las cuales entendemos que además de afectar a la libre circulación del artículo 19 CE, también pudieran afectar de forma conexa al derecho de reunión y manifestación regulado en el artículo 21 CE.

El artículo 5 se encarga de regular lo que coloquialmente se conoce como “toque de queda”, limitando la circulación de personas por las vías o espacios públicos entre las 23:00 y las 6:00 únicamente para las actividades tasadas, siendo estas:

- 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.”

Además, se habilita a las autoridades competentes delegadas para determinar en su ámbito territorial la modificación del horario de inicio y final de la limitación, estableciendo una horquilla de 1 hora arriba o abajo tanto para el inicio de la limitación como para la hora de finalización de esta.

El artículo 6 por su parte se encarga de limitar la entrada y salida de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía, restringiendo la movilidad entre CCAA únicamente para los casos debidamente justificados que se produzcan por los siguientes motivos tasados:

- a) “Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.”

También se regula en este artículo la potestad para que la autoridad competente delegada pueda, adicionalmente limitar la entrada y salida de personas en ámbitos territoriales geográficamente inferiores a la comunidad autónoma, sin que en ningún caso a la circulación en tránsito a través de estos ámbitos territoriales se apliquen las limitaciones.

El artículo 8 se encarga de la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, sin que se incluyan dentro de estas limitaciones las actividades laborales e institucionales para las que se establezcan medidas específicas en la normativa aplicable. Así, en su apartado primero se dispone que “la permanencia de

grupos de personas en espacios de uso público, tanto cerrados como al aire libre, quedará condicionada a que no se supere el número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes y sin perjuicio de las excepciones que se establezcan en relación con dependencias, instalaciones y establecimientos abiertos al público. La permanencia de grupos de personas en espacios de uso privado quedará condicionada a que no se supere el número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes.” Es decir, se produce una limitación del derecho de reunión (art. 21). a un máximo de seis personas. Además, se faculta a la autoridad competente a determinar que el número máximo de personas sea inferior a seis, así como a establecer excepciones y a cualquier otra flexibilización de la limitación prevista.

Esencialmente relevante y llamativo nos resulta el apartado tercero de este artículo 8 en el que se regula el derecho de manifestación, disponiendo 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.”

Tal y como acabamos de advertir, en este artículo se establece la limitación e incluso la posibilidad de supresión del derecho contenido en el artículo 21 de nuestra Carta Magna. Del análisis que hemos realizado anteriormente de la LO 4/1981 se desprende que este derecho no puede ser nunca suprimido por el estado de alarma, es decir, el artículo 11 de la citada LO no faculta al Gobierno para suprimir este derecho, siendo las únicas vías para su supresión los estados de excepción o sitio, o en todo caso, tal y como se venía realizando hasta el momento: con una orden del gobierno autonómico correspondiente ratificado por el TSJ de su Comunidad Autónoma en base al artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero nunca puede ser el estado de alarma quien suspenda ni tan siquiera afecte a este derecho fundamental. Ni de iure ni de facto. La CE establece que este derecho podrá ser suspendido por motivos de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes previa comunicación a la autoridad. Por ello, como tal y a modo de crítica, debemos afirmar que un estado de alarma no parece el mecanismo adecuado para establecer esta limitación, hecho sobre el que entraremos a fondo más adelante, teniendo únicamente en este punto la intención de expresar nuestra opinión sobre la inconstitucionalidad de este precepto.

Por último, en cuanto a la limitación de DDFE encontramos en el artículo 8 la limitación relativa a la permanencia de personas en lugares de culto, disponiendo en este caso el RD 926/2020 que se limita la permanencia de personas en lugares de culto a los aforos que se fijen por las autoridades delegadas correspondientes, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar, sin que dicha limitación pueda afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.

Se puede observar cómo se desprende del análisis de los artículos 5 a 8, así como en el artículo 9 una habilitación en favor de las autoridades competentes delegadas para legislar y disponer en materia de DDFE. En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Defensor del Pueblo, al resolver no imponer recurso de inconstitucionalidad al amparo de los 20 escritos que ha recibido solicitándoselo, afirmando que a su juicio resulta ajustada a derecho la delegación que se realiza en los presidentes de las comunidades

autónomas, ya que ello no supone que el Gobierno de la Nación deje de ser la autoridad competente y los presidentes autonómicos son las autoridades competentes delegadas, tal y como sucedía en el estado de alarma de marzo con los ministros del Gobierno.³⁸

A nuestro juicio, esta habilitación supone de facto la delegación por parte del Gobierno en las CCAA de facultades restrictivas de DDFE para las que no tienen competencias ni les pueden ser transferidas. Se establece en la STC 83/2016 un principio de responsabilidad plena en el Gobierno ya que es quien debe declarar el estado de alarma y acordar las medidas, por ello mismo el TC considera que este tipo de disposiciones tienen rango de ley y que debe ser sometido a los quince días a un control político por parte del Congreso de los Diputados³⁹. Es decir, el Gobierno puede delegar en las CCAA la autoridad del estado de alarma, pero dicha delegación se refiere a la ejecución y efectividad de las medidas acordadas previamente por el Gobierno y no a la facultad de dictar dichas medidas. Esta delegación de facultades que propone el artículo 9 supone una burla al control judicial. De esta manera, evitan estar sometidas a la ratificación de sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia, dejando en manos de las CCAA cualquier decisión restrictiva de DDFE⁴⁰. Por ende, consideramos que el artículo 9 del RD es inconstitucional.

No conviene además perder de vista que el objetivo del estado de alarma es por un lado la centralización de la toma de decisiones y dirección ante este tipo de situaciones, hecho que se realiza en un primer momento para inmediatamente volver a otorgar esa potestad en las CCAA, y, por otro lado, habilitar al Gobierno y a las Cortes para limitar excepcionalmente DDFE, no para suprimirlos y, desde luego, no para delegar en los territorios autonómicos. Tal delegación es “abiertamente inconstitucional. Es contrario a la CE dado que resulta inadmisibles que se atribuya a los gobiernos autonómicos la potestad discrecional de establecer los criterios que limiten, restrinjan o extiendan DDFE como la libertad de circulación”.⁴¹

En el artículo 10 del RD 926/2020 por su parte, se establece la facultad de la autoridad competente delegada para, a la vista de la evolución de las circunstancias, 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.

El 3 de noviembre se publica el RD 956/2020 por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 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. La solicitud de prórroga fue solicitada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros el 27 de octubre y aprobada por el Pleno del consejo de los Diputados el 29 de octubre, aprobación que obtuvo un total de 194 votos a favor, 53 en contra y 99 abstenciones.

³⁸ En <https://diariodealicante.net/el-defensor-del-pueblo-considera-que-la-declaracion-del-segundo-estado-de-alarma-respeto-la-constitucion/> (Consultado el 28/01/21)

³⁹ STC 83/2016, de 28 de abril

⁴⁰ Varela Álvarez, Yegor “Análisis Jurídico sobre la constitucionalidad del RD 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”, En <https://www.instagram.com/unjoventurista/> (Consulta 10/12/20)

⁴¹ Marín Gámez, José Ángel. “Otro estado de alarma: reflexiones sobre el papel de las CCAA”. En <https://hayderecho.expansion.com/2020/11/02/otro-estado-de-alarma/> (Consulta 20/12/20)

Este RD 956/2020 introduce algunas modificaciones al RD inicial de aprobación del estado de alarma como la flexibilización del artículo 5. Hasta ahora, el “toque de queda” era la única medida aplicable a todo el territorio, pero con la modificación se cambia el artículo mediante la disposición transitoria única y las CCAA podrán decidir si lo mantienen o lo retiran, como pasaba con el resto de las medidas de este estado de alarma.

Entre otras modificaciones, se modifica el artículo 14 estableciendo que CISNS, podrá pedir al Gobierno a los cuatro meses, el 9 de marzo, que se levante el estado de alarma, dos meses antes de que acabe. Además, el Presidente del Gobierno deberá comparecer ante el Congreso cada dos meses para informar sobre la situación de la pandemia.

Pero de este decreto, consideramos que el aspecto más relevante es su artículo segundo el cual dispone que “la prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, y se someterá a las condiciones establecidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y en los decretos que, en su caso, se adopten en uso de la habilitación conferida por la disposición final primera del citado Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, sin perjuicio de lo que se establece en las disposiciones siguientes.” Es decir, se prorroga el estado de alarma por un total de seis meses, aunque como hemos mencionado cabe la posibilidad de que su duración sea de cuatro meses.

Sobre la duración de la prórroga superior a 15 días se ha pronunciado también el Defensor del Pueblo, afirmando que la Constitución no establece nada sobre la duración de la prórroga y que corresponde al Congreso de los Diputados determinar la duración de la misma, y que siempre que se garantice el respeto a los principios de intervención mínima, proporcionalidad, temporalidad, normalidad y responsabilidad, la prórroga será conforme a derecho, aunque tenga una duración superior a 15 días.⁴²

Nosotros nos remitiremos a lo analizado sobre el artículo 6 de la LO 4/1981, de 1 de junio, por lo que concluimos que a nuestro juicio resulta contrario a la legislación vigente y a la constitución el establecimiento de prórrogas superiores a quince días.

No obstante, en caso de que resultase procedente una prórroga superior a los quince días establecidos por la normativa, coincidimos con las conclusiones alcanzadas por Yegor Varela Álvarez, el cual afirma que establecer una prórroga de seis meses resulta totalmente desmedido sin posibilidad de aportar justificación a una prórroga tan extensa. Resultaría contraria al principio de proporcionalidad, además de desproporcionada la previsión del mantenimiento de seis meses de una medida que limita DDFF, máxime cuando nos encontramos ante una situación tan cambiante.⁴³

Podemos sintetizar este RD 926/2020 afirmando que el mismo deviene como consecuencia de la tendencia ascendente de casos de COVID-19 y el hecho de que los

⁴² En <https://diariodealicante.net/el-defensor-del-pueblo-considera-que-la-declaracion-del-segundo-estado-de-alarma-respeto-la-constitucion/> (Consultado el 28/01/21)

⁴³ Yegor Varela Álvarez “Análisis Jurídico sobre la constitucionalidad del RD 926/2020...” cit, En <https://www.instagram.com/unjoventjurista/> (Consulta 12/12/20)

diferentes territorios autonómicos dictaran medidas limitativas derivando en disparidad de criterios judiciales a la hora de ratificar o no las medidas. Este RD atribuye a los presidentes autonómicos el nombramiento como autoridades competentes delegadas, evitando de esta forma el control judicial. Entre derechos afectados por la declaración del estado de alarma encontramos la limitación del derecho a la libertad de circulación en horario nocturno, así como la limitación de la entrada y salida de las comunidades autónomas con la posibilidad de que se pueda limitar a territorios geográficamente inferiores. También se limita el derecho de reunión limitando el número de personas que pueden permanecer en grupo tanto en espacios públicos como privados. El RD, regula también la posibilidad de prohibición del derecho de manifestación, así como la limitación relativa a la permanencia de personas en lugares de culto según los aforos establecidos. Por último, resulta reseñable la prórroga de 6 meses aprobada por RD 956/2020 y que prolonga la duración del estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021.



TERCERA PARTE. AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA DECLARACIÓN DE LOS ESTADOS DE ALARMA. ANÁLISIS SOBRE SU PROCEDENCIA.

1. Introducción

El Parlamento Europeo ha expresado su preocupación por el impacto de las medidas Covid en derechos fundamentales como la libertad de circulación, de expresión o de libertad religiosa, y ha instado a los Estados miembros a "plantear la posibilidad de abandonar el estado de emergencia o, de no ser posible, la opción de limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales".

Ha hecho un llamamiento a los Estados miembros a través de la resolución (2020/2790), publicada el 13 de noviembre. En ella, enumera una serie de peticiones para que las medidas que limitan derechos sean ante todo proporcionadas y temporales. Recuerda también lo importante que es contar con una supervisión parlamentaria y judicial apropiada, tanto a nivel interno como externo, así como controles equivalentes orientados a limitar el riesgo de que no sean usadas como pretexto para cambiar el equilibrio de poderes.

Señala además que las medidas de emergencia deben ser no discriminatorias y que los Gobiernos no deben aprovecharse de la legislación de emergencia para imponer restricciones a los derechos fundamentales, debiendo tomar otras decisiones para reducir el posible efecto negativo de tales medidas en la vida de las personas.

Se han adoptado medidas que han restringido la libertad de circulación, la libertad de reunión y asociación o la libertad de expresión, o se ha recurrido a medidas represivas de forma desproporcionada para hacer cumplir las restricciones, viéndose, incluso, afectados los sistemas judiciales. A lo que se une un mayor riesgo de exclusión social y económica.

El Parlamento Europeo recuerda que, incluso en un estado de emergencia pública, deben prevalecer los principios fundamentales del Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos fundamentales, y que todas las medidas de emergencia, excepciones y limitaciones están sujetas a tres condiciones generales, las de necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y temporalidad.

Asimismo les pide que se planteen la posibilidad de abandonar el estado de emergencia o, de no ser posible, la opción de limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales; que garanticen que la declaración y posible prolongación del estado de emergencia y la activación y aplicación de los poderes de emergencia estén sujetas a un control parlamentario y judicial efectivo, a nivel interno y externo; que todo acto jurídico promulgado por el ejecutivo sea objeto de una aprobación parlamentaria ulterior y deje de surtir efectos si no obtiene esa aprobación en un plazo determinado; que eleven las garantías del papel decisivo de los Parlamentos en situaciones de crisis y emergencia y que tengan en cuenta el dictamen y reflexiones de la Comisión de Venecia. Además, les insta para que evalúen las medidas que restringen la libertad de circulación; que ejerzan la máxima moderación y que garanticen el pleno

respeto de la legislación de la Unión, en particular el Código de fronteras de Schengen y la Directiva sobre la libre circulación.

El Parlamento también solicita des Estados miembros el respeto al derecho a la vida familiar y que solo admitan las restricciones cuando sea estrictamente necesario y proporcionado, permitiendo la reunión de parejas y familiar separadas por las medidas de la COVID-19. Por lo que respecta a la libertad de reunión, esta solo podrá limitarse cuando sea estrictamente necesario y justificable en vista de la situación epidemiológica local y cuando sea proporcionado.

Se pide a los Estados miembros a que, siempre que resulte necesario, incorporen en la toma de decisiones a expertos independientes en materia de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales. El Parlamento Europeo pide a la Comisión que encargue urgentemente una evaluación independiente y exhaustiva de las medidas adoptadas durante la «primera ola» de la pandemia de COVID-19, con el objetivo de extraer las lecciones aprendidas, compartir las mejores prácticas y reforzar la cooperación, garantizar que las medidas adoptadas durante las olas posteriores de la pandemia sean eficaces, dirigidas, bien justificadas sobre la base de la situación epidemiológica específica, estrictamente necesarias y proporcionadas, y limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

Y reitera su llamamiento a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros para que extraigan las conclusiones apropiadas de la crisis de la COVID-19 y estrechen su cooperación en el ámbito de la salud.

Como comunidad política de derecho, la Unión Europea únicamente puede intervenir en los ámbitos para los que cuente con la autorización de los Estados miembros; autorización conferida a través de sus Tratados. En general, la crisis del COVID-19 toca varios aspectos en los que la UE tiene competencias exclusivas, como son el mercado único, la movilidad de mercancías y el desabastecimiento. Por otro lado, la pandemia afecta a otros aspectos en los que la Unión solo tiene una competencia de apoyo a los Estados miembros, como son la salud pública, el empleo y las políticas fiscales y socioeconómicas.

Desde el inicio de la crisis sanitaria la Comisión Europea está tratando de desempeñar una función de coordinación, haciendo lo posible para ayudar a los Estados miembros en su respuesta al brote de COVID-19. También está tomando medidas para mitigar el impacto socioeconómico de la pandemia en la Unión Europea y preparar un plan de recuperación europeo.

Las otras dos instituciones con capacidad legislativa, el Parlamento y el Consejo europeos, están planteando vías que faciliten tomar medidas que permitan poder hacer frente a la crisis en sus dos aspectos más destacados, el sanitario y el económico.

Sin embargo, nos queda la sensación de que las medidas adoptadas por la UE han sido efectivas en cuanto a la dotación de ayudas económicas y de adquisición de las diferentes vacunas, pero se ha echado en falta un papel mucho más determinante a la hora de tomar decisiones y coordinar las actuaciones y medidas de los diferentes países ante una situación tan grave como la vivida. En una situación de pandemia como la actual, nuevamente nos queda la sensación de que cada país hace la “guerra” por su cuenta y a

su manera y que la mayor parte de las indicaciones realizadas por las diferentes instituciones europeas quedan en simples recomendaciones de las que poca o ninguna cuenta dan los Estados miembros.

2. Análisis de la afectación de los derechos fundamentales en los estados de alarma.

Previamente al análisis sobre la afectación que haya podido tener alguno de los derechos concretos que vamos a analizar a continuación consideramos necesario hacer algunas consideraciones previas sobre la metodología y los aspectos a tener en cuenta a la hora de tratar de alcanzar las conclusiones pertinentes. El análisis, por tanto, lo vamos a realizar teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación vamos a precisar.

Tal y como hemos visto en el marco teórico al inicio de este trabajo, conviene recordar que los Derechos Fundamentales son aquellos inherentes a la persona humana, que permiten el desarrollo de una vida digna. Siendo así, se constituyen como un cúmulo de protecciones que se determinan en la Constitución y que el Estado debe de respetar por su magnitud e importancia. Han sido consagrados en las constituciones para lograr en primer lugar, el bienestar de la persona como individuo y a nivel social, mantener el orden y la mutua convivencia; por lo tanto, la mínima alteración de estos derechos genera inconformidad social. En consecuencia, cabe afirmar su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza ordinaria que los demás derechos poseen, aspecto tal, necesario a tener presente a la hora de analizar la afectación a cada derecho que vamos a ver. Por tanto, en nuestras conclusiones vamos a tener presente ese aspecto central de que gozan los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, resulta recurrente oír en las múltiples tertulias que se producen a diario afirmaciones tales como que las medidas acordadas para hacer frente a la pandemia suponen una suspensión de derechos. Siguiendo a Joaquín Urías, consideramos necesario aclarar que realizar esta afirmación supondría ignorar la esencia de los derechos fundamentales. Hemos de recordar que los derechos “son espacios de libertad ciudadana frente al poder. Son facultades que los poderes públicos no pueden limitar ni restringir”⁴⁴. En democracia los derechos tienen un contenido esencial intangible que no admite restricciones, o se tiene o no se tiene. Durante el estado de alarma no se suspende ningún derecho, es decir, no desaparece, a diferencia de lo que sucede por ejemplo durante la vigencia del estado de sitio en el que sí cabe la posibilidad de que provisionalmente pierdan su vigencia algunos derechos.

Si realmente un derecho estuviera suspendido no se podría ejercer de ninguna forma posible. Pero como durante el estado de alarma no se suspende ningún derecho, cada vez que alguien ve afectado su derecho en mayor o menor medida, puede acudir a los tribunales para que comprueben si en cada caso concreto era procedente o no esa afectación. Si nos encontrásemos en un estado de excepción en el que algunos derechos

⁴⁴ Urías, Joaquín. “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”. En <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774> (Consulta 19/12/20)

están suspendidos, no sería posible ese control judicial ya que el derecho estaría suspendido como tal. Pueden restringirse algunas de las expresiones de cada derecho, pero no se puede prohibir el núcleo de los derechos. Por tanto, cuando analicemos cada derecho, analizaremos la legitimidad de su limitación o afectación, pero en ningún caso podremos hablar de la suspensión de derechos.

Conviene aclarar la distinción entre suspensión y limitación de derechos fundamentales. Una de las afirmaciones más aclaratorias y de la que nos hacemos eco la realiza Garrido López, el cual afirma que “las limitaciones no pueden implicar embargo, suspensión de derechos, sino, como señaló Cruz Villalón, un tercer estado de los derechos fundamentales que no es el de su plena vigencia, pero tampoco el de la anulación de su contenido esencial que supone la suspensión y cercena su habitual función de garantía⁴⁸. Suspender un derecho, afirma Bastida Freijedo, «es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el decreto declarativo del estado de excepción (o de sitio)»⁴⁹. Formalmente, sostuvo Aláez Corral, la suspensión conlleva una «desconstitucionalización» que deja sin efecto parcial o totalmente la obligatoriedad jurídica de un derecho fundamental. «La suspensión a que hace referencia el artículo 55.1 CE —afirmó— ha de ser entendida en un sentido estricto, y además formal, como la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales, [...] cuyo régimen jurídico pasa a estar compuesto por las disposiciones de la LOAES, las previsiones de la declaración del estado de excepción o de sitio que la establecen, y cualesquiera otras disposiciones legales de desarrollo que no se vieran desplazadas en su aplicación por las anteriores»⁵⁰. La limitación de un derecho, en cambio, incide sobre su haz de facultades y puede llegar a la «negación transitoria del ejercicio del derecho a su titular», en palabras de Requejo Rodríguez, pero no lo desconstitucionaliza, ni priva al derecho de la garantía de su contenido esencial, que puede verse afectado por la limitación, pero no hasta el punto de provocar su completa desaparición⁵¹. En la limitación, las garantías normativas del derecho siguen intactas y los abusos pueden ser revisados judicialmente al amparo del principio de proporcionalidad, porque su régimen jurídico no ha sido desplazado ni suspendido. De estarlo, no sería posible violarlos ni recabar su posterior tutela sino en los términos que su nuevo régimen jurídico establezca. Un derecho suspendido no pone límites de proporcionalidad a la declaración del estado, ni a la autoridad gubernativa, pero sí lo hace un derecho limitado. La limitación, en fin, es una constricción en el ejercicio del derecho, no en su regulación.»⁴⁵

En este sentido se pronuncia Guillermo Leiva Escudero, afirmando que “conceptualmente, para que un derecho esté suspendido como tal es preciso que haya perdido su vigencia, hace falta que la norma jurídica que establece el derecho haya perdido temporalmente su vigencia. Es decir, que de forma temporal el ordenamiento jurídico haya dejado de reconocer la existencia misma del derecho en cuestión. Si por el contrario el derecho sigue existiendo, si la norma que establece el derecho sigue en vigor,

⁴⁵Garrido López, Carlos. “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Núm. 46 (2020). Pp. 389-390

no puede hablarse propiamente de suspensión del derecho. Y ello por mucho que las limitaciones que se hayan establecido para su ejercicio sean intensas y afecten al contenido esencial. La suspensión del derecho no conlleva únicamente el establecimiento de restricciones al contenido esencial del derecho, sino que supone una auténtica extinción (temporal) del derecho. Supone la pérdida de vigencia de la norma que establece el derecho en el plano objetivo, y en el plano subjetivo supone la pérdida del derecho del patrimonio jurídico de sus titulares.”⁴⁶

A la hora de analizar las posibles limitaciones de DDFF, lo haremos siguiendo la doctrina del TC, el cual establece en su STC 254/1988 la “exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”. Compartimos plenamente el criterio establecido por nuestro alto tribunal y consideramos esencial su aplicación para el caso que nos ocupa relativo a los estados de alarma, máxime teniendo en cuenta la diversidad de circunstancias y derechos que pueden encontrarse en conflicto en cada caso particular. Toda limitación de los derechos fundamentales debe hacerse de la forma en la que dentro de las posibilidades menor sea la afectación sobre el derecho ejerciendo como muro infranqueable su contenido esencial.

Debemos destacar que nuestro análisis lo vamos a centrar únicamente, con el fin de no dispersarnos en exceso, en comprobar si mediante las facultades que concede la LO 4/1981 en materia de restricción de derechos, resultan conforme a derecho o no las diferentes afectaciones que hayamos apreciado. Este análisis lo haremos en base a las conclusiones a las que hemos llegado al analizar nuestro texto constitucional y la LOEAES en conjunción con las distintas limitaciones recogidas en los diferentes estados de alarma decretados. Sin embargo, tal y como ya hemos observado y analizado en la jurisprudencia de nuestro TC, resulta necesario el análisis particular de cada caso en concreto, no siendo, a priori, aplicables las conclusiones alcanzadas en otros supuestos aun siendo similares características.

Una vez observemos esas restricciones en los diferentes DDFF, aplicaremos los métodos de resolución de conflictos que hemos examinado, haciendo uso en caso de conflicto entre DDFF de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad o ponderación, empleando los criterios establecidos para la aplicación de estos principios por la doctrina.

Por último, no debemos perder de vista que la declaración de un estado de alarma viene precedida de una situación excepcional, y como tal, requiere de un análisis desde una perspectiva diferente a la utilizada en aquellas otras situaciones de normalidad relativa.

Sin embargo, resulta pertinente apuntar lo peligroso que puede suponer para nuestro estado de Derecho la arbitrariedad de los poderes públicos, sobre todo a la vista de la inseguridad jurídica instaurada en nuestros días como consecuencia de los estados de excepción y su normativa de desarrollo tan variable y cambiante además de dispar

⁴⁶ Leiva Escudero, Guillermo. En <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/05/20/constitucionalidad-de-las-restricciones-a-la-libertad-de-circulacion-en-el-estado-de-alarma-por-el-coronavirus-covid-19> (Consulta 15/12/20)

atendiendo al territorio en que nos encontremos. En este sentido, compartimos plenamente la argumentación planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº3 de Oviedo en la Sentencia 147/2020 de 9 de noviembre, motivada por la sanción impuesta a una persona por transitar por la vía pública durante la vigencia del estado de alarma decreto por el RD 463/2020. La citada sentencia entiende que la sanción por el incumplimiento de lo dispuesto en el decreto del estado de alarma supone un “absoluto desprecio a los derechos fundamentales de la interesada” y por extensión a los del resto de ciudadanos. Entiende la citada sentencia que el RD 463/2020 vulnera el principio de tipicidad puesto que, desde el punto de vista de la potestad sancionadora de la administración, no se establece un cuadro de infracciones y sanciones, sino que se remite a lo previsto en otras leyes sin exista ninguna ley que “sancione una supuesta limitación a la libertad de circulación” que se configura como un Derecho Fundamental.

Resultaría imposible, dada la infinidad de situaciones y limitaciones que una situación como esta conlleva, analizar caso por caso de todos los posibles derechos vulnerados. No es nuestra intención abarcar la afectación de todos y cada uno de los derechos sino de aquellos que consideramos más significativos o polémicos y que se han visto afectados con mayor intensidad, centrándonos únicamente en los derechos contenidos en el Capítulo primero de la Sección segunda del Título I, derechos que, a su vez, debido a la ubicación en que se encuentran dentro del texto constitucional gozan de una especial protección.

2.1. Derecho a la salud.

El derecho a la salud viene recogido en el artículo 43 de la CE, el cual se integra dentro del Capítulo III (“De los principios rectores de la política social y económica”) del Título I de la Constitución.

En este artículo se reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos la labor de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En el artículo 41 CE, de indudable conexión temática con el artículo que estamos analizando, la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.⁴⁷

Tal y como hemos visto al analizar su ubicación dentro de la Constitución, el derecho a la salud no es un derecho fundamental, ya que la propia CE no lo sitúa en esa posición normativa suprema. Aun no siendo un derecho fundamental, podemos afirmar que es el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios DDF, ya que

⁴⁷ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional...* cit. P. 515

es la propia salud la que ofrece la condición necesaria para constituir derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal.⁴⁸

Aunque dentro de los DDDFF no existe un principio de jerarquía y ningún derecho está por encima de otro, sino que debemos atender siempre a las circunstancias concretas de cada caso en situaciones de conflictos entre derechos, resulta también innegable la importancia del derecho a la salud en conjunción con el derecho a la vida, ya que, sin él, ningún otro valor puede ser disfrutado.

De lo analizado hasta aquí sobre el derecho a la vida podemos concluir que encontramos en la redacción del artículo 43 un contenido positivo del derecho a la protección de la salud, traducido en un mandato a los poderes públicos de organizar y prestar un servicio sanitario para la atención de la salud de los ciudadanos. Pero, por otro lado, encontramos también un contenido negativo de este derecho, el cual supone un límite frente a determinadas injerencias de los poderes públicos, que se relaciona con otros derechos fundamentales, especialmente los derechos a la vida e integridad del artículo 15 CE.⁴⁹

Debemos por tanto analizar el derecho a la salud directamente relacionado o interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. A la relación entre dichos derechos se ha referido en repetidas ocasiones el TC, entre las que podemos citar las SSTC 120/1990, 57/1994, 35/1996, 91/2000 y 5/2002 entre otras. Conforme a la doctrina establecida por el alto tribunal, “el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3) que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo, FJ 6)”.⁵⁰

De este pronunciamiento Fernández Montalvo ha extraído dos conclusiones:⁵¹

- a) Podemos afirmar que, si bien no toda lesión del derecho a la protección a la salud supone la lesión del derecho a la vida y a la integridad física y moral, sí podemos afirmar que las lesiones de estos DDDFF suponen el grado máximo de la lesión del derecho a la salud que permiten al ciudadano oponerse con éxito a los actos de los poderes públicos que la lesionen o pongan en riesgo.

⁴⁸ Presno Linera, Miguel A. “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud” *El derecho y el revés*. En <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/29/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-1-el-derecho-a-la-salud/> (Consulta 15/12/20)

⁴⁹ Fernández Montalvo, Rafael. “Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del TC”. *Ponencias. Santander, 11 de noviembre de 2009*

⁵⁰ STC 5/2002, de 14 de enero FJ 4

⁵¹ Fernández Montalvo, Rafael. “Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del TC”. *Ponencias. Santander, 11 de noviembre de 2009*

- b) Supone doctrina ya consolidada del TC que la demanda constitucional exige “la existencia de una lesión efectiva, real y concreta a un derecho fundamental, y no un hipotético daño potencial o previsiblemente futuro, ni la imputación abstracta y no materializada de la vulneración de un derecho constitucional”⁵². Y, sin embargo, en relación con la protección de los derechos del artículo 15 el TC adelanta la protección al momento en que son puestos en grave riesgo, sin requerir una lesión efectiva y actual de los mismos.

Para este derecho no vamos a analizar la procedencia o no de su vulneración, sino todo lo contrario. Salvo para el derecho al juez predeterminado, para el resto de los derechos que entendemos se han visto afectados este derecho del artículo 43 CE supone el objeto fundamental de protección en la declaración de los estados de alarma. En este sentido el TC en su amplia jurisprudencia nos ha ilustrado sobre la posición jurídica de este derecho a la salud, directamente conectado con el derecho a la vida, aseverando que “dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

En relación con las posibles restricciones de DDFF como consecuencia de la necesidad de protección de la vida humana resulta ilustrativa también la STC 154/2002: “como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante”. Así pues, la limitación de otros derechos si ello resulta necesario para salvaguardar el derecho a la vida e integridad física ya deriva directamente del límite constitucional implícito de los DDFF declarado por el TC en diversas ocasiones ante la colisión con otros DDFF. Además, debemos recordar que ese límite general implícito lo encontramos reflejado en la Constitución al disponer su artículo 10 que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Resulta evidente afirmar que la pandemia mundial ocasionada por el virus SARS-Cov-2 es de largo el ataque a la salud más agresivo que han sufrido las sociedades contemporáneas y que se ha visto traducido en miles de muertos y millones de hospitalizados que aún hoy en día no conocen las posibles secuelas de la enfermedad. Es indudable que de lo primero que hablamos cuando nos referimos a la incidencia del SARS-Cov-2 es de los estragos que está causando en la salud y, en muchos casos, en la vida de las personas, y, de modo especialmente intenso, en las personas de mayor edad.

El derecho a la salud constituye el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios DDFF, ya que es la propia salud la que ofrece la condición sine qua non resultaría imposible el ejercicio de otros derechos. Este hecho, aunque ya hemos afirmado que ningún derecho fundamental está por encima de otros, otorga al derecho a la salud una condición relevante y necesaria para la constitución del resto de derechos.

⁵² STC 202/2002, de 28 de octubre, FJ 3

Por ello, la protección del derecho a la salud constituye el fundamento sobre el que se asientan todas las actuaciones que se han llevado a cabo en materia de restricción o afectación de derechos.

En lugar de analizar la procedencia o no de la afectación que las medidas adoptadas por los estados de alarma han tenido sobre este derecho, lo que vamos es a utilizar el derecho a la salud como punto de partida. Como el punto de referencia a preservar y sobre el que ponderar la aplicación del resto de derechos. Para realizar los análisis posteriores tomaremos siempre como punto de partida la preminencia del derecho a la salud y el objetivo prioritario del ejecutivo de preservar y proteger este derecho, tal y como ha puesto de manifiesto la reciente STS 1569/2020, de 20 de noviembre, al afirmar que “la salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad”.

Podemos concluir por tanto afirmando que el derecho a la salud se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral, siendo este derecho en su conjunto el que ofrece la condición necesaria para constituir el resto de los derechos reconocidos, ya que, sin vida, indudablemente no se puede disfrutar de ningún otro derecho. Como consecuencia de la incidencia del SARS-Cov-2 la protección de la salud constituye el fundamento sobre el que se asientan todas las medidas llevadas a cabo en cuanto a limitación de derechos fundamentales se refiere, puesto que en una situación de pandemia mundial como la que vivimos, debe prevalecer el interés general y ese interés general lo constituye la salud de los ciudadanos.

2.2. Derecho a la libertad de circulación.

En el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales”, en el artículo 19, la CE reconoce dos libertades (aunque más adelante veremos que el TC lo ha configurado como cuatro libertades): la libre elección de residencia y la libertad de desplazamiento. La primera de ellas es enunciada sin ningún otro elemento configurador y consiste en la posibilidad de elegir el lugar geográfico donde establecerse. La libertad de desplazamiento se compone a su vez de otras dos: la libertad de circulación dentro del territorio nacional, y la entrada y salida del territorio español. La libertad de circulación interior tal y como observamos en el texto constitucional no viene acompañada de ninguna otra apreciación. Sin embargo, no sucede lo mismo con la entrada y salida del territorio nacional que por una parte contiene una remisión a la ley para regular el ejercicio del derecho, y por otro, un límite al legislador para que configure su contenido: la prohibición de las restricciones para la entrada y salida de España, basadas en motivos políticos e ideológicos.

Este precepto guarda una estrecha relación con el artículo 139.2 CE el cual impide a los poderes públicos adoptar medidas que dificulten el establecimiento y circulación de

las personas, y la circulación de bienes, en el interior del territorio nacional. Este artículo 139.2 junto con el artículo 138 y el primer apartado del 139, sienta unos mandos y límites que han de estar presentes al tratar el reconocimiento y la regulación del hecho y la autonomía territorial: la organización del Estado en municipios, provincias y CCAA debe respetar en todo caso la solidaridad y el equilibrio interterritorial (138.1), evitar cualquier privilegio social y económico (138.2), tener presente la igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del estado (139) y por último, lo que a efectos de este artículo nos interesa, impedir que la triple división del Estado conlleve restricciones a las libertades reconocidas en el artículo 19 CE (139.2).⁵³

Ha declarado el TC que el artículo 19 reconoce 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 (STC 72/2002). Por lo que se refiere al primero de ellos, la libertad de residencia puede estar limitada además de por el criterio general del ejercicio de los demás derechos fundamentales, puede estar también limitada a determinadas personas o categorías profesionales por razón de su propio trabajo.⁵⁴ La libertad de circulación “comporta la obligación correlativa de los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental, pero ello no significa que las consecuencias jurídicas de la fijación de residencia hayan de ser, a todos los efectos, las mismas en todo el territorio nacional”.⁵⁵ Por otro lado, el derecho queda circunscrito a los españoles, pues según señala la doctrina del TC, mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia.

En cuanto a la libertad de circulación propiamente dicha, el art. 19.2 la amplía más allá del territorio nacional, con el consiguiente derecho a entrar y salir libremente de España, que no podrá ser limitado por motivos ideológicos ni políticos, convirtiéndose esta limitación en un límite absoluto para el legislador. El contenido de la libertad de circulación permite el movimiento personal a lo largo del país, por aquellos lugares de dominio público o privado a los que se tenga acceso.

Al igual que el resto de DDF, este derecho tiene unos límites generales para su ejercicio que son el respeto al orden público y a la seguridad. Por lo que se refiere a los límites a la libertad de entrada y salida en España, existen una serie de límites generales a la entrada y salida en cualquier país justificados por diversos principios como el de soberanía, integridad territorial... y muy especialmente por el de seguridad nacional.

En cuanto a la colisión de este derecho directamente con otros derechos, el derecho de propiedad del artículo 33 es el límite más significativo a la libertad de residencia y desplazamiento, aunque no sólo el derecho de propiedad sino cualquier otro que manifieste el uso y disfrute por parte del titular (posesión), demanda un comportamiento de abstención en lo que se refiere al tránsito y permanencia por estos lugares. En esta misma línea, encontramos también cierta colisión con el artículo 45 CE que desarrolla el principio referido al medio ambiente. En este caso es la protección del

⁵³ Belda Pérez-Pedrero, Enrique. “Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento”. *Parlamento y Constitución*, N.º 1, 1997

⁵⁴ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*.... cit”. Pp 385-387

⁵⁵ STC 8/1986, de 21 de enero

entorno natural lo que modula la libertad deambulatoria estableciendo algunos límites como fruto de esta colisión.

El artículo 55.1 CE incluye expresamente al artículo 19 como susceptible de suspensión durante la vigencia de los estados de excepción y sitio siempre que así se establezca expresamente en la autorización correspondiente, y podrá limitarse su ejercicio en caso de declaración de estado de alarma, de acuerdo con las características y motivos que provocaran la declaración de este estado excepcional. La suspensión o limitación no es una consecuencia inmediata de la proclamación de estas situaciones, sino una posibilidad que puede incluirse en el Decreto que las declare. La suspensión no implica la absoluta imposibilidad de ejercicio de todas y cada una de las facultades de los derechos y libertades del artículo 19. Al margen de esto podrá limitarse o restringirse por circunstancias de carácter excepcional, ya sean naturales (p.ej., el cierre de una carretera a causa de unas inundaciones) o de otro carácter (p.ej., restricción de movimientos en un área para facilitar las tareas policiales en la búsqueda de unos delincuentes).⁵⁶

Resulta incuestionable que tanto el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, como el RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2, como también el RD 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, tienen una injerencia clara y directa sobre el derecho regulado en el artículo 19 CE. Tal y como hemos afirmado en las cuestiones previas de este tercer apartado, aunque los tres reales decretos tengan una incidencia directa sobre el ejercicio del derecho a la libre circulación, es necesario examinar caso por caso y analizar la procedencia o no sobre lo regulado al respecto en cada uno de ellos.

Sobre la afectación por la declaración del estado de alarma al derecho a la libre circulación, establece el artículo 11 de la LO 4/1981 que los decretos que se aprueben para la declaración o durante la vigencia del estado de alarma podrán “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. Por su parte, el artículo 20 de la citada LO establece que, en caso de declaración del estado de excepción, si la autorización del Congreso comprende la suspensión del artículo 19 “la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir.” Sobre la suspensión se pronuncia el artículo 55.1 CE el cual establece que determinados derechos, entre los que se encuentra el derecho a la libre circulación, podrán ser suspendidos “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”, es decir, únicamente en estos dos supuestos, no siendo posible tal suspensión mediante la declaración del estado de alarma, no concurriendo en las circunstancias actuales el hecho habilitante que justifique la declaración del estado de excepción o de sitio.

⁵⁶ Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 19 CE”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=19&tipo=2> (Consulta 16/12/20)

Sin embargo, no debemos perder de vista el artículo 12.1 de la LO 4/1981, que en los supuestos en los que consecuencia de la declaración del estado de alarma se limite la circulación, “la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales”. Es decir, en los estados de alarma por crisis sanitarias cabe adoptar también, además de las medidas tasadas del artículo 11, todas aquellas otras recogidas en la legislación sanitaria y de salud pública al establecer las limitaciones de circulación.

En este sentido, el artículo 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública dispone que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. En este sentido, autores como Mariano Bacigalupo defienden las limitaciones a la libre circulación llevadas a cabo en las diferentes declaraciones de los estados de alarma, amparadas en el artículo 3 de la LO 3/86, el cual, según el citado autor, al establecer que “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” otorga a la autoridad competente un amplio margen de apreciación no excluyendo “medidas que puedan llegar a comportar una limitación particularmente intensa de la libertad de circulación de las personas”. Defiende Mariano Bacigalupo que, en nuestro caso, el Gobierno tras la ponderación de los intereses en conflicto, es decir entre la salud pública y los intereses objeto de limitación, ha concluido que el “confinamiento temporal forzoso (con excepciones) es una medida indispensable para la protección de la salud pública que no sacrifica desproporcionadamente la libertad de circulación de las personas”.⁵⁷

Nosotros discrepamos de la idea planteada por Mariano Bacigalupo, por dos motivos que procedemos a exponer:

El autor alude al amplio margen de apreciación que se otorga a la autoridad competente con base en el conocimiento experto que proporcionan los servicios técnicos de la Administración sanitaria a la hora de establecer las medidas. No compartimos en absoluto esa amplia discrecionalidad en favor de la autoridad competente, puesto que admitir tal discrecionalidad puede dar lugar a una arbitrariedad de los poderes públicos que pondría en peligro nuestro sistema de Derecho y obviaría el carácter central que ocupan los derechos fundamentales en los sistemas neoconstitucionalistas actuales. En este sentido es doctrina sentada del TC la establecida en la STC 110/2006 donde dispone que “al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que las limitaciones que se establezcan no pueden ser absolutas (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3), pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras

⁵⁷ Bacigalupo, Mariano. “Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito”. En https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html (Consulta 19/12/20)

que actúan sobre él. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.” Además, hay que tener en cuenta también lo establecido en la STC 254/1988 al disponer que “los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

Se alude también por parte del autor a la habilitación del artículo 3 de la LO 3/1986 en favor de las limitaciones generalizadas de circulación. Sobre este extremo se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife en el auto de ratificación de medidas sanitarias urgentes nº 169/2020 de 2 de marzo de 2020 a propósito de la solicitud de aval judicial de las restricciones de movimiento en un hotel de Tenerife en los inicios de la pandemia en España, avalando tales medidas sobre las personas que se hallaban alojadas o prestando su actividad laboral en el establecimiento hotelero. El auto de ratificación judicial, en su FJ 3 dispone que “ahora bien, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la ratificación judicial de tales medidas no puede otorgarse de una forma genérica y sin limitación del ámbito personal de afectación”, es decir, que el artículo 3 se debe aplicar a personas concretas no siendo admisible una aplicación general e indiscriminada.

Por otro lado, el TC, ha establecido también en su doctrina que “Las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable”.⁵⁸ Sobre el valor normativo que declara el estado de alarma ha tenido ocasión de pronunciarse el TC y ha venido a establecer que tanto el Decreto por el que declara el estado de alarma como su prorroga “dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurado en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley”.⁵⁹

Por tanto, a la vista de lo hasta aquí expuesto, podemos establecer que, una vez declarado el estado de alarma acorde a los hechos habilitantes del mismo, a priori, sí resultan conforme a derecho las distintas limitaciones que se hayan podido establecer en los diferentes Decretos en cuanto a la limitación de la libertad de circulación. Así mismo, estas limitaciones del derecho a la libre circulación se realizan mediante los RD que declaran cada estado de alarma y, por tanto, mediante una disposición con rango de ley que se ajusta a lo establecido por el TC para las medidas restrictivas del derecho reconocido en el artículo 19 de la CE. Lo que procede ahora es analizar cada limitación concreta de las contenidas en los estados de alarma para establecer si estas se ajustan a los principios de proporcionalidad y ponderación, respetando el contenido esencial del derecho.

⁵⁸ STC 94/1993, de 22 de marzo. FJ 4

⁵⁹ STC 83/2016, de 28 de abril. FJ 10

A. Limitación de la libertad de circulación en el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

En el artículo 7 del citado RD titulado “limitación de la libertad de circulación de las personas” se establece 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” para a continuación establecer 8 causas tasadas y limitadas por las que se exceptuará esta prohibición expresa de circular por la vía o espacios públicos.

Ya hemos definido que el contenido esencial del derecho a la libre circulación se podría definir como la posibilidad de trasladarnos de un lugar a otro sin injerencia ni traba alguna más allá del respeto al resto de derechos. Y es esta última apreciación lo que no lo convierte en una libertad absoluta, que no puede suponer que el hecho de no poder deambular en un momento concreto, por un lugar concreto suponga per se que el derecho se ha suspendido y no pueda ser invocado ante los tribunales, tal y como hemos establecido al referirnos a las suspensiones.

Sin embargo, la prohibición total que se realiza en el artículo 7, bien podría entenderse como una suspensión del derecho si no fuera por la libertad de movimiento, aunque mínima, que continúa permitiendo bajo el amparo de las excepciones citadas.

Entendemos, por tanto, que en este sentido y antes de analizar la proporcionalidad y ponderación, sí resulta conforme a lo establecido en la LO 4/1981 permitiéndose al amparo del artículo 11 la limitación de este derecho del artículo 19 CE. Pero una cosa es que pueda estar amparado por la redacción legal y otra distinta es que la medida resulte apropiada. Para ello, una vez confirmada la posibilidad de limitar este derecho mediante el mecanismo que ofrece la declaración del estado de alarma, debemos establecer si la medida resulta proporcional y ponderada.

Aplicando la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente. Para ello debemos atender a las circunstancias del momento en que se decreta el estado de alarma. Un momento marcado por la rapidez con la que crecía el número de contagios y la saturación que se estaba produciendo del sistema sanitario. Ha quedado más que acreditado que uno de los principales problemas de COVID-19 es la rapidez y facilidad con la que se contagia, sucediéndose este contagio a través del contacto interpersonal. Por ello, la limitación de la circulación supone el cese, o al menos la disminución de dichos contactos resultando factible con ello la disminución de los contagios.
2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: a este requisito debemos contestar nuevamente de forma afirmativa. Nuevamente resulta preciso contextualizar y comprender que el COVID-19 es un nuevo virus de reciente origen y sobre el que en el momento en el que se decreta el estado de alarma no existía a penas

información, ni, sobre todo, medios suficientes ni para el diagnóstico, ni para el tratamiento de la enfermedad. A ello, hay que sumar que en dicho momento la sociedad española tampoco tenía una industria enfocada en la producción de suficiente material sanitario de prevención como pudieran ser las mascarillas, resultando prácticamente imposible el abastecimiento inmediato de estas a toda la población. Por tanto, entendemos que no existía en ese momento otra forma posible de frenar el alto nivel de contagios.

3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: a lo que nuevamente responderemos afirmativamente. El bien que se encuentra en conflicto con el derecho a la libre circulación es el derecho a la salud. Ese derecho que ya hemos señalado que constituye el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios DDF, ya que es la propia salud la que ofrece la condición sine qua non resultaría imposible el ejercicio de otros derechos. Por ello entendemos que, sin salud, sin vida, resulta imposible el disfrute del resto de derechos por lo que la prevalencia del derecho a la salud sobre el derecho a la libre circulación comporta un beneficio mucho mayor para el interés general que el perjuicio que supone la limitación de la circulación.

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro.

En este sentido, siguiendo nuestra línea argumentativa, lo que aquí ponderamos es la primacía o prevalencia del derecho a la salud frente al derecho a libertad de circulación. Ha quedado acreditado que el derecho a la salud se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Resulta innegable la importancia del derecho a la salud en conjunción con el derecho a la vida, ya que, sin él, ningún otro valor puede ser disfrutado. Por tanto, lo que aquí se plantea y a la vista de las circunstancias originadas por el COVID-19 amenazando gravemente la salud de la población estimamos que resulta totalmente razonable la cesión del derecho a la libre circulación en beneficio del derecho a la salud.

Por tanto, podemos concluir afirmando, que en el caso concreto del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en lo que se refiere a la limitación de la circulación del artículo 7, a nuestro entender sí resulta conforme a derecho.

B. Limitación de la libertad de circulación en el RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2

El artículo 5 del RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2 establece que “se restringe la entrada y salida de personas de los municipios recogidos en el artículo 2 a aquellos desplazamientos

adecuadamente justificados que se produzcan por alguno de los siguientes motivos” para a continuación fijar 11 excepciones por las que se permite el incumplimiento nuevamente de la prohibición generalizada de la circulación fuera de los municipios de la comunidad de Madrid citados en el artículo 2 del RD.

Nuevamente reiteramos que, al igual que hemos hecho con el supuesto anterior, ya hemos definido que el contenido esencial del derecho a la libre circulación se podría definir como la facultad de deambular de un lugar a otro sin injerencia ni traba alguna más allá del respeto al resto de derechos. Y es esta última apreciación lo que no lo convierte en una libertad absoluta, que no puede suponer que el hecho de no poder deambular en un momento concreto, por un lugar concreto suponga per se que el derecho se ha suspendido y no pueda ser invocado ante los tribunales, tal y como hemos establecido al referirnos a las suspensiones.

Sin embargo, nuevamente debemos advertir sobre el riesgo de realizar este tipo de prohibiciones generales que se realiza en el artículo 5 la cual podría entenderse como una suspensión del derecho si no fuera por la libertad de movimiento que continúa permitiendo bajo el amparo de las excepciones establecidas.

Entendemos, por tanto, que en este sentido y antes de analizar la proporcionalidad y ponderación, sí resulta conforme a lo establecido en la LO 4/1981 permitiéndose al amparo del artículo 11 la limitación de este derecho del artículo 19 CE. Pero una cosa es que pueda estar amparado por la redacción legal y otra distinta es que la medida resulte apropiada. Para ello, una vez confirmada la posibilidad de limitar este derecho mediante el mecanismo que ofrece la declaración del estado de alarma, debemos establecer si la medida resulta proporcional y ponderada.

Aplicando la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente remitiéndonos a la misma argumentación para ello que la esgrimida para justificar la procedencia de la medida para la obtención del objetivo conseguido en el análisis anterior de la limitación del artículo 7 del RD 463/2020.
2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: en este caso debemos contestar de forma negativa. Debemos contextualizar el momento de la adopción de la medida y destacar que el momento en el que se decreta el estado de alarma fue el 5 de octubre de 2020, casi siete meses después de haber decretado el primero de estos estados relacionados con la crisis del COVID-19. Entendemos que, en este momento, tras toda la adaptación que ha llevado a cabo la industria, así como la investigación y desarrollo de los diferentes laboratorios, no resulta la medida más moderada para la consecución de la protección de la salud. En fecha 5 de octubre ya se había producido una producción y dotación de diferentes pruebas de detección del COVID-19, así como la amplia producción y abastecimiento a la población de mascarillas. Creemos, que resulta factible (aunque para el Estado el suponga un esfuerzo mayor) la realización de test masivos con la finalidad de detectar precozmente a aquellas personas que hayan contraído la enfermedad con

el fin de realizar confinamientos domiciliarios, pero únicamente de aquellos que se encuentren contagiados, no realizando así una prohibición de circulación generalizada que afecte a toda la población. Con ello se obtendría el fin establecido por la STC 254/1988 la cual establece la “exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” permitiendo así el desarrollo del derecho a una gran parte de la población y obteniendo con los confinamientos domiciliarios de los contagiados igualmente el mismo fin perseguido.

3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: a este requisito debemos responder afirmativamente remitiéndonos nuevamente a la argumentación para acreditar este requisito en lo relativo a la aplicación de la medida del artículo 7 del RD 463/2020

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro. En este sentido, nuevamente nos remitimos al juicio de ponderación que acabamos de realizar sobre la limitación de la libertad de circulación del artículo 7 del RD 463/2020.

Por tanto, podemos concluir afirmando que en el caso concreto del RD 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2, en lo que se refiere a la limitación de la circulación del artículo 5, entendemos que no resulta conforme a derecho por no cumplir todos los requisitos que se establecen por la doctrina al aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales, puesto que como acabamos de decir, existen a nuestro juicio formas de alcanzar el mismo fin sin que ello suponga la limitación del derecho fundamental a la libre circulación, o al menos, de que no suponga una limitación generalizada para toda la población y únicamente lo sea para aquellos casos concretos en los que sí resulte necesaria.

C. Limitación de la libertad de circulación en el RD 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.

En este nuevo RD 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, encontramos dos artículos con clara afectación sobre el derecho a la libre circulación como son el artículo 5 y el artículo 6.

El artículo 5 del RD 926/2020 dispone que “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” para a continuación

indicar las 9 actividades que permiten nuevamente excepcionar la prohibición generalizada de circulación por las vías públicas.

En el análisis de este artículo 9, nos remitimos a toda la argumentación y conclusiones alcanzadas para valorar la procedencia o no del artículo 5 del RD 900/2020, para lo que debemos añadir en este caso, que además de entender que no resulta conforme a derecho por no cumplir todos los requisitos del principio de proporcionalidad que faculta la limitación de derechos al existir otros mecanismos menos restrictivos para alcanzar el mismo objetivo, en este caso resulta además inapropiado que la medida se aplique a esas horas de horario nocturno concretamente, cuando la motivación para la aplicación de las medidas debe seguir criterios médicos y científicos. Si lo que se trata de evitar son los contactos sociales, igualmente estos se producen en horario diurno, así, a la argumentación anterior para establecer que no resulta conforme a derecho la limitación de la libre circulación, debemos añadir que no encontramos fundamento lógico ni razonable a esta limitación horaria.

El artículo 6 por su parte, establece que “Se restringe la entrada y salida de personas del territorio de cada comunidad autónoma y de cada ciudad con Estatuto de autonomía salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los siguientes motivos” para seguidamente fijar 11 excepciones por las que se permite el incumplimiento nuevamente de la prohibición generalizada de la circulación fuera del territorio de la comunidad autónoma y de cada ciudad con Estatuto de autonomía, siendo las mismas excepciones que las establecidas en el artículo 5 del RD 900/2020.

Por ello, nos remitiremos a todo lo anteriormente argumentado a la hora de analizar dicha limitación de la circulación para concluir que en el caso concreto del el RD 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, en lo que se refiere a la limitación de la circulación del artículo 6, entendemos que no resulta conforme a derecho por no cumplir todos los requisitos que se establecen por la doctrina a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales.

De lo expuesto podemos concluir que el derecho a la libertad de circulación es uno de los derechos que se ha visto afectado en mayor medida por los decretos de alarma dictados como consecuencia de la crisis del COVID, suponiendo a su vez estala limitación la consecuencia directa de la restricción de otros derechos. Realizado el análisis de proporcionalidad y ponderación, podemos afirmar que sólo el primer decreto de estado de alarma fue respetuoso con el derecho a la libertad de circulación, no siendo así con los dos decretos restantes.

2.3. Derecho de manifestación y reunión.

El derecho de reunión viene regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales”, en el artículo 21. “El derecho de reunión

es, sin duda, una de las libertades públicas, pero es también algo más... (ya que) es, ante todo y sobre todo, una técnica para la acción política directa al servicio de fines que extravasan el puro contenido del derecho”.⁶⁰ Se trata de uno de los DDFD más relevantes en un estado de naturaleza democrática, pues tiene que ver con la libertad de los ciudadanos de congregarse con otros, según sus propias preferencias, cuyos propósitos pueden ser políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole.

Nuestra Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Como derecho fundamental, encuadrado dentro del capítulo segundo, sección 1ª del Título I, al amparo del artículo 81 CE, su regulación y desarrollo debe realizarse mediante LO, realizándose concretamente mediante LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Esta LO entiende por reunión “la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas, con finalidad predeterminada”.

El artículo 2 de la citada LO excluye de las prescripciones que en ella se dictan a las reuniones celebradas por personas físicas en sus domicilios y en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad, las celebradas por partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones y otras entidades, por profesionales con sus clientes, en recinto militares. La propia ley distingue después entre reuniones en lugares cerrados y reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, ya que estas últimas, inciden más en la consideración del derecho de reunión como un auténtico derecho de participación política.

Por lo que se refiere a las reuniones en lugares de tránsito público, nuestra Constitución alude a la comunicación previa a la autoridad gubernativa correspondiente. Esta comunicación, “tiende a que la autoridad tenga la oportunidad para formar opinión sobre la eventualidad de la alteración de orden público, que de producirse supone una desautorización, y que de no realizarse implica, expresa o tácitamente, una permisibilidad por falta de prohibición”⁶¹. La comunicación debe realizarse como mínimo con una antelación de diez días naturales y como máximo de treinta, salvo causas extraordinarias y graves en cuyo caso requerirá una antelación mínima de veinticuatro horas. La reunión ha de ser pacífica y comunicada.

La STC 50/1990, el tribunal analiza el significado de la autorización gubernativa, indicando que no constituye una solicitud de autorización ya que no estamos ante un derecho de configuración legal, sino que sólo se trata de una declaración de conocimiento para que puedan adoptar las medidas pertinentes para posibilitar el ejercicio y a los manifestantes y proteger derechos y bienes de terceros. Es decir, la comunicación previa no es un requisito para el ejercicio del derecho sino una garantía para su pleno ejercicio. Y por ello, una reunión o manifestación puede celebrarse sin necesidad de comunicación previa, operando dicha comunicación como garantía y no como límite del derecho fundamental.⁶²

En cuanto a lo que se refiere a los límites al ejercicio del derecho de reunión, el artículo 21.2 faculta a la autoridad gubernativa a prohibir el ejercicio cuando existan

⁶⁰ Santamaría Pastor, J.A. *Comentarios a la Constitución*, obra colectiva dirigida por Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1980, p. 271

⁶¹ STC 36/1982 de 16 de julio

⁶² Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional... cit*”. Pp 419-423

razones fundadas de alteración del orden público con peligro para las personas o bienes, estableciendo así expresamente un límite al ejercicio del derecho. Por su parte. La LO reguladora del Derecho de Reunión habilita a la autoridad gubernativa para suspender y disolver las reuniones y manifestaciones en las que concurren estas circunstancias.

Por lo que se refiere a la limitación del derecho de reunión, el TC ha recordado que dicho derecho no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás DDFF, tiene sus límites, entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el artículo 21.2 como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales.⁶³

El concepto de orden público es un concepto jurídico indeterminado, que por tanto debe ser interpretado de una manera restrictiva, favoreciendo así el ejercicio del Derecho Fundamental. En ese sentido, la mayoría de la doctrina considera que el orden público hay que entenderlo en sentido material, en tanto “limitación de un derecho por razón de tranquilidad, seguridad o salubridad pública”.

Para que los poderes públicos puedan incidir y limitar el ejercicio del derecho, es preciso que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho de reunión producirá una alteración del orden público-proscrita en el artículo 21.2, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes y derechos protegidos por la CE.⁶⁴

Además, no es suficiente con que existan dudas sobre si pudiera producir efectos negativos el derecho de reunión, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio de favor libertatis, de manera que sólo razones convincentes e imperativas puedan justificar la restricción de esa libertad.⁶⁵

En cuanto a los límites derivados del ejercicio de otros derechos, especial relevancia adquiere el derecho de la libre circulación analizado en el epígrafe anterior. En este caso, deberá ser resuelto por los órganos jurisdiccionales mediante una adecuada ponderación, caso por caso. Para ello, sigue siendo acertada la doctrina del TC que establece que la celebración de este tipo de reuniones, suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en que se celebre la reunión.⁶⁶ Pero el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación sino de participación y por ello se establece para conciliar ambos derechos la exigencia de comunicación previa al objeto de que los poderes públicos puedan adoptar las medidas preventivas necesarias para lograr esa compatibilidad.⁶⁷

De los distintos decretos por los que se declara el estado de alarma, únicamente en el RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para

⁶³ STC 170/2008, de 15 de diciembre, F.J.2

⁶⁴ STC 170/2008 de 15 de diciembre, FJ.3

⁶⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ.6

⁶⁶ STC 59/1990, FJ.2

⁶⁷ STC 163/2006 de 22 de mayo

contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 se realiza una mención expresa al derecho de reunión y manifestación. Sin embargo, también resulta conveniente que nos pronunciemos sobre la denegación por parte de la autoridad administrativa para el ejercicio de tal derecho durante la vigencia de los diferentes estados, al amparo de estos y en aras de la ya conocida protección del derecho a la salud. Tal y como venimos realizando, resulta necesario examinar cada caso en particular y analizar si procede o no lo regulado y actuado en cada momento.

Sobre la afectación por la declaración del estado de alarma al derecho de reunión y manifestación, no se recoge en ningún apartado de los dedicados a la regulación del estado de alarma en la LO 4/1981 la posibilidad de afectación alguna al artículo 21 CE. Por su parte, el artículo 22 de la citada LO establece que, en caso de declaración del estado de excepción, “cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veintiuno de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones; También podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el párrafo anterior”. Sobre la suspensión de derechos se pronuncia el artículo 55.1 CE el cual establece que determinados derechos, entre los que se encuentra el derecho de reunión y manifestación, podrán ser suspendidos “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”, es decir, únicamente en estos dos supuestos, no siendo posible tal suspensión mediante la declaración del estado de alarma, no concurriendo en las circunstancias actuales el hecho habilitante que justifique la declaración del estado de excepción o de sitio.

La afectación que ha podido tener la limitación de la libertad de circulación sobre el derecho de reunión y manifestación, por tanto, no ha supuesto ni técnica ni materialmente la suspensión del derecho puesto que, como veremos a continuación, las garantías normativas y procesales de dichos derechos se mantienen intactas.

El TC, se ha ocupado expresamente del contenido esencial del derecho de reunión, considerando como eje central del contenido esencial la ausencia para su ejercicio del requisito de la autorización previa.⁶⁸ Considera el TC que el requisito de la autorización previa, de ser exigido, vulneraría abiertamente el artículo 21 CE dejando el derecho completamente irreconocible.

Sobre la necesidad de regular mediante ley las limitaciones o afectaciones a los DDFF, el TC se ha pronunciado en la ya comentada STC 83/2016, de 28 de abril, estableciendo que tanto el Decreto por el que se declara el estado de alarma como su prorroga “dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurado en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley”.

Por tanto, a la vista de lo hasta aquí argumentado, podemos afirmar que, una vez declarado el estado de alarma acorde a los hechos habilitantes del mismo, a priori, no resultarían conforme a derecho las distintas limitaciones o suspensiones que se hayan

⁶⁸ STC 115/1987, de 7 de junio.

podido establecer en los diferentes Decretos en cuanto a lo que al derecho de reunión y manifestación se refiere.

Lo que procede ahora es analizar cada afectación concreta que haya podido sufrir el derecho del artículo 21 CE al amparo de los diferentes estados de alarma para establecer si estas, cumplen con los principios de proporcionalidad y ponderación necesarios fijados por el TC, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho.

A. Denegación del ejercicio del derecho estando en vigor el RD 463/2020 por parte de varias Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno.

Tal y como hemos establecido, el RD 463/2020, de 14 de marzo, no realiza una limitación expresa del derecho de reunión y manifestación, pero resulta evidente que la limitación de la libertad de circulación conlleva colateralmente la limitación de este derecho.

Durante el transcurso de la vigencia del RD 463/2020, de 14 de marzo, fueron múltiples las situaciones que se dieron en relación con el derecho de reunión y manifestación, sobre todo, a partir del mes de abril con el relajamiento de las medidas aplicadas y especialmente con la llegada del 1 de mayo.

En este sentido, nuevamente encontramos disparidad de criterios entre las distintas salas de los TSJ a la hora de admitir o no la prohibición de celebración de manifestaciones llevada a cabo por la autoridad gubernativa correspondiente, concretamente por la subdelegación del gobierno competente en cada territorio. Pero no sólo los TSJ se pronunciaron al respecto, sino que el TC tuvo ocasión de pronunciarse mediante el ATC 40/2020, de 30 de abril, por el que rechazó un recurso de amparo interpuesto al considerar que dichos derechos seguían bajo su régimen ordinario. Sin embargo, utilizando el pronunciamiento, el TC aprovechó para incidir en que los derechos de reunión y manifestación no son ni absolutos ni ilimitados y en que la prohibición de ejercerlos el 1 de mayo supuso una limitación de ejercicio absolutamente idónea, necesaria y proporcionada ante el grave riesgo de contagio existente y la magnitud de la pandemia.⁶⁹

Sobre la limitación del derecho de reunión, ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones el TC atendiendo al régimen general del ejercicio del derecho de reunión previsto en la CE y en la LO 9/1983, estableciendo que cabría “prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación” con el fin de “evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales”.⁷⁰

Por ello, discrepamos del criterio establecido por el alto tribunal a la hora de alegar la procedencia de la prohibición del ejercicio por parte de la autoridad gubernativa puesto que entendemos que realizándose en vehículo y de forma individual tal y como fijaba la comunicación, quedan garantizados tanto el derecho a la salud como el derecho de

⁶⁹ Garrido López, Carlos. “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Teoría y Realidad Constitucional. Revista Electrónica Teoría y Realidad Constitucional Núm. 46, 2020*

⁷⁰ STC 42/2000, de 14 de febrero. FJ 2

reunión y manifestación por lo que no resulta necesario lesionar uno de los dos derechos para garantizar el otro, sobre todo, cuando el propio tribunal ha afirmado en anteriores ocasiones que para prohibir o condicionar el ejercicio del derecho es necesario que “existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente (STC 36/1982, de 16 de junio) en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución”⁷¹ y aseverando como ya hemos recordado anteriormente que “si existen dudas sobre la producción de estos efectos, una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de favor libertatis y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración.”⁷²

Sin embargo, esta contradicción de criterios entre lo anteriormente establecido por el TC encuentra su justificación en el propio auto al afirmar que “por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”.

En un sentido totalmente contrario, y en una argumentación que nosotros compartimos plenamente, se pronuncia el TSJ de Aragón, al resolver el recurso interpuesto por la Intersindical de Aragón contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Aragón de 22 de abril de 2020 y por la cual se acordó prohibir la celebración de una manifestación comunicada para el 1 de mayo. Resuelve la sala anulando la resolución administrativa recurrida, argumentando, entre otros, que “lo que debe explicar la Administración al prohibir la manifestación en cuestión, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, es en qué medida, en el caso concreto, limitada la participación a sesenta personas y todos ellos en vehículos individuales, puede suponer un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad y esto es lo que no hace”.⁷³

Una vez alcanzado este punto y planteadas las opiniones encontradas entre el TC y los diferentes TSJ, vamos a examinar por nosotros mismos y bajo nuestro juicio si tal afectación a los derechos de reunión y manifestación resulta proporcionada y ponderada.

Aplicando la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente al entender que el hecho de prohibir la reunión supone a su vez evitar la concurrencia de personas en un mismo lugar y

⁷¹ STC 195/2003, de 22 de mayo. FJ 4

⁷² STC 163/2006, de 22 de mayo. FJ 2

⁷³ STJA 151/2020, de 30 de abril. FJ 5

con ello se consigue disminuir el riesgo de propagación del virus y, por consiguiente, la protección del derecho a la salud.

2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: en este caso debemos contestar de forma negativa. En este sentido, vamos a apoyarnos en el pronunciamiento del TSJA, el cual afirma que “la Administración sostiene su decisión en dos valoraciones genéricas que son dos conjeturas. La primera es que “en las circunstancias actuales, es un hecho notorio que es completamente seguro que se produzcan contagios entre las personas participantes que luego puedan extenderse entre sus círculos de amistad, profesionales y familiares, incrementando de esta manera la crisis sanitaria por más que se adopten medidas de seguridad”. Tal enunciado genérico se hace sin contrastarlo con el modo de manifestación propuesto, según el cual se hará en coche, con una persona por coche, y con motocicletas o bicicletas. No se explica cómo han de producirse, si cada uno va con la protección prevista, seguros casos de contagio. Es más, ni siquiera se distingue entre los coches, que van cerrados y sin posibilidad de contagio al exterior, y con una separación obligada entre ellos, y los otros elementos, bicicletas y motocicletas. Es cierto que en este caso sí podría haber más proximidad de la conveniente, pero es que tampoco se ha razonado al respecto, ni se ha dado la alternativa de que sea sólo con automóviles o de que las motocicletas y bicis deban mantener una determinada distancia o sus conductores llevar un equipamiento protector mínimo. Hay que considerar que en determinadas actividades esenciales existe tal proximidad: supermercados, farmacias, y no por ello se prohíben, estableciéndose para ello exigencia de elementos de protección como guantes mascarillas y determinadas distancias en las colas. Es decir, ni se ha justificado una afirmación tan categórica, según la cual de nada servirían los elementos de protección, ni, ante una afirmación tan rotunda, se ha propuesto una alternativa.

En cuanto a la afirmación de que podría haber problemas de orden público por parte del resto de los ciudadanos, confinados, es una mera conjetura. De hecho, ante un confinamiento masivo de cuarenta y cinco millones de personas, el comportamiento ciudadano global ha sido ejemplar, con únicamente incidencias aisladas. En cualquier caso, precisamente para garantizar el libre y seguro ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano están los Poderes Públicos, en general, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en particular.” Es decir, existen distintas formas de poder coexistir ante esta situación el ejercicio de ambos derechos sin necesidad de sobreponer el uno sobre el otro. Tal y como hemos afirmado en anteriores ocasiones, en caso de conflictos entre DDFF, debe optarse por la forma menos restrictiva posible del ejercicio de los derechos, como así también lo afirma el TC al establecer que “cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante”.⁷⁴

3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en

⁷⁴ STC 154/2002, de 18 de julio. FJ 12

conflicto: a este requisito también debemos responder de forma afirmativa. El bien que se encuentra en conflicto con el derecho de reunión y manifestación es el derecho a la salud. Ese derecho que ya hemos señalado que constituye el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios DDF, ya que es la propia salud la que ofrece la condición sine qua non resultaría imposible el ejercicio de otros derechos. Por ello entendemos que, sin salud, sin vida, resulta imposible el disfrute del resto de derechos por lo que la prevalencia del derecho a la salud sobre el derecho a la libre circulación comporta un beneficio mucho mayor para el interés general que el perjuicio que supone la limitación de la circulación

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro.

En este sentido ha quedado acreditado que el derecho a la salud se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Resulta innegable la importancia del derecho a la salud en conjunción con el derecho a la vida, ya que, sin él, ningún otro valor puede ser disfrutado. Por tanto, lo que aquí se plantea y a la vista de las circunstancias originadas por el COVID-19 amenazando gravemente la salud de la población estimamos que resultaría razonable la cesión del derecho de reunión y manifestación en beneficio del derecho a la salud únicamente cuando la convivencia de ambos derechos simultáneamente resulte imposible, circunstancia que no se da en el caso que se plantea.

Por tanto, entendemos que no resulta conforme a derecho la prohibición del ejercicio del derecho de reunión y manifestación como consecuencia de la declaración de estado de alarma o la situación de pandemia mundial existente, por no cumplir todos los requisitos que se establecen por la doctrina al aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales, puesto que como acabamos de decir, existen a nuestro juicio formas de alcanzar el mismo fin sin que ello suponga la limitación del derecho fundamental regulado en el artículo 21 CE.

B. Derecho de manifestación en el decreto 926/2020.

El RD 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, en su artículo 7 denominado “Limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados”, en su apartado 3 establece 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.”

Al tratarse de una declaración del estado de alarma tan reciente al momento en que nos encontramos realizando el presente trabajo, no tenemos constancia de situaciones concretas en la que se haya prohibido el ejercicio del derecho de reunión y manifestación

al amparo de este precepto para poder analizar concretamente las circunstancias del caso. Sin embargo, si podemos analizar como ya hemos hecho anteriormente, la procedencia o no de limitar, o al menos regular las condiciones para limitar el ejercicio del derecho del artículo 21 CE mediante la declaración del estado de alarma.

Y además de todo esto, conviene tener en cuenta que mediante el mecanismo que proporciona al Gobierno el estado de alarma, se produce una alteración de las condiciones que habilitan a la prohibición del derecho de reunión y manifestación, al establecer en el apartado segundo del artículo 21 CE que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.”

Si bien el TC señala que “el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizadas en la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”⁷⁵, no cabe en el caso que nos ocupa arbitrar o establecer por parte del Gobierno la presunción generalizada de que la no garantía de la distancia personal suponga per se una alteración de orden público, y más, aun cuando el propio artículo 21 establece que las razones deberán ser fundadas.

Por tanto, en consecuencia, de lo hasta aquí analizado, podemos afirmar que la limitación que se realiza con respecto al derecho de reunión y manifestación en el artículo 7 del RD 926/2020, de 25 de octubre, resulta extralimitada y no ajustada a derecho, por no encontrar amparo dentro de los presupuestos permitidos por la LO 4/81 y a su vez, por realizar con ello una presunción con la que se lleva a cabo una aplicación restrictiva del citado derecho.

C. Derecho de reunión en el Decreto 926/2020.

El artículo 7 del RD 926/2020, de 25 de octubre, bajo la rúbrica “Limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados”, en su apartado 1 dispone que “la permanencia de grupos de personas en espacios de uso público, tanto cerrados como al aire libre, quedará condicionada a que no se supere el número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes y sin perjuicio de las excepciones que se establezcan en relación a dependencias, instalaciones y establecimientos abiertos al público. La permanencia de grupos de personas en espacios de uso privado quedará condicionada a que no se supere el número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes.”

En la exposición de motivos del citado RD, se justifica en que “respecto a los principales focos de contagio actual, el estudio de los brotes notificados por las comunidades autónomas revela que son los encuentros familiares y sociales, bien en el ámbito privado o público el principal entorno en el que se producen agrupaciones de

⁷⁵ STC 46/2020, de 15 de junio. FJ 4

casos, suponiendo casi un tercio de los brotes e implicando más de una cuarta parte de los casos.”

Debemos señalar que el artículo 7.1 del RD 926/2020, de 25 de octubre, limita las reuniones tanto en espacios públicos y privados a un máximo de seis personas, “salvo que se trate de convivientes y sin perjuicio de las excepciones que se establezcan con relación a dependencias, instalaciones y establecimientos abiertos al público”. Estas excepciones, son entre otras, según el desarrollo normativo que ha tenido el RD en las diferentes CCAA, los velatorios, ceremonias nupciales, comuniones, bautizos u otros rituales similares, o las celebraciones derivadas de estos. Es decir, que un ciudadano no puede celebrar una comida en su domicilio o en un espacio privado superando el número de comensales, pero sí se permite celebrar una boda con más de quince invitados, en un mismo espacio cerrado, aunque posteriormente se encuentren sentados en mesas de máximo seis personas.

Tampoco justifica el RD en su exposición de motivos el por qué la diferenciación entre los supuestos que acabamos de citar, así como tampoco se justifica el por qué se ha cifrado el número en un máximo de seis personas, y no de diez o de cuatro, máxime si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones el origen de la transmisión son personas asintomáticas.

Tal y como se indica en el auto 52/2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Mérida sobre la ratificación de las medidas sanitarias adoptadas por la Consejería de Salud de Extremadura, compartiendo lo indicado por el informe aportado por el Ministerio Fiscal, la limitación de las reuniones privadas a un máximo de seis personas supone una vulneración de “derechos fundamentales tales como " el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), el derecho a la intimidad persona (art. 18.1 CE); el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el derecho de reunión (art. 21 CE), por vincular al ámbito privado.”⁷⁶

Procede pues, aunque ya hemos indicado que conforme a lo establecido en la LO 4/1981 no se habilita la limitación del derecho contenido en el artículo 21 CE mediante la declaración del estado de alarma, analizar si dicha medida cumple con los principios de proporcionalidad y ponderación. Aplicando la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente. Entendemos como objetivo previsto el de disminuir el riesgo de contagio con el fin de preservar el derecho a la salud. Resulta obvia la afirmación de que cuanto menor sea el contacto social, menor será la posibilidad de transmisión del virus. Sin embargo, resulta llamativo que se pretenda reducir el contacto social en el ámbito privado, permitiéndose dicho contacto en otros ámbitos públicos.
2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: a este requisito debemos contestar nuevamente de forma negativa. Entendemos que existen otras formas de evitar la transmisión como son las ya utilizadas medidas de prevención tales como la

⁷⁶ Auto 52/2020, de 5 de agosto, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Mérida. FJ 5

distancia social y el uso de la mascarilla. Además, tal y como hemos afirmado, no rige un criterio proporcional a la hora de permitir las reuniones de más de seis personas en algunos tipos de celebraciones y posteriormente no permitirse en el ámbito privado del domicilio.

3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: a lo que nuevamente responderemos afirmativamente. El bien que se encuentra en conflicto con el derecho de reunión es el derecho a la salud. Ese derecho que ya hemos señalado que constituye el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios DDFE, ya que es la propia salud la que ofrece la condición sine qua non resultaría imposible el ejercicio de otros derechos. Por ello entendemos que, sin salud, sin vida, resulta imposible el disfrute del resto de derechos por lo que la prevalencia del derecho a la salud sobre otros derechos comporta un beneficio mucho mayor para el interés general que el perjuicio que supone la limitación de la circulación.

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro.

En este sentido, siguiendo nuestra línea argumentativa ya hemos afirmado que no se cumplen los principios de ponderación entre la propia medida, puesto que la medida no resulta acorde a ningún criterio objetivo y supone una lesión innecesaria del derecho de reunión, sin que ello garantice el objetivo perseguido, puesto que esas personas que no pueden celebrar sus reuniones en el ámbito privado de sus domicilios, igualmente podrían celebrarlas en otro tipo de ambientes o celebraciones en espacios públicos.

Por tanto, podemos afirmar que en el caso del artículo 7.1 del RD 926/2020, de 25 de octubre, no resulta conforme a derecho la intromisión en el derecho de reunión por no resultar justificada la medida, ni tampoco resultar proporcionada entre sí la habilitación que se realiza para unos ámbitos y no para otros. Además, como también hemos señalado, conforme a lo establecido en la LO 4/1981 no se habilita la limitación del derecho contenido en el artículo 18.2 CE mediante la declaración del estado de alarma.

2.4. Inviolabilidad del domicilio

Nuevamente nos encontramos ante un derecho regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales”, concretamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio lo encontramos en el artículo 18.2 CE. Se trata de un derecho que protege el desarrollo de la personalidad en el espacio, lo que requiere una distinción entre el derecho a la elección de domicilio que ya hemos visto del artículo 19 y el derecho a la inviolabilidad del mismo. La inviolabilidad del domicilio se vincula

al derecho a la intimidad de las personas, ya que protege el ámbito en el que la persona desarrolla su intimidad al amparo de miradas indiscretas.⁷⁷

El TC en su doctrina ha señalado desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, que la protección constitucional del domicilio es "una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona"⁷⁸. Aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, ni lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada, también se ha reconocido su titularidad a las personas jurídicas.⁷⁹

El domicilio debe ser considerado como el espacio en el que el individuo desarrolla su esfera de vida privada al margen de las convenciones sociales, no coincidiendo con el lugar de vivienda por lo que puede ser predicado también de las personas jurídicas tal y como establece la STC 137/1985.

Nuestro tribunal ha dotado al término domicilio de un significado mucho más amplio que el otorgado por el CC. Ello con motivo de que la protección constitucional del domicilio tiene un carácter instrumental, pues defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada. En este sentido, el TC señala que "constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública".⁸⁰

Al respecto, podemos afirmar que la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 se concreta en dos reglas distintas: la primera define su inviolabilidad y la segunda establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar. Lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.⁸¹

Nuestra Constitución se refiere a las entradas y registros domiciliarios, donde además de guardarse el correspondiente principio de proporcionalidad, aquellos estarían vedados salvo en tres supuestos concretos que funcionan a modo de límites con un carácter rigurosamente taxativo, siendo estos: el consentimiento del titular, cuando exista una resolución judicial, y en los supuestos de flagrante delito.

En lo que se refiere al consentimiento del titular, la jurisprudencia del TC ha reafirmado que ha de ser expreso o deducirse de modo evidente de su propia conducta. A falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable es posible únicamente

⁷⁷ Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. "Sinopsis artículo 18". En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> (Consulta 16/12/20)

⁷⁸ STC 22/2003, de 5 de marzo. FJ 2

⁷⁹ STC 137/1985, de 17 de octubre

⁸⁰ STC 22/1984, de 17 de febrero FJ 5

⁸¹ Jaime Aneiros Pereira. "La entrada y registro en el domicilio de personas físicas y jurídicas". En <https://blanqueo.icaib.org/wp-content/uploads/2015/02/El-domicilio-constitucionalmente-prottegido.pdf> (Consulta 17/12/20)

sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad.

La garantía judicial aparece como un mecanismo de orden preventivo, designado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos.⁸²

El tercer supuesto habilitante, tal y como señala el texto constitucional son los casos en los que nos encontremos ante delitos flagrantes. Por tal ha de entenderse según doctrina del TC como la “situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”.⁸³ Se trata pues, de supuestos en los que existe inmediatez temporal, espacial y personal, o de acuerdo con los términos de la citada STC, se requiere evidencia e inmediatez, de manera que cuando no concurrieran tales circunstancias será necesaria la correspondiente resolución judicial.

A las tres situaciones señaladas en la Constitución en las que se permite la entrada, cabe añadir otra no recogida de forma expresa, pero que cabe igualmente admitirla dadas sus características, al tratarse de la situación de urgente necesidad, como la que se produce en casos de catástrofe, ruina inminente u otros similares con la finalidad de evitar daños inminentes y graves para personas o cosas, es decir, supuestos en los que es necesaria la quiebra de la inviolabilidad domiciliaria para preservar otros bienes protegidos, en particular la vida o integridad de las personas. Actualmente, la regulación de tales circunstancias la encontramos en el artículo 15 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana la cual alude como causa legítima para la entrada en domicilio a la “la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”. Tal y como hemos aseverado, aunque no se encuentra dentro de las tres causas tasadas que fija la constitución entendemos que la habilitación que realiza la LO 4/2015 tiene su encaje dentro de las causas de fuerza mayor.

Por su parte, la LO 4/1981, de 1 de junio, establece para los estados de excepción y sitio un régimen especial de inspecciones y registros domiciliarios en los supuestos en los que la correspondiente declaración comprenda la suspensión del artículo 18.2. La regulación, no obstante, no está exenta de garantías, sino que contempla, entre otros requisitos, la presencia de dos vecinos como testigos del registro domiciliario y el levantamiento de un acta del registro efectuado, acta que será remitida al juez junto con la motivación del acto.⁸⁴

Así mismo, en relación con el artículo 55.2 CE, el artículo 533 LECrim, de conformidad con la LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento

⁸² STC 160/1991, de 18 de julio. FJ 8

⁸³ STC 341/1993, de 18 de noviembre. FJ 8 B

⁸⁴ Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 18”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> (Consulta 18/12/20)

Criminal, recoge la posibilidad de entradas y registros sin necesidad de autorización previa, aunque con la obligación de dar cuenta inmediata al juez.

Sobre la afectación por la declaración del estado de alarma al derecho a la inviolabilidad del domicilio, no se recoge en ningún apartado de los dedicados a la regulación del estado de alarma en la LO 4/1981 la posibilidad de afectación alguna al artículo 18 CE, más bien todo lo contrario, ya que el artículo 11 de la citada LO establece que se podrán “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”. Por su parte, el artículo 17 de la LO 4/1981, establece que en caso de declaración del estado de excepción, “ Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, dos, de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá disponer inspecciones, registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público”, Sobre la suspensión de derechos se pronuncia el artículo 55.1 CE el cual establece que determinados derechos, entre los que se encuentra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, podrán ser suspendidos “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”, es decir, únicamente en estos dos supuestos, no siendo posible tal suspensión mediante la declaración del estado de alarma, no concurriendo en las circunstancias actuales el hecho habilitante que justifique la declaración del estado de excepción o de sitio.

La afectación que ha podido tener el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por tanto, no ha supuesto ni técnica ni materialmente la suspensión del derecho puesto que las garantías normativas y procesales de dicho derecho se mantienen intactas.

Entendemos que sobre la entrada en domicilio resulta conveniente pronunciarnos sobre las diferentes intromisiones que se han podido llevar a cabo en el ámbito de alguno de los tres estados de alarma consecuencia del COVID-19 por parte de las FFCCS con el de comprobar el cumplimiento de las medidas establecidas por parte de la autoridad competente.

A través de las RRSS y los medios de comunicación, todos hemos podido tener conocimiento de la celebración de fiestas y reuniones en domicilios privados en los que han irrumpido las FFCCS procediendo a la sanción de los participantes y el desalojo de las mismas, al amparo de las medidas adoptadas por los diferentes estados de alarma acontecidos como consecuencia de la pandemia que venimos sufriendo. Independientemente de lo reprochable moralmente que pueda resultar la celebración o no de este tipo de actos dadas las circunstancias que desde marzo venimos sufriendo, lo que aquí nos interesa es analizar la procedencia o no del acceso de esos agentes de la autoridad a los domicilios y las circunstancias habilitadoras de los mismos.

Tal y como ya hemos analizado hasta aquí, resulta incuestionable la improcedencia de la vulneración de este derecho recogido en el artículo 18.2 CE bajo la vigencia del estado de alarma. Hacemos referencia a la expresión “vulneración” porque en cuanto a este derecho no caben términos medios, no cabe una limitación o no, sino que lo que procede es analizar la vigencia del derecho (es el caso en el que nos encontramos) y ver si se ha vulnerado el derecho o no.

El domicilio, dadas las circunstancias actuales en que nos encontramos resulta inviolable no pudiendo realizarse ninguna entrada o registro en domicilio salvo autorización de su titular, resolución judicial o flagrante delito. Tal y como vimos, a estos tres requisitos cabría añadir el presupuesto habilitante del artículo 15 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana para los casos de extrema y urgente necesidad con el fin de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas. Por tanto, cuando no se de alguna de estas cuatro circunstancias, el domicilio resulta inviolable y bajo ningún concepto los miembros de las FFCCS podrán realizar ninguna entrada o registro en domicilio.

No resulta pues necesario analizar si se cumplen los principios de proporcionalidad y ponderación, puesto que ya hemos afirmado cuales son los requisitos habilitantes que amparan la entrada en domicilio. Sin embargo, ya que nos estamos refiriendo a las entradas en domicilios como consecuencia de fiestas organizadas incumpliendo las medidas adoptadas por las autoridades competentes con el fin de preservar el derecho a la salud de los ciudadanos, debemos matizar un aspecto. Cabe la posibilidad que a la llamada por parte de los agentes a la puerta de un domicilio del que reciban denuncia sobre el posible incumplimiento de las medidas, el propietario del domicilio o cualquier morador acceda a abrir la puerta del mismo negando el acceso a los agentes al interior.

Si los agentes, desde el exterior de la vivienda constatasen que se está incumpliendo alguna de las medidas adoptadas, se estaría incurriendo por parte de las personas que se encuentren en el domicilio en una infracción administrativa. A este respecto, resulta importante reseñar que el artículo 16.1 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana establece en su apartado a) que “en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en el supuesto de que existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.”

En este supuesto, aquellas personas recibirían el requerimiento por parte de los agentes para que se identifiquen al amparo de lo establecido en el artículo 16. En caso de negativa a identificarse por parte de los moradores, y siempre que no exista otra forma distinta de comprobar la identificación de éstos, los agentes de la autoridad harán uso de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo 16 el cual dispone que “En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley”.

Llegados al punto en el que prosiguiese la negativa a identificarse por parte de los moradores del domicilio, y tras ser advertidos de su incurrencia en un presunto delito de desobediencia grave de proseguir en su actuación, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 553 de la LECrim, el cual se encuentra dentro del Título VIII, en el Capítulo I el cual lleva por título “De la entrada y registro en lugar cerrado” y dispone que “Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por

los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.”.

Nos encontraríamos pues, dado el desarrollo de las circunstancias que acabamos de señalar, ante uno de los supuestos habilitantes de la CE, amparado también por la regulación de la LECrim como es el caso de la autorización de entrada y registro en caso de delito flagrante.

Por tanto, a la vista de todo lo expuesto, podemos concluir, que a priori las FFCCS no están amparadas para vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio bajo la vigencia del estado de alarma, y, únicamente ante las circunstancias que acabamos de explicar en las que la negativa a identificarse acabe consistiendo en un delito de desobediencia grave, estaría amparada dicha entrada en el domicilio a efectos de detención de la persona infractora. Pero, tal y como hemos indicado debe ser previa constatación de la comisión de una infracción y ante la negativa a identificarse de los moradores que hubieren cometido las presuntas infracciones.

2.5. Derecho al juez predeterminado.

El derecho al juez legal o predeterminado se encuentra regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales” en el artículo 24.2. Para analizar el derecho fundamental al juez ordinario, debemos ponerlo en relación con el artículo 117.6, que prohíbe los tribunales de excepción.

Podemos afirmar que el derecho al juez legal consiste en la exigencia (en conexión con la prohibición de tribunales de excepción) de que los órganos jurisdiccionales y sus atribuciones estén determinados por la ley con anterioridad al caso a enjuiciar. En síntesis, como garantía directa de la independencia (e indirecta de la imparcialidad) de los juzgadores, las Constituciones contemporáneas establecen la obligación de que sea una ley anterior al caso la que determine la jurisdicción y la competencia del órgano jurisdiccional.⁸⁵ Este derecho constitucional se encuentra íntimamente relacionado con el derecho al proceso debido.

El TC, se ha encargado también de precisar el significado y alcance de este derecho fundamental, estableciendo que “El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano

⁸⁵ Ignacio Díez-Picazo Giménez. “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 31. Enero-Abril 1991

judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.⁸⁶

Este derecho sólo es reclamable de los órganos que integran la Jurisdicción, no siendo, pues, aplicable a la regulación, constitución y competencia de los órganos administrativos. El TC lo perfila como un derecho de configuración legal que tiene la pretensión de evitar la creación o existencia de órganos judiciales de excepción, exigiéndose así una predeterminación legal y general tanto de los Juzgados y Tribunales, como de su competencia⁸⁷.

El interés protegido por este derecho es el aseguramiento de la independencia y la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.⁸⁸ De la doctrina del TC podemos extraer las siguientes notas que vienen a configurar la naturaleza y fines del derecho al juez legal:

- a) Necesidad de mantenimiento de la “neutralidad” judicial velando únicamente por la correcta administración de justicia.
- b) Evitación de toda manipulación de los órganos jurisdiccionales por cualquier vía mediante la creación de Tribunales de excepción o incidiendo con fines espurios en la constitución de los existentes.
- c) Libre determinación por el legislador de los Jueces y Tribunales, con los solos límites que exige la independencia del Poder y de los Juzgados y Tribunales.

Este derecho al juez legal supone la preexistencia de unos criterios de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo precisamente esta generalidad de los criterios legales la garantía de inexistencia de Jueces “ad hoc”.⁸⁹ Exige además este derecho la existencia de normas objetivas y predeterminadas de reparto de asuntos entre los diversos Juzgados y Secciones de una localidad.⁹⁰

Exige también el derecho al juez predeterminado la imposibilidad de modificación arbitraria de la composición de los Tribunales dando entrada en ellos a jueces a los cuales no corresponde. Los procedimientos de designación han de garantizar en todo momento la independencia e imparcialidad de Jueces y Magistrados. En este sentido afirma el TC que “la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, «que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado» (Sentencia 47/1983, de 31 de mayo, Sala Primera, BJC 26, pág. 708, fundamento jurídico 2 in fine) radica en la Ley. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces ad hoc; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las

⁸⁶ STC 47/1983 de 31 de mayo. FJ 2

⁸⁷ Asencio Mellado, José M.^a. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant, Valencia, 2015. Pp 71-76

⁸⁸ STC 101/1984

⁸⁹ STC 93/1998, de 24 de mayo.

⁹⁰ STC 170/2000, de 26 de junio.

Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos”⁹¹.

Por su parte, el TC ha analizado y determinado que no constituye una infracción al derecho al juez legal la atribución de competencia a la Jurisdicción militar si ello se hace en el marco del “ámbito castrense”. A sensu contrario, establece el TC que “cuando quebrantando lo dispuesto en el art. 117.5, que limita la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense», se atribuye un asunto a esta jurisdicción, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria, se lesiona el derecho al Juez ordinario que proclama el art. 24.2, como hemos dicho en la Sentencia 75/1982, de 13 de diciembre mencionada.”⁹²

Íntimamente conectado con el derecho al Juez predeterminado por la ley se encuentra la prohibición constitucional de los Tribunales de excepción (artículo 117.6 CE). Gimeno los ha calificado partiendo de una enunciación negativa del derecho al juez legal, como aquellos que son creados para el enjuiciamiento de un caso concreto o lo que son resultantes de una manipulación orgánica o funcional inadmisibles en la composición o constitución de los ya existentes. Tales tribunales que se crean normalmente “ex post facto”, no tiene cabida alguna en nuestro texto constitucional y en nuestro sistema judicial, por lo que no es posible su existencia ni aún a través de fórmulas encubiertas o sutiles.⁹³

De los distintos decretos por los que se declara el estado de alarma, encontramos que únicamente se realiza una afectación a este derecho en el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Concretamente, establece en su artículo 3 que “todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.”

Como ya vimos, la declaración del estado de alarma viene motivada por un conflicto sociolaboral de los controladores aéreos, los cuales, en forma de protesta y de ejercer presión en las negociaciones realizaron un abandono colectivo y sin previo aviso de sus funciones, perjudicando así el servicio prestado a los ciudadanos.

Se ha venido a afirmar que esta medida de sometimiento a las leyes penales y disciplinarias militares de los controladores aéreos, tiene su soporte en el artículo 12.2 de la LO 4/1981, al establecer el mismo que “En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de

⁹¹ STC 101/1984, de 8 de noviembre. FJ

⁹² STC 111/1984, de 28 de noviembre. FJ 3

⁹³ Asencio Mellado, José M.^a. “*Introducción al Derecho ... cit*”. Pp 71-76

aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo”.⁹⁴

Sin embargo, tal y como comentamos al analizar la declaración del citado estado de alarma, compartimos la opinión de la doctrina sobre el dudoso cumplimiento de los presupuestos legales exigidos. El Gobierno utilizó para la declaración del estado de alarma el presupuesto previsto en el artículo 4.c) de la LO 4/1981 que permite la declaración de tal estado cuando se produce la paralización de un servicio público esencial, pero que además exige la concurrencia con esa paralización de alguna de las demás circunstancias en los restantes apartados (el texto legal utiliza la conjunción “y”), es decir, debería tratarse de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias o desabastecimiento de productos de primera necesidad. Además, también resulta cuestionable la afectación sobre el derecho a la libre circulación en la que se basa la justificación de la declaración del estado de alarma. Por tanto, entendemos que la declaración del estado de alarma mediante el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, es claramente inconstitucional.

Por su parte, en lo que se refiere a la afectación que se produce sobre el derecho del artículo 24.2 CE, nuevamente debemos negar que se haya producido la suspensión de este. Para esta afirmación nos basamos en que sus garantías normativas y procesales continuaron intactas para los controladores, quienes pudieron recurrir ante la jurisdicción ordinaria y, en amparo, ante el TC.

En este sentido, los controladores interpusieron varios recursos ante el TS por vulneración de DDFF que fueron inadmitidos por falta de jurisdicción. Ante esta situación, los controladores aéreos decidieron solicitar amparo ante el TC, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Para esclarecer cual es el valor y el rango de los Reales Decretos de proclamación y prórroga de los estados de alarma, el TC recurre a la doctrina recogida en su ATC 7/2012 de 13 de enero, donde se explica el alcance de los términos “fuerza de ley”, “valor de ley” y “rango de ley”, para acabar concluyendo sobre el valor de los diferentes reales decretos, y por ende, el ámbito de su jurisdicción, que “si la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico ‘rango’ o ‘valor de ley’”⁹⁵.

En opinión del expresidente de la sala 5ª de lo Militar del TS José Jiménez Villarejo, opinión que no compartimos, la movilización de los controladores aéreos debía ponerse en relación con el artículo 4 del Código Penal Militar, que preveía la sujeción a la jurisdicción militar no solo de los militares, sino también del personal movilizado o a quien un precepto legal asimile, y con su artículo 8.5 que consideraba militares a quienes “con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados a decisión del Gobierno”.⁹⁶

⁹⁴ Espín López I. “Estado de alarma en el sistema constitucional español: espacio aéreo”. *Revista Acta Judicial* n°2, julio 2018, pp. 127-129

⁹⁵ STC 83/2016, de 28 de abril. FJ 9

⁹⁶ Jiménez Villarejo, J. “La militarización de los controladores”. *El País*, 13.12.2010

Una mayoría de la doctrina⁹⁷ se posiciona de forma contraria a la opinión de Jiménez Villarejo, afirmando que el artículo 12.2 de la LO 4/1981 vulnera la Constitución, dado que se asimila movilización con militarización, lo que contraviene el artículo 117.5 de la CE, conforme al cual, el ejercicio de la jurisdicción militar sólo puede llevarse a cabo fuera del ámbito estrictamente castrense en el estado de sitio, por lo que excluye el estado de alarma.

En el mismo sentido se ha pronunciado Higuera Guimerà, afirmando al analizar el caso que nos ocupa que “la movilización de personas civiles, en este caso, los controladores de tránsito aéreo de AENA durante el estado de alarma, no es un ámbito estrictamente castrense, y quedan excluidos los estados de alarma y excepción. Por ello, no puede ejercerse, de ningún modo, la jurisdicción militar durante el estado de alarma sometiendo a los controladores de tránsito de AENA al Código Penal Militar de 1985 y a la jurisdicción militar”⁹⁸

En relación con la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, ha afirmado el TC que “el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria”,⁹⁹ y sobre la interpretación del artículo 117.5 de la Constitución, ha establecido que “es, en consecuencia, evidente su finalidad de limitar la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense» a que se refiere el art. 117.5 de la Constitución y de acuerdo con éste sólo puede interpretarse en el sentido de que *ratione loci* la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan «contra cualquier persona», sea militar o paisano.”¹⁰⁰, lo que nos aboca a concluir que supone una vulneración del artículo del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el artículo 24.2 CE por ser competente para conocer de los procedimientos que pudieran incoarse, los órganos judiciales competentes de la jurisdicción ordinaria.

Sobre todo, lo hasta aquí analizado, encontramos posiciones eclécticas de algunos autores como Sandoval Coronado, posición que nosotros compartimos para el caso que nos ocupa, el cual afirma que es posible someter a los movilizados a los dictados de la legislación castrense, pero que las infracciones a esta normativa no podrán ser Juzgadas por tribunales militares, lo cual supondría infringir la Constitución.¹⁰¹

Por tanto, podemos afirmar que no resulta conforme a derecho la militarización de los controladores aéreos en base al RD 1673/2010, de 4 de diciembre, por no cumplir con los presupuestos legalmente establecidos. No obstante, de cumplirse con los presupuestos necesarios para su declaración, no se vería afectado el derecho del artículo

⁹⁷ Cruz Villalón P. “Estados excepcionales” P 79; La Fuente Balle, J.M. “Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio II”, *Revista de Derecho Político* N.º 31, 1990. P 37

⁹⁸ Higuera Guimerà J.F, “Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985” *Revista General de Derecho Penal*. N.º 15, 2011. P 40

⁹⁹ STC 75/1982, de 13 de diciembre. FJ 1

¹⁰⁰ STC 75/1982, de 13 de diciembre. FJ 4

¹⁰¹ Sandoval Coronado, J.C, “Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales a propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14, 2012 PP. 20-23

24.2 en tanto que las infracciones cometidas como consecuencia de su militarización deberían ser Juzgadas por los tribunales ordinarios y por tanto respetar su derecho al juez legal.

Conviene a su vez en este apartado que nos pronunciemos sobre el contenido de la disposición adicional segunda del RD 463/2020 que establece la suspensión de los plazos procesales lo que puede suponer una suspensión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

Tal y como hemos analizado, la declaración del estado de alarma no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, y, menos aún debe interrumpir el normal funcionamiento del Poder Judicial. Únicamente los derechos expresamente enumerados en el artículo 55 CE pueden ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o sitio, pero la declaración del estado de alarma como hemos visto no comporta la suspensión de ningún derecho fundamental, no encontrando tampoco en el artículo 11 LOEAES la posibilidad de suspender los plazos procesales durante su vigencia.

Este hecho, supone una extralimitación de la habilitación legal contenida en el citado artículo, que además determina la interrupción del normal funcionamiento de uno de los poderes constitucionales del Estado. Sin embargo, nosotros entendemos que con la suspensión de plazos que se realiza en la disposición adicional segunda, no queda suspendido el derecho, ya que, para ello, debería resultar imposibilitada la potestad de reclamar frente a los tribunales la vulneración del artículo 24 CE, y este hecho no se ha producido. Además, la propia disposición adicional establece diversas circunstancias directamente relacionadas con asuntos que versen sobre DDFE para los que no se aplica tal suspensión de plazos, por lo que resulta inviable hablar de la suspensión del derecho.

No obstante, entendemos que en la limitación que evidentemente sí se efectúa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva el ejecutivo se ha extralimitado, ya que debemos tener en cuenta tal y como se ha podido ver posteriormente, que, si bien resultaba conveniente para frenar la propagación de la pandemia evitar la asistencia a los juzgados, nada impedía que pudiesen celebrarse actuaciones judiciales por vía telemática.

Por tanto, en cuanto a la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos afirmar nuevamente que el Gobierno se extralimitó de la habilitación legal y por tanto, no resulta conforme a derecho.

2.6. Derecho a la educación

El derecho a la educación se encuentra regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales” en el artículo 27. Antes de entrar a analizar el contenido del derecho a la educación, conviene destacar que durante el debate constituyente se enfrentaron la posición “liberal” y la “progresista”. El artículo 27 CE refleja el trabajoso consenso constitucional. Por un lado, se reconoce el derecho a la libertad (libertad de enseñanza) y por otro, la vertiente prestacional con el derecho a la educación. Sin embargo, ese consenso alcanzado por el poder constituyente no parece

haberse mantenido en el legislador al que se le encomienda el desarrollo de los derechos reconocidos dando como fruto una normativa volátil y cambiante, atendiendo a la fuerza gobernante que se encuentre en el momento, lo que evidencia la ausencia de un más que necesario pacto escolar que resuelva los conflictos que plantea la educación y dote de seguridad jurídica al sistema.¹⁰²

Para un gran sector de la doctrina, el derecho a la educación es un derecho social, no un derecho de libertad o libertad pública que justifique una abstención de intervención por parte de los poderes públicos, sino, por el contrario, título para la exigencia de actividades positivas de prestación, sin olvidar que en nuestro ordenamiento constitucional los derechos sociales “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE), sin que tengan directamente un carácter de derechos públicos subjetivos.

El TC, lo ha considerado un derecho de participación política e incluso como un derecho de libertad, tal y como puede apreciarse al señalar que “junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho”¹⁰³, donde se plantea la posible diferencia entre el derecho a la educación, que parece ser concebido como una auténtica garantía institucional y la libertad de enseñanza. Nuestro TC ha señalado en la STC 5/1981, de 13 de febrero que “la libertad de enseñanza puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones” para más adelante considerar la enseñanza como la “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores” añadiendo que esta libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas y a ejercerla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que se ocupa. También se deriva de ella el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa para sus hijos.

Dentro de este derecho a la educación, siguiendo el manual de derecho constitucional de los profesores Álvarez Conde y Tur Ausina, observamos que se constitucionalizan los siguientes derechos:

1. El derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (27.3). El TC, en este sentido ha establecido que “el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral”. Este derecho de los padres encuentra un primer límite en el artículo 27.2 que pone de relieve que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

¹⁰² Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional...* cit”. Pp 470-481

¹⁰³ STC 86/1985, de 10 de julio. FJ 3

Por otra parte, no puede suponer un pretendido derecho de los padres a disponer a su voluntad de los planes de estudio.¹⁰⁴ Por otro lado, el TC ha avalado el sistema de escolarización obligatoria, a la vez que no considera inconstitucional el sistema de escolarización en el propio domicilio.¹⁰⁵

2. El derecho a la participación en la programación de la enseñanza de todos los sectores sociales afectados (27.5). Este derecho está íntimamente relacionado con la intervención de profesorado, alumnado y progenitores en el control y gestión de centros sostenidos con fondos públicos a que se refiere el artículo 27.7.

Directamente relacionado con este derecho a la participación está la financiación de la enseñanza, respecto de la cual la CE establece el principio de que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, y de que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que establezca la ley. Sobre estas cuestiones se pronunció el TC en la sentencia 77/1985 afirmando que el derecho a la subvención no nace de la Constitución, sino de la ley, no existiendo un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes.

3. Derecho a la creación de centros docentes por parte de personas físicas y jurídicas: no constituye una manifestación de la libertad de empresa. Respecto a la naturaleza, según el TC, se trataría de un derecho que tiene que hacerse depender del cumplimiento de los principios constitucionales y tiene que servir además como inspiración positiva ya que en educación la democracia es absolutamente militante. En cuanto al contenido estaríamos hablando de que existe ese derecho a la creación de centros docentes con su propio ideario educativo, lo cual supone que estos centros tienen un carácter y orientación propios. El ideario no está limitado solo a los aspectos religiosos y morales. Hablaríamos también de la compatibilidad de esta creación de centros, con la libertad de cátedra, la cual ha sido interpretada como el derecho a no verse sometido el docente a los idearios del centro. Hay que decir también que el ideario sometido a autorización administrativa sería inconstitucional ya que supone una vulneración de la libertad de enseñanza y de la creación de centros docentes. Finalmente nos referimos a la LODE del año 2006 donde profundiza en ciertos parámetros como la calidad de la educación, señala el reconocimiento de los centros privados, recoge los programas de atención al alumnado con problemas educativos, y se refiere al control para la admisión equilibrada de alumnado en centros públicos y concertados.

El RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su artículo 9 regula las “Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación”, estableciendo que “ Se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria,

¹⁰⁴ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional...* cit”. Pp 470-481

¹⁰⁵ STC 133/2010 de 2 de diciembre.

así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados. Durante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y «on line», siempre que resulte posible.”

La regulación que se realiza en el citado artículo 9 sobre el derecho a la educación, implica una modulación del ejercicio del derecho del artículo 27 CE que bien podemos considerar como una limitación o restricción del mismo. Sin embargo, no podemos considerar que la suspensión de las clases presenciales implique una suspensión material del derecho a la educación.

Nuestra Constitución no prevé la suspensión del derecho a la educación en su artículo 55.1, ni se contempla ninguna medida específica respecto a la educación en la LO 4/1981, de 1 de junio. Sin embargo, resulta hasta obvia la afectación que aquí se realiza al limitarse la circulación y no encontrar entre las causas de exención de la limitación del artículo 7 establecidas por el Gobierno, la asistencia a los centros educativos, por lo que resulta preciso establecer otros mecanismos de mantenimiento del derecho a la educación.

Lo relevante desde el punto de vista de la educación y la obvia necesidad de compatibilizar su ejercicio con la protección adecuada de la salud, es la respuesta institucional al desarrollo de este derecho en la situación de pandemia y la forma en la que deberá afrontarse en los años próximos en que se mantengan con mayor o menor intensidad las circunstancias actuales.

Institucionalmente, la declaración del estado de alarma supuso la adopción de medidas, entre otras tales como, cambios en el calendario y en las pruebas de acceso a la universidad, la propuesta de establecer unos criterios generales en todas las comunidades, para evitar posibles discriminaciones, flexibilización de las prácticas de FP, así como el resto de las medidas adoptadas concretamente por cada comunidad autónoma.

Lo que resulta innegable es la brusca alteración que dicha declaración ha supuesto para el desarrollo del curso escolar 2019-2020, lo que ha obligado a un gran esfuerzo llevado a cabo por todo el conjunto de la comunidad educativa para poder dar continuidad a la actividad lectiva a través de otras modalidades de enseñanza y aprendizaje¹⁰⁶.

La educación en España, por mandato constitucional “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (27.2), lo que supone un requisito siempre que las condiciones lo permitan, de la presencialidad de niños y niñas en las aulas tal y como se desprende de la doctrina del TC al señalar que “la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el

¹⁰⁶ Orden EFP/365/2020, de 22 de abril, por la que se establecen el marco y las directrices de actuación para el tercer trimestre del curso 2019-2020 y el inicio del curso 2020-2021, ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19. Preámbulo

marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros... una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.”¹⁰⁷

En suma, acudir a las aulas no es algo orientado exclusivamente al conocimiento sino al pleno desarrollo de la personalidad. Y lo que se pierde con la falta de presencialidad no es únicamente conocimiento sino también ese entorno propicio a la autodeterminación personal que únicamente pueden ofrecer los centros docentes como espacio de encuentro y convivencia.

El derecho a la educación del artículo 27 como derecho prestacional es terreno abonado a la actividad normativa legal y a la colaboración reglamentaria. Más allá de la propia acción normativa implica acciones y recursos. Tal y como señala el TC en este sentido, las becas son “un elemento central para la efectividad de tal derecho”¹⁰⁸. La dotación de medios materiales y humanos es imprescindible para la efectividad del derecho a la educación con una calidad adecuada que permita la igualdad de oportunidades. En este marco, los docentes son los prestadores reales del servicio educativo, los que ejecutan la actividad material en que consiste la prestación. Los docentes y los centros están en la primera línea del ejercicio del derecho a la educación y del logro efectivo del objeto de la educación.

Pues bien, tal y como defiende Cotino Hueso y a cuya defensa nos sumamos, “sobre esta base hay que proyectar las exigencias de satisfacer en la medida de lo posible del derecho a la educación cuando deba ser a través de medios digitales. Los poderes públicos y la comunidad educativa tienen que hacer los máximos esfuerzos. La falta de acciones y medios adecuados suficientes para lograr los objetivos del derecho a la educación implicará una lesión de este derecho. Y ello vale tanto en general para la educación a distancia, como en particular para garantizar la educación en razón del coronavirus.”

Por tanto, a la vista de lo hasta aquí defendido, resulta obvia la procedencia de la limitación del derecho a la educación mediante la declaración del estado de alarma, siempre que por parte de las administraciones se lleven a cabo las acciones necesarias para el ejercicio del derecho de todos y cada uno de los ciudadanos en edad escolar. Sin embargo, vamos a analizar si la medida, se ajusta a los principios de proporcionalidad y ponderación necesarios fijados por el TC, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho.

Tal y como venimos realizando hasta ahora, al hacer uso de la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

¹⁰⁷ STC 133/2010, de 2 de diciembre. FJ 7 y 8)

¹⁰⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre. FJ 8

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente. Para ello debemos atender a las circunstancias del momento en que se decreta el estado de alarma. Un momento marcado por la rapidez con la que crecía el número de contagios y la saturación que se estaba produciendo del sistema sanitario. Ha quedado más que acreditado que uno de los principales problemas de COVID-19 es la rapidez y facilidad con la que se contagia, sucediéndose este contagio a través del contacto interpersonal. Además, la mayoría de los contagios se vienen sucediendo a través de personas asintomáticas. Por ello el cese de la actividad escolar presencial supone la disminución de dichos contactos resultando factible con ello la disminución de los contagios.
2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: a este requisito debemos contestar nuevamente de forma afirmativa. Nuevamente resulta preciso contextualizar y comprender que el COVID-19 es un nuevo virus de reciente origen y sobre el que en el momento en el que se decreta el estado de alarma no existía a penas información, ni, sobre todo, medios suficientes ni para el diagnóstico, ni para el tratamiento de la enfermedad. A ello, hay que sumar que en dicho momento la sociedad española tampoco tenía una industria enfocada en la producción de suficiente material sanitario de prevención como pudieran ser las mascarillas, resultando prácticamente imposible el abastecimiento inmediato de estas a toda la población. Por tanto, entendemos que no existía en ese momento otra forma posible de frenar el alto nivel de contagios.
3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: a lo que nuevamente responderemos afirmativamente. El bien que se encuentra en conflicto con el derecho a la educación es el derecho a la salud. En este sentido se ha pronunciado recientemente el TS afirmando en su reciente sentencia 1569/2020, de 20 de noviembre, que “la salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad”.

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro.

En este sentido, siguiendo nuestra línea argumentativa, lo que aquí ponderamos es la primacía o prevalencia del derecho a la salud frente al derecho a la educación. Ha quedado acreditado que el derecho a la salud se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Resulta innegable la importancia del derecho a la salud en conjunción con el derecho a la vida, ya que, sin él, ningún otro valor puede ser disfrutado. Por tanto, lo que aquí se plantea y a la vista de las

circunstancias originadas por el COVID-19 amenazando gravemente la salud de la población estimamos que resulta totalmente razonable la cesión del derecho a educación en beneficio del derecho a la salud.

Por tanto, podemos concluir afirmando, que en el caso concreto del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en lo que se refiere a la limitación del derecho a la educación del artículo 27, a nuestro entender sí resulta conforme a derecho y cumple plenamente con los requisitos de proporcionalidad y ponderación, resultando necesario la adopción por parte de las administraciones de las medidas necesarias para que el ejercicio del derecho pueda ser realizado por la totalidad de la comunidad educativa.

2.7. Derecho a la libertad religiosa

Se trata de uno de los preceptos más polémicos en los debates constituyentes, con una fuerte carga política y con cuya regulación se intentó desdramatizar el fenómeno religioso, que no se había logrado en los textos constitucionales anteriores. Este derecho ha sido desarrollado a través de la LO 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa donde se establece de una parte el propio contenido y significado de la libertad religiosa, y, de otra, cual es la posición del Estado respecto al fenómeno religioso.

La libertad religiosa se conecta con la expresión del párrafo 3 del artículo 16 en el que se declara la aconfesionalidad del Estado, rompiendo con la trayectoria histórica en la que el Estado se definía como católico, pero también con la declaración del laicismo propio de la Constitución de 1931. La distinción entre aconfesionalidad y laicismo se aprecia en el segundo inciso del precepto citado, al establecer que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española” y, en particular, “mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.¹⁰⁹

El artículo 2 de la LO 7/1980 establece la normativa relativa al contenido de la libertad que su artículo 1 garantiza. Se trata del más extenso de los artículos dividido en tres párrafos. El primero y el segundo, fijan el contenido de la norma en relación respectivamente con las libertades individuales y colectivas, o lo que es lo mismo, con el ejercicio de la libertad religiosa y de culto por parte de los individuos y de los grupos sociales. El párrafo tercero se destina a fijarle al poder público la obligación de establecer determinadas condiciones concretas de carácter social a efectos de que el ejercicio de aquellas libertades resulte efectivo y real. Por tanto, podemos afirmar que la libertad religiosa aparece configurada como un derecho individual y colectivo, ya que se predica tanto de los individuos como de las comunidades que la profesan.

¹⁰⁹ Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 16”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2> (Consulta 18/12/20)

En la LO se destacan tanto los aspectos individuales: derecho a profesar cualquier creencias religiosas o a no profesar ninguna, a cambiar de religión, a no ser obligado a declarar sobre sus ideas o a no ser obligado a practicar actos de culto, a recibir enseñanza religiosa según las propias convicciones (o las de los padres o tutores) o a recibir sepultura digna; como los colectivos: derecho a celebrar sus propios ritos u otros muchas veces vinculados a otros DDFD como sería el derecho a impartir enseñanza religiosa (art. 27) a reunirse o manifestarse (art. 21) o a asociarse (art. 22), con relación a los cuales se establece un régimen especial. No obstante, el reconocimiento genérico de derechos puede ocasionalmente verse limitado en la aplicación de caso concreto.¹¹⁰

De la LO cabe resaltar que excluye de su ámbito “las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de los valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos a los religiosos” (artículo 3.2), con lo que parece primarse a las grandes religiones occidentales, dejando fuera no sólo nuevos fenómenos, sino pudiendo también excluir religiones de otras culturas con una diferente concepción de lo trascendente.

Respecto a la naturaleza del derecho a la libertad religiosa, el TC ha señalado que “el art. 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto "de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Este reconocimiento de "un ámbito de libertad y una esfera de agere licere ... con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) se complementa, en su dimensión negativa, por la determinación constitucional de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias" y que “los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”. En síntesis, podemos afirmar que estamos hablando de un ámbito de libertad donde tiene que haber una inmunidad de coacción frente al estado, donde no se nos puede obligar a declarar sobre nuestra propia religión y donde tiene que haber una actuación positiva por parte del Estado porque tiene que facilitar la asistencia y formación religiosa y en condiciones de igualdad, no haciendo diferencias de trato jurídico.¹¹¹

En cuanto a los límites del derecho a la libertad religiosa, el artículo 16 establece el límite del orden público y la imposibilidad de ser obligado a declarar sobre su religión o creencias. Es el artículo 3 de la LO 7/1980 el que establece los tres elementos característicos del orden público al establecer que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

¹¹⁰ Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles.. “Sinopsis artículo 16”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2> (Consulta 18/12/20)

¹¹¹ ¹¹¹ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*.... cit”. Pp 344-348

Además de ser un derecho individual, es también predicable de las confesiones y comunidades religiosas, a las que la ley de Libertad Religiosa les atribuye el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas. Este carácter colectivo es el que plantea un mayor significado político y pone de relieve la posición del Estado en relación con el fenómeno religioso.¹¹²

La segunda parte del tercer apartado del artículo 16 hace una mención expresa a la Iglesia Católica, donde se trataba de reconocer un fenómeno social propio del momento constituyente en el que encontrábamos una amplia mayoría de la población católica. Interesa destacar las relaciones de cooperación entre Estado y las confesiones religiosas.

El RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su artículo 11 regula las “Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas.”, estableciendo que “La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”.

Es decir, lo que hace el RD 463/2020 es limitar las celebraciones religiosas a las medidas organizativas propias, limitando la forma de exteriorización del derecho en el ámbito de la celebración de reuniones, pero llevando a cabo una limitación muy liviana ya que en principio se permite la celebración de las ceremonias civiles y religiosas condicionadas a la adopción de pautas que garanticen las medidas de distanciamiento social establecidas.

El derecho a tener una religión y a efectuar actos privados de culto se mantiene intacto, hecho por otro lado normal ya que ni tan siquiera se permite su suspensión durante el estado de sitio. Nuestra Constitución no prevé la suspensión del derecho a la libertad religiosa en su artículo 55.1, ni se contempla ninguna medida específica respecto a la educación en la LO 4/1981, de 1 de junio.

En cambio, la celebración de actos de culto externos es una manifestación de religiosidad que se encuentra sometida al respeto de otras normas. “Igual que no es evidente que se puedan tocar las campanas de una iglesia o hacer un llamamiento a la oración a las tres de la madrugada, tampoco lo es que se puedan reunir centenares de personas en una iglesia durante la pandemia”.¹¹³

Como ya hemos visto anteriormente, durante el estado de alarma cabe la posibilidad de que se limiten proporcionalmente algunas manifestaciones accesorias de

¹¹² Rossell, Jaime. “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Anuario de Derecho Eclesiástico, N.º 15, 1999, pp 87-128

¹¹³ Urías, Joaquín. “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”. En <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774> (Consultada en 21/12/20)

derechos fundamentales, pero sin que ello afecte al núcleo de los derechos. Sobre esta limitación se ha pronunciado el TC, en el Auto dictado a propósito de la declaración del estado de alarma mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, estableciendo que “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos...”¹¹⁴

Este derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 CE se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de reunión y manifestación. Esta conexión, ha sido puesta de relieve por el TC, al proclamar que “el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas”.¹¹⁵

Por tanto, a la vista de lo hasta aquí defendido, resulta obvia la procedencia de la limitación del derecho a la libertad ideológica y religiosa mediante la declaración del estado de alarma, que además únicamente se ha visto afectada en el sometimiento al cumplimiento de determinadas medidas. Sin embargo, vamos a analizar si la medida, se ajusta a los principios de proporcionalidad y ponderación necesarios fijados por el TC, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho.

Tal y como venimos realizando hasta ahora, al hacer uso de la doctrina consolidada del TC del control de proporcionalidad nos lleva a analizar los tres requisitos siguientes:

1. Si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo previsto: a este requisito debemos responder afirmativamente. Tal y como hemos establecido, ha quedado más que acreditado que uno de los principales problemas de COVID-19 es la rapidez y facilidad con la que se contagia, sucediéndose este contagio a través del contacto interpersonal. Además, la mayoría de los contagios se vienen sucediendo a través de personas asintomáticas. Por ello la imposición de medidas de distanciamiento social entre los asistentes a las distintas celebraciones religiosas supone la disminución de dichos contactos resultando posible con ello la disminución de los contagios.
2. Si tal medida era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito: a este requisito debemos contestar nuevamente de forma afirmativa. Nuevamente resulta preciso contextualizar y comprender que el COVID-19 es un nuevo virus de reciente origen y sobre el que en el momento en el que se decreta el estado de alarma no existía a penas información, ni, sobre todo, medios suficientes ni para el diagnóstico, ni para el tratamiento de la enfermedad. A ello, hay que sumar que en dicho momento la sociedad española tampoco tenía una industria enfocada en la producción de

¹¹⁴ ATC 40/2020, de 30 de abril. FJ 4

¹¹⁵ STC 85/1988, de 28 de abril. FJ 2

suficiente material sanitario de prevención como pudieran ser las mascarillas, resultando prácticamente imposible el abastecimiento inmediato de estas a toda la población. Por tanto, entendemos que no existía en ese momento otra forma posible de frenar el alto nivel de contagios.

3. Si resultaba proporcionada en sentido estricto, es decir si se derivan de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto: a lo que nuevamente responderemos afirmativamente. El bien que se encuentra en conflicto con el derecho a la libertad ideológica y religiosa es el derecho a la salud. En este sentido se ha pronunciado recientemente el TS afirmando en su reciente sentencia 1569/2020, de 20 de noviembre, que “la salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad”. Además, la afectación que con esta medida se realiza sobre el derecho del artículo 16 CE es en principio, prácticamente mínima.

Por lo que se refiere al principio de ponderación, viene a ser el principio de proporcionalidad en el sentido estricto. La ponderación supone una extensión del tercer requisito del principio de proporcionalidad. Debemos establecer si el perjuicio que sufra un principio resulta acorde a la importancia de la realización del otro.

En este sentido, siguiendo nuestra línea argumentativa, lo que aquí ponderamos es la primacía o prevalencia del derecho a la salud frente al derecho a la libertad ideológica y religiosa. Ha quedado demostrado que el derecho a la salud se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Resulta innegable la importancia del derecho a la salud en conjunción con el derecho a la vida, ya que, sin él, ningún otro valor puede ser disfrutado. Por tanto, lo que aquí se plantea y a la vista de las circunstancias originadas por el COVID-19 amenazando gravemente la salud de la población estimamos que resulta totalmente razonable la cesión del derecho a la libertad ideológica y religiosa en beneficio del derecho a la salud.

Por tanto, podemos concluir afirmando, que en el caso concreto del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en lo que se refiere a la limitación del derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 11, a nuestro entender sí resulta conforme a derecho y cumple plenamente con los requisitos de proporcionalidad y ponderación.

2.8. Derecho a la participación política.

El derecho de participación política viene recogido en el artículo 23 CE, dentro del capítulo primero, sección segunda del Título I. La participación que en él se consagra es, en esencia una participación de naturaleza exclusivamente política. Este artículo

señala además dos modalidades de ejercicio: directa y a través de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal, consagrando esta última el derecho electoral activo y pasivo.

El propio TC, ha señalado que la participación en los asuntos públicos a la que se refiere dicho precepto es “en primera línea, la que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución, y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el Gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución”.¹¹⁶

El derecho de participación política del artículo 23 CE ha de tratarse de una participación política, es decir, de la manifestación de la soberanía popular, que puede ejercerse, a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución o a través de representantes. Por lo que se refiere al contenido del artículo 23.2, el denominado derecho electoral, debemos afirmar que se encuentra íntimamente conectado con el artículo 23.1 por lo que no puede ser considerado de forma estanca¹¹⁷.

De manera temprana se pronunció sobre este derecho nuestro alto tribunal, centrándose en la determinación del contenido y alcance del derecho de participación representativa. Concretamente, con ocasión de analizar el instituto de la iniciativa legislativa popular y su limitado alcance, el Tribunal señala que la Constitución “diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa”.¹¹⁸

En los diferentes decretos dictados de excepción, no se recoge mención alguna que afecte al derecho de participación política. Sin embargo, hemos podido ver como la propia situación de pandemia vivida con todo lo que ha traído consigo en cuanto a medidas y limitaciones de derechos a afectado de forma más que directa al derecho de voto en cuanto a elecciones a Comunidades Autónomas. Las elecciones al Parlamento Vasco y Gallego estaban previstas para el mes de abril de 2020, y fueron aplazadas a fechas posteriores como consecuencia de la situación en que se encontraba el país por la epidemia de SARS-Cov-2. Lo mismo ha sucedido recientemente con las elecciones al Parlamento catalán, las cuales estando previstas para el mes de febrero de 2021 llegaron a posponer sus comicios, viéndose anulado finalmente ese retraso electoral y manteniéndose en su fecha original por el TSJC.¹¹⁹

En lo que a la eventualidad de suspender unas elecciones se refiere, ni la LOREG ni las leyes electorales de las CCAA aportan una adecuada cobertura legal ya que no se contempla tal posibilidad. En este sentido demanda Presno Linera la necesidad de una reforma exprés de la LOREG con el fin de contemplar y dar cobertura legal a tal posibilidad. Sin embargo, dicha modificación no ha llegado y las elecciones vascas y gallegas fueron aplazadas mediante sendos Decretos del Lehendakari y de la Presidencia de la Xunta basados en la potestad de los presidentes de convocar las elecciones (y en

¹¹⁶ STC 51/1984, de 25 de abril. FJ 2

¹¹⁷ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018. Pp 445-450

¹¹⁸ STC 74/1994, de 14 de marzo. FJ 3

¹¹⁹ Recurso SALA TSJ 121/2021 - Recurso protección jurisdiccional 17/2021

este caso de desconvocar) y tras alcanzar acuerdo con todos los grupos políticos, lo que supone una solución a su juicio “bastante más chapucera que una reforma exprés de la LOREG”.¹²⁰

Por nuestra parte, comprendemos y compartimos la decisión de posponer los comicios (al igual que consideramos que debería haberse hecho con las elecciones al Parlamento catalán), puesto que al realizar el juicio de ponderación nuevamente con el derecho a la salud, consideramos que el perjuicio que supone el retraso de unos meses en la celebración de los comicios es mínimo, además de necesario, ya que con ello, se garantiza que las campañas electorales se celebren con plenitud de garantías y abarcando todas las posibilidades que requieran, así como se garantiza la máxima asistencia a las urnas por parte de la ciudadanía, debiendo primar en este caso la conservación del derecho a la salud.

2.9 Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad viene recogido en el artículo 18 CE, dentro del capítulo primero, sección segunda del Título I regulando a la vez el derecho al honor y a la propia imagen dentro del mismo precepto. Estos derechos han sido desarrollados mediante la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

A la hora de fijar el concepto de intimidad nos encontramos con dificultades que el propio TC ha reconocido afirmando que “intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”¹²¹. Este derecho persigue el reconocimiento a mantener una vida privada sin injerencias, para poder desarrollar una mínima calidad de vida.

El TC ha indicado las condiciones que han de cumplirse para entender que no existe vulneración de la intimidad por lo que debe tratarse de un fin constitucional legítimo, debe estar previsto en la legislación, que tal medida sea idónea y necesaria y el cumplimiento del juicio de proporcionalidad.¹²² El propio tribunal ha señalado que la intimidad también tiene una dimensión familiar cuando tenga una afectación en el núcleo familiar no quedando vinculado únicamente a la persona afectada.¹²³

Nuevamente encontramos que ninguno de los decretos de alarma dictados contiene regulación alguna ligada directamente con el derecho a la intimidad. Sin embargo, en el desarrollo del contenido de estos decretos, se dicta la Orden

¹²⁰ Presno Linera, Miguel. En <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/03/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-5-el-derecho-de-voto-suspension-de-elecciones-vascas-y-gallegas/> (consultado 5/02/2021)

¹²¹ STC 171/1990, de 12 de noviembre. FJ 4

¹²² STC 115/2013, de 9 de mayo. FJ 5

¹²³ STC 231/1988, de 2 de diciembre. FJ 4

SND/297/2020, de 27 de marzo que prevé la creación de una Aplicación informática que permita la geolocalización de usuarios.

Ciertamente es que el uso de la Aplicación no resulta obligatorio, al menos por el momento, y que ello supone que los ciudadanos deben descargarla e instalarla en su dispositivo móvil para que pueda servir de baliza de geolocalización. Sin embargo, entendemos que la medida resulta totalmente desproporcionada y que supone una intromisión en el derecho a la intimidad, de forma generalizada, sin atender a las circunstancias concretas de cada caso regulándose además, mediante una disposición con carácter reglamentario, mediante una Orden administrativa del Ministerio de Sanidad, algo que nos parece un auténtico despropósito que ataca directamente al estado de Derecho y concretamente al principio de legalidad, ya que se están regulando afectaciones a derechos fundamentales mediante una norma sin rango de ley.

Por tanto, consideramos que el contenido que se regula en la Orden 697/2020 y que afecta de forma directa al derecho a la intimidad, no resulta conforme a derecho.

Podemos concluir todo este epígrafe dedicado a las diferentes afectaciones sobre DDFF afirmando que en aquellos derechos que se han visto afectados de manera indirecta como algunos pocos que se limitan de forma directa a través de los diferentes decretos de los estados de alarma, el ejecutivo ha actuado de forma adecuada y ha respetado el criterio de proporcionalidad entre el interés general que supone el derecho a la salud y cada derecho afectado. Sin embargo, podemos afirmar que de forma general en la mayoría de las limitaciones llevadas a cabo a través de los diferentes estados de alarma el ejecutivo sí se ha extralimitado en sus facultades.

En cuanto al derecho a la libertad de circulación reconocido en el artículo 19 CE, a priori, es el único derecho sobre el que la LOEAES regula expresamente su limitación. Sin embargo, aunque sí se ha respetado el contenido esencial del derecho en todos los casos, únicamente el RD 463/2020 ha superado el juicio de proporcionalidad ya que para ello debemos tener en cuenta que la situación existente en el momento en el que se decreta era la de la llegada de un virus hasta el momento desconocido y para el que no existían medios materiales suficientes capaces de prevenir la infección. Sin embargo no sucede lo mismo con las limitaciones a este derecho realizadas por el RD 900/2020 y el RD 926/2020 ya que en el momento de su aprobación, el desarrollo de las técnicas de detección, medidas de prevención, así como la información sobre el comportamiento del virus habían avanzado de forma exponencial por lo que una limitación generalizada de la libertad de circulación supone una extralimitación de las facultades del ejecutivo al existir otras posibilidades capaces de compaginar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación con la protección del derecho a la salud.

Como ya hemos visto, durante la declaración de cualquiera de los estados de alarma vigentes durante nuestra historia constitucional, no se ha visto suspendido ni afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, manteniéndose tal derecho vigente en todo momento. Por su parte, las limitaciones que han sufrido el derecho a la educación y a la libertad religiosa si han sido conforme a derecho, por resultar proporcionales para, por un lado, respetar el contenido esencial del derecho y permitir su ejercicio, pero por otro, modular su ejercicio para compatibilizarlo con la garantía del derecho a la salud. En lo que se refiere al derecho al juez predeterminado afectado por el decreto del estado de

alarma como consecuencia de la crisis de los controladores aéreos, tal y como hemos visto al analizar este derecho, en la práctica se trata de un derecho que no se ve afectado, ya que los controladores han sido enjuiciados por la jurisdicción ordinaria. Por último, el derecho a la participación política que se ha visto afectado por el retraso de los comicios a diferentes Parlamentos autonómicos, también ha superado los criterios de proporcionalidad, por resultar de dicha modificación más beneficios que perjuicios, siendo mínimas las consecuencias del retraso de la fecha electoral y máximos los beneficios que produce en cuanto al derecho a la salud.

Sin embargo, no ha sido respetuoso el ejecutivo con las competencias que le confiere la LOEAES en cuanto al derecho de manifestación en ninguno de los tres estados de alarma decretados como consecuencia de la crisis del COVID ya que, tal y como hemos visto, existían métodos suficientes para garantizar el ejercicio de tal derecho sin afectar al derecho a la salud. Además, tampoco resulta conforme a derecho la limitación del derecho de reunión al establecer en el RD 926/2020 el límite máximo de 6 personas en el ámbito privado, hecho que no se ajusta a ningún criterio objetivo además de no aparecer contemplada dicha injerencia dentro de las facultades que le confiere la normativa reguladora del estado de alarma, tal y como tampoco sucede con el derecho de manifestación. Tampoco se ajusta a derecho la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva que se produce por la suspensión de los plazos procesales, ya que existen fórmulas como pudiera ser la práctica de actuaciones de forma telemática que permitirían el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva sin afectar al derecho a la salud. Por último, también resulta una intromisión ilegítima sobre el derecho a la intimidad la Orden 697/2020 que regula la creación de una aplicación informática para llevar a cabo la geolocalización de la ciudadanía por resultar desproporcionada y generalizada, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso.

3. Las garantías de los DDFF en el derecho de excepción.

Los mecanismos de control deben implicar a los diversos poderes y órganos del Estado, órganos tales como el Parlamento, el Gobierno o el Poder Judicial incluyendo al Tribunal Constitucional.

Tal y como ya hemos mencionado en este trabajo, el anterior estado de alarma supuso el único pronunciamiento hasta el momento del TC sobre el Decreto de alarma como consecuencia de la crisis de los controladores, sin que ese pronunciamiento contuviera resolución alguna de valoración de fondo de las medidas adoptadas. Lo que sí dispuso ese pronunciamiento del TC fue la aclaración de que tanto el propio Decreto de alarma, como los actos del Congreso de prórroga se consideran actos normativos con valor de ley. En consecuencia, sólo son directamente controlables por el TC los recursos planteados por las personas legitimadas mediante los mecanismos previstos.

Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en la LO 4/81 sobre la impugnabilidad de los actos que puedan dictarse en la aplicación del Decreto del estado de alarma ante la jurisdicción ordinaria en cada caso y la opción de que los órganos competentes al

enjuiciarlos puedan plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Asimismo, también podrán las personas afectadas interponer recurso de amparo ante el TC.

A los órganos jurisdiccionales, les corresponde a su vez la fiscalización de las leyes orgánicas que establecen generalmente el alcance de la suspensión, los actos y disposiciones que se pronuncian en favor de esta y de los actos de aplicación de ese nuevo régimen jurídico por los poderes públicos.

Y por supuesto, además de la vía ordinaria, puede proceder el recurso especial preferente y sumario cuando se vean afectados los derechos de los artículos 14 a 29 CE.¹²⁴

La ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, mediante su disposición final segunda, modificó la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con el fin de dotar de la mayor seguridad jurídica posible a las decisiones adoptadas por las autoridades sanitarias, así como a las vías de control e impugnación frente a las mismas en beneficio de la ciudadanía y el interés común.

Mediante la citada modificación, se atribuye la competencia en materia de limitación de DDFP que lleven a cabo las autoridades sanitarias y que consideren urgentes a los Tribunales Superiores de cada Comunidad Autónoma, en lugar de los Contencioso-Administrativo, para las medidas de carácter general; se establece la tramitación preferente de las autorizaciones o ratificaciones de las medidas adoptadas; se establece un plazo máximo de tres días naturales con el fin de agilizar aún más su tramitación; y se incorpora la participación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos.

Nos queda la sensación de que al igual que muchas de las decisiones adoptadas en el marco de los recientes estados de alarma, la modificación de la Ley 29/1988 es fruto de la precipitación por lo que trae consigo imprecisiones y carencias. En este sentido se pronuncia Presno Linera aportando algunas deficiencias que a su juicio presenta la citada reforma¹²⁵, las cuales compartimos plenamente.

Apunta Presno Linera que entre las carencias que presenta la modificación, se puede destacar que no queda claro cuáles son los derechos fundamentales que deben someterse al control judicial previo, ni tampoco ha quedado definido en que consiste la autorización o ratificación judicial de las medidas. También apunta compartiendo el criterio del profesor Velasco, que puesto que se trata de un trámite urgente (máximo 3 días naturales) el parámetro a utilizar por el juzgador no debería ser el de proporcionalidad sino otro más estrecho dada su complejidad, debiendo limitarse por ley únicamente a la comprobación si es rechazable por ser ostensiblemente errónea, arbitraria o desproporcionada. Por último, se refiere a que resulta discutible que sea oportuna la intervención judicial previa a la vigencia generando una confusión de funciones entre el poder legislativo y judicial.

¹²⁴ Cotino Hueso, Lorenzo “Los Derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº. 86-87, 2020. Pp 88-100

¹²⁵ Presno Linera, Miguel Ángel. “Fortalezas (teóricas) y debilidades (prácticas) del Derecho español de excepción frente al COVID-19”. *Jueces para la democracia*. N.º 99, Diciembre 2020. Pp 39-52

CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos corresponden a toda persona por el mismo hecho de su naturaleza y condición humana, son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. Los derechos fundamentales son los derechos humanos concretados mediante la legislación del Estado, garantizados con rango constitucional y se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda. En consecuencia, todo individuo que vive en un Estado goza de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución política de ese Estado, pudiendo reclamar la vulneración de estos ante los tribunales.
2. No existen derechos ilimitados ni absolutos, sino que los derechos se encuentran sujetos a límites. El ejercicio de los derechos fundamentales está sujeto tanto a límites expuestos constitucionalmente como a otros que pudieran fijarse con el fin de proteger o preservar otros derechos, pero siempre, deben ser interpretados con criterios restrictivos de la forma más favorable a la eficacia y a la esencia del resto de derechos. Cuando nos encontramos ante limitaciones de diferentes derechos fundamentales al amparo de la normativa de excepción, debemos hacer uso de los principios de proporcionalidad y ponderación entendidos como la más depurada forma de resolver los problemas planteados en la convivencia de los derechos en favor de la razonabilidad jurídica, debiendo analizarse siempre las circunstancias concretas de cada caso.
Los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos mediante ley orgánica, pero en ningún caso el contenido de dicha ley puede restringirlos de manera genérica, sino que debe tasar las limitaciones admitidas. Además de recoger el derecho a limitar debe existir un interés público general que permita hacerlo y también señalar las condiciones y garantías de la limitación. Sólo cuando el Gobierno, al amparo de una ley orgánica que reúna los requisitos citados tome medidas restrictivas, se podrá realizar el juicio de proporcionalidad y ponderación. Sin una ley orgánica que reúna los requisitos citados, la medida, aun cuando sea justificada, será inconstitucional.
3. El artículo 55.1 de nuestra CE se encarga de regular en conexión con el artículo 116 las situaciones excepcionales que constitucionalmente permiten la suspensión de derechos y libertades. Atendiendo al mandato constitucional, encontramos la LOEAES que se encarga de regular las circunstancias concretas que regirán cada uno de los estados de excepción. En cuanto al estado de alarma, que rige ante circunstancias extraordinarias relacionadas con crisis sanitarias o la paralización de servicios públicos, únicamente se permite la limitación de la circulación y otras relacionadas con el mantenimiento de los servicios esenciales y abastecimiento de bienes necesarios, no estando prevista la afectación sobre ningún otro derecho. La limitación de la circulación se recoge en el artículo 11 LOEAES, artículo que resulta inconstitucional al recoger una limitación abstracta del derecho a la libre circulación, sin precisar en qué consisten los límites, y con ello, las disposiciones adoptadas al amparo de este artículo en los diferentes estados de alarma.

Existe una discusión entre la doctrina sobre si las medidas aplicadas como consecuencia de la crisis del COVID, limitan derechos de conformidad con el citado artículo 11 o por el contrario constituyen una verdadera suspensión de derechos reservada para los estados de excepción y sitio, lo que a su vez supondría la inconstitucionalidad de los preceptos por extralimitarse del mandato constitucional contenido en el artículo 55.1 CE. Durante el estado de alarma no se suspende ningún derecho, es decir, no desaparece. Si realmente un derecho estuviera suspendido no se podría ejercer de ninguna forma posible, pero como no se suspende, cada vez que alguien ve afectado su derecho puede solicitar el amparo de los tribunales. Por tanto, en los diferentes estados de alarma, lo que encontramos con mayor o menor intensidad son limitaciones de derechos, pero en ningún caso podremos hablar de suspensión.

4. Además del derecho de excepción, encontramos en el marco del derecho ordinario mediante la LO 3/86 en materia de salud pública, la posibilidad de que por la autoridad competente se adopten las medidas necesarias en materia de salud, lo que supone una facultad para restringir derechos fundamentales demasiado amplia, ya que no se concreta exactamente la forma ni el alcance de estas medidas. En ningún caso, la legislación sanitaria puede suponer la afectación de forma general a los DDFF, ya que la propia Constitución es especialmente rigurosa y estricta con las condiciones bajo las cuales se permite la limitación de derechos, y en absoluto puede serlo de forma generalizada e indiscriminada, sino que debe atenderse para ello a las circunstancias particulares de cada caso y aplicarse a personas concretas. Ante este hecho, los grupos parlamentarios deberían haber alcanzado los acuerdos necesarios para formular las reformas legales de LOMESP en las que se concretara el alcance y contenido de las medidas sanitarias a adoptar, dotando a las autoridades de una herramienta suficiente para afrontar la situación de pandemia actual y evitar un uso abusivo del estado de alarma.

Este hecho ha supuesto la obligación de que se reforme la Ley 29/88 imponiendo a los órganos del poder judicial la facultad de ratificar o autorizar las decisiones adoptadas. Sin embargo, la propia ley que en un principio se modifica para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema, deja muchas incógnitas al no aclarar cuales son los derechos fundamentales que deben someterse al control judicial previo ni se ha definido en que consiste la autorización o ratificación. Tratándose de un trámite urgente, no parece muy factible que pueda realizarse adecuadamente el juicio de proporcionalidad, así como tampoco parece oportuno que se atribuya al poder judicial la competencia para intervenir de esa forma en la función legislativa.

5. Aunque han sido cuatro las diferentes declaraciones de estados de alarma que hemos vivido en España, realmente son dos los motivos por los que se ha declarado en nuestro país: la primera de ellas fue en el año 2010 como consecuencia del conflicto sociolaboral de los controladores aéreos que supuso un abandono colectivo de sus puestos de trabajo y la paralización del servicio público; la segunda de ellas es la que vivimos en la actualidad como resultado de

la pandemia mundial declarada por la OMS por el virus SARS-CoV-2 que supuso la declaración de un primer estado de alarma el 14 de marzo de 2020 y que trajo consigo la declaración de otros dos consiguientes estados de alarma, encontrándonos actualmente bajo la regulación de uno de ellos.

Compleja resulta la primera declaración del estado de alarma en nuestra historia constitucional, ya que las causas que motivaron su aprobación no se ajustaban a los presupuestos legales exigidos para ello, ni tampoco supuso como así se defendían por parte del Gobierno en los antecedentes de hecho del RD 1673/2010 el impedimento al ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación.

Sin embargo, sí cumplen con los requisitos establecidos por la LOEAES para su declaración los estados de alarma decretados como consecuencia de la crisis del COVID al tratarse de una crisis sanitaria. El primero de ellos, el RD 463/2020 realiza una extralimitación al afectar de forma directa o indirecta muchos más derechos de los que la LOEAES permite dentro de la declaración del estado de alarma. Extralimitándose también en su alcance se han comportado el RD 900/2020 que se decreta para la comunidad de Madrid o el estado de alarma para todo el territorio y de seis meses de duración aprobado por RD 926/2020. Estos últimos estados de alarma han sido aprobados con la finalidad de burlar el control judicial que venían sufriendo las medidas sanitarias adoptadas por las CCAA como consecuencia de la denegación de algunas ellas por parte de los órganos judiciales, debido al déficit normativo en materia de salud y la afectación excedida que se estaba llevando a cabo sobre los DDF.

Este último estado de alarma aprobado por RD 926/2020, además de la limitación desproporcionada de derechos que realiza, deviene inconstitucional ya que resulta inadmisibles que se atribuya a los gobiernos autonómicos la potestad discrecional de establecer los criterios que limiten, restrinjan o extiendan derechos fundamentales, además de producir falta de certeza e inseguridad al dar un tratamiento territorial a lo que supone un grave problema sentido a nivel nacional. También resulta inconstitucional este último estado de alarma al contener una prórroga de seis meses, lo que supone algo inaceptable para nuestro Estado de Derecho, al implicar una reducción del control político ya que sustituye el control parlamentario cada quince días por parte del Presidente del Gobierno para recabar el apoyo del Congreso al solicitar su prórroga, por una comparecencia quincenal del Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo para dar cuenta de la aplicación de medidas previstas en el RD. Además, el hecho de que la prórroga sea de seis meses resulta del todo desmedido ante una situación tan cambiante como la actual, sin posibilidad de aportar justificación alguna a una prórroga tan extensa.

6. Sobre las medidas Covid restrictivas de derechos fundamentales se ha pronunciado el Parlamento Europeo solicitando a los Estados miembros la posibilidad de abandonar los estados de excepción en aras de limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Mediante la resolución 2020/2790, publicada el 13 de noviembre, se enumera una serie de peticiones para que las medidas que limitan derechos sean proporcionadas y

temporales, sin que sean algo más que eso, unas simples peticiones o recomendaciones de las que ha hecho caso omiso el Gobierno.

7. De entre todos los derechos vigentes en nuestro ordenamiento, especialmente importante resulta en los momentos actuales que vivimos de pandemia el derecho a la salud. Un derecho el del artículo 43 que se encuentra directamente interconectado con el derecho a la vida y a la integridad física y moral ofreciendo la condición necesaria para constituir el resto de los derechos constitucionales reconocidos. Por ello, con la crisis del COVID-19, el derecho a la salud se ha convertido en el fundamento sobre el que se asientan todas las medidas, ya que en una situación como la actual, debe prevalecer el interés general constituido por la salud de todos los ciudadanos.
8. Sobre las afectaciones de los derechos fundamentales, resulta relevante la limitación que se ha realizado sobre el derecho a la libre circulación, ya que es la única que como tal se permite dentro de la normativa reguladora del estado de alarma. Este derecho a la libertad de circulación se ha visto limitado sustancialmente por todos los estados de alarma decretados por la crisis del COVID-19, siendo únicamente el primer estado de alarma el que fue respetuoso con este derecho del artículo 19 CE, teniendo en cuenta que en el momento en el que se decreta no existe apenas información sobre el comportamiento del virus ni medios materiales suficientes capaces de prevenir la infección entre la ciudadanía. Sin embargo, con los estados de alarma decretados para la comunidad de Madrid y posteriormente para todo el territorio no podemos afirmar lo mismo, ya que la limitación que en ellos se realiza sobre la libertad de circulación ha ido más allá de lo imprescindible al existir en el momento de sus aprobaciones mayor información sobre el virus, nuevas técnicas de detección y mayores medios materiales de prevención capaces de compaginar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación con la protección del derecho a la salud.
9. El hecho de encontrarnos ante un estado excepcional permite que algunos derechos puedan ceder en beneficio del derecho a la salud o en el interés general, aun cuando tal limitación no se encuentra recogida en la normativa específica reguladora del estado de alarma. Aunque en un principio pudiera parecer lo contrario, durante la vigencia de los estados de alarma de nuestra historia constitucional no se han visto suspendidos ni afectados el derecho al juez predeterminado como consecuencia del estado de alarma dictado por la crisis de los controladores, ni el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los estados de alarma dictados por el virus del COVID-19. Sin embargo, si se han visto afectados, aunque de forma proporcional y respetando su contenido esencial, el derecho a la educación y el derecho a la libertad religiosa. También ha sido conforme a derecho la afectación que ha sufrido el derecho a la participación política al retrasar los comicios a algunos Parlamentos autonómicos, por ser mínimas las consecuencias que supone el retraso de la fecha electoral, pero máximo el beneficio que produce en cuanto al derecho a la salud.

10. No ha sido respetuoso el ejecutivo con las competencias que le confiere la LOEAES en cuanto al derecho de manifestación en ninguno de los tres estados dictados por la crisis del COVID al no superar los juicios de proporcionalidad y ponderación por existir alternativas suficientes que permitían la convivencia simultánea del derecho a la salud y del derecho de manifestación sin que se vean afectados entre ellos. Además, también se ha excedido en la limitación que se realiza en el RD 926/2020 del derecho de reunión al establecer un límite máximo de 6 personas en el ámbito privado, hecho que sobrepasa las facultades conferidas por la normativa de excepción y además no aporta ningún criterio objetivo que justifique que deban ser no más de 6 las personas que se puedan reunir. Tampoco se ajusta a derecho la afectación que se realiza sobre el derecho a la tutela judicial efectiva al suspender los plazos procesales con el RD 463/2020 por existir la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales de forma telemática sin necesidad de tener que afectar el citado derecho. Por último, también se ha realizado una intromisión ilegítima sobre el derecho a la intimidad al dictar la Orden 697/2020 que regula la creación de una aplicación informática para la geolocalización de la ciudadanía por ser desproporcionada y generalizada.
11. Gracias al Estado de Derecho, contamos con diferentes mecanismos de control sobre las garantías de los derechos fundamentales en el derecho de excepción que implican a los diversos poderes y órganos del Estado. En este sentido, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de las medidas adoptadas en el estado de alarma declarado como consecuencia del conflicto de los controladores aéreos, así como en los diferentes recursos que se han planteado con los decretos de alarma más recientes en los que tampoco ha entrado a valorar el fondo de los decretos esgrimiendo la falta de legitimidad de los recurrentes. Resulta cuanto menos llamativo que aquel órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución, y habiendo tenido la ocasión, rehúse entrar a valorar la legitimidad de las decisiones adoptadas ya sea para ratificar o declarar nulas las actuaciones llevadas a cabo, pero ese silencio por parte del TC no hace sino acrecentar la sensación de inseguridad jurídica que vivimos hoy en día. Es peligrosa la línea que se viene siguiendo de afectación de derechos sin encontrar en muchas ocasiones el respaldo jurídico de las medidas adoptadas que un estado de Derecho como el nuestro requiere, máxime, teniendo en cuenta que muchos de esos derechos que se vienen viendo afectados, difícilmente podrán encontrar reparación.
12. Debemos ser muy cautelosos y exigentes cuando lo que está en juego son los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, la extralimitación de competencias y atribuciones que la concurrencia de situaciones excepcionales confiere al ejecutivo, debe ser tratada con responsabilidad y siempre de la forma más restrictiva posible, de forma tal que deben ser los poderes públicos los que pongan al servicio de la ciudadanía los medios necesarios a su alcance para garantizar el ejercicio de tales derechos, teniendo como situación realmente excepcional la limitación o afectación sobre los mismos. Esta situación tal y como

hemos comprobado ha sido la deseada pero no la vivida durante nuestra reciente historia del derecho de excepción en la Constitución de 1978.



BIBLIOGRAFÍA

Abellán Matesanz, Isabel María; Sieira, Sara; Miranda, Luis Manuel, “Sinopsis artículo 55”. En

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2>

Aguiar de Luque, Luis. “Los límites de los derechos fundamentales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 14, enero-abril, 1993.

Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2018

Arnaldo Cubilla, Enrique. “Los principios que deben regir la lucha contra el COVID-19 en el Estado democrático de Derecho”.

En <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/25/los-principios-que-deben-regir-la-lucha-contra-el-covid-19-en-el-estado-democratico-de-derecho>

Asencio Mellado, José M.^a. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant, Valencia, 2015.

Bacigalupo, Mariano. “Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito” En https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html

Belda Pérez-Pedrero, Enrique. “Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento”. *Parlamento y Constitución*, N.º 1, 1997

Castro Rey, Consuelo. Abogada General del Estado. “Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma”, de 2 de abril de 2020. En <http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>

Cotino Hueso, Lorenzo. “Los derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*. N.º. 86-87, 2020

Cruz Villalón P. “Estados excepcionales” P 79; La Fuente Balle, J.M. “Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio II”, *Revista de Derecho Político* N.º 31, 1990

Díaz Revorio F.J. “El derecho a la educación”. en *Parlamento y Constitución. Anuario*, N.º 2, 1998.

Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 19 CE”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=19&tipo=2>

Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 18 CE”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

Elvira Perales, Ascensión; González Escudero, Ángeles. “Sinopsis artículo 16 CE” En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>

Enríquez Malavé, Guillermo. “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. En <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/24/inconstitucionalidad-de-las-limitaciones-a-la-libertad-de-circulacion-establecidas-en-el-real-decreto-463-2020-de-14-de-marzo-por-el-que-declara-el-estado-de-alarma-para-la-gestion-de-la-situacion-de-crisis-sanitaria-ocasionada-por-el-covid-19>

Espín López I. “Estado de alarma en el sistema constitucional español: espacio aéreo”. *Revista Acta Judicial* n°2, julio 2018,

Fernández Montalvo, Rafael. “Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del TC”. *Ponencias. Santander, 11 de noviembre de 2009*

Fernández Segado, Francisco, “La ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político* n°11, 1981

García Malsipica, Silvia “Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional terca” 20 de marzo de 2020. En <https://www.gtt.es/wp-content/uploads/2020/03/ACCEDE-AL-INFORME.pdf>

Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*. Madrid. 1980

Garrido López, Carlos. “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Teoría y Realidad Constitucional. Revista Electrónica Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 46, 2020

Grande Marlaska, Fernando. “Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción” de 14 de abril de 2020. En https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/Comunicacion_Ministro_a_Delegados_del_Gobierno_15042020_0.pdf

Higuera Guimerà J.F, “Los estados de alarma, excepción y sitio, y el Código penal militar de 1985” *Revista General de Derecho Penal*. N.º 15, 2011

Ignacio Díez-Picazo Giménez. “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 31. Enero-Abril 1991

J.A Santamaría Pastor. *Comentarios a la Constitución*, obra colectiva dirigida por Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1980

Jaime Aneiros Pereira. “La entrada y registro en el domicilio de personas físicas y jurídicas”. En <https://blanqueo.icaib.org/wp-content/uploads/2015/02/El-domicilio-constitucionalmente-protegido.pdf>

Jiménez Villarejo, J. “La militarización de los controladores”. *El País*, 13.12.2010

Jorge Baquerizo Minuche. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación.” Guayaquil, junio 2009. En <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>

López Berzosa, Daniel. “Análisis de urgencia del estado de alarma para la Comunidad de Madrid” En <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/10/13/analisis-de-urgencia-del-estado-de-alarma-para-la-comunidad-de-madrid>

Marín Gámez, José Ángel. “Otro estado de alarma: reflexiones sobre el papel de las CCAA”. En <https://hayderecho.expansion.com/2020/11/02/otro-estado-de-alarma/>

Martínez Pujalte, Antonio-Luis. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Cuadernos y Debates, n° 65, CEC, Madrid, 1997.

Masa Burgos, José Miguel. “Aproximación al régimen legal del estado de alarma.” En <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aproximacion-al-regimen-legal-del-estado-de-alarma/#leyorganica>

Pascua Mateo, Fabio; Galindo Elola-Olaso, Fernando; Miranda, Luis Manuel, “sinopsis artículo 116”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2>

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; N.º 1, 1995.

Peña, Pedro; Sieira, Sara; Rastrollo, Alejandro, “Sinopsis artículo 43”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2>

Perello Domenech, Isabel, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, n.º 28, 1997

Presno Linera, Miguel A “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud”. *El derecho y el revés*. En <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/29/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-1-el-derecho-a-la-salud/>

Presno Linera, Miguel A. “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (5): el derecho de voto (suspensión de elecciones vascas y gallegas).” *El derecho y el revés*. En <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/03/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-5-el-derecho-de-voto-suspension-de-elecciones-vascas-y-gallegas/>

Presno Linera, Miguel A. “Fortalezas (teóricas) y debilidades (prácticas) del Derecho español de excepción frente al COVID-19”. *Jueces para la democracia*. N.º 99, Diciembre 2020

Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trota, Madrid, 2003

Prieto Sanchis, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.

Raúl Canosa Usera; Ángeles González Escudero. “Sinopsis artículo 27”. En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=27&tipo=2>

Robert Alexy, “Los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 91 (2011).

Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC, Madrid, 2008.

Robert Alexy. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, enero-junio 2009

Rodríguez Fernández, Ricardo. “¿estado de alarma o estado de excepción?” En https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAE1OTUvFQAz8Ne6IIH2v4schl1pvIqLFe7ob2sV9m2c2re2_N1pBA0MmmWGYj5lk62lVoKIYUApUYUI5YcXV34tWT2cfObuyZc7bCXqZySkOBeqLG38wHB16nTF17OF49X3EhXocoHYsgaTdjCkrphcq0Fy7MvHnEy5xRLXkFmUPjSFA19c2TX3b3B3cQILMAG9xpKzkipjhOjwbd_YVQ_PSMI8GDCMslvPqUn63Iq8_2n9fO6ta1qB515xPtjtUusdEOfy2-ALZn-LfGAEAAA==WKE

Rossell, Jaime. “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Anuario de Derecho Eclesiástico*, N.º 15, 1999

Sandoval Coronado, J.C, “Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales a propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14, 2012

Tomás de Domingo; Antonio-Luis Martínez Pujalte, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Comares, Granada, 2011.

Urías, Joaquín. “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”. En <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>

Varela Álvarez, Yegor “Análisis Jurídico sobre la constitucionalidad del RD 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”. En <https://www.instagram.com/unjoenjurista/>

Vidal Gil, Ernesto J. La interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Universidad de Otoño (Andújar), N.º 11, Jaén, 2000.

Legislación.

Constitución Española de 1978

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa

Orden EFP/365/2020, de 22 de abril, por la que se establecen el marco y las directrices de actuación para el tercer trimestre del curso 2019-2020 y el inicio del curso 2020-2021, ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19. Preámbulo

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre

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. RD 465/2020

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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.

Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Jurisprudencia.

Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril.

Auto 52/2020, de 5 de agosto, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Mérida

Recurso SALA TSJ 121/2021- Recurso protección jurisdiccional 17/2021

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: AsiyeGenc c. Turquía, de 27 de enero de 2015

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Valentín Câmpeanu c. Rumanía, de 17 de julio de 2014

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asuntos Nitecki c. Polonia, de 21 de marzo de 2002

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso Brincat y otros c. Malta, de 24 de julio de 2014

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Mehmet Sentürk y BekirSentürk c. Turquía, de 9 de abril de 2013,

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Oyal c. Turquía, de 23 de marzo de 2010,

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Panaitescu c. Rumanía, de 10 de abril de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1984, de 8 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1984, de 28 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2013, de 9 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010 de 2 de diciembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2000, de 17 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1987, de 28 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1985, de 27 de noviembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2006 de 22 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2000, de 26 de junio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2008 de 15 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1990, de 12 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1999 de 27 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 195/2003, de 22 de mayo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de enero
Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2002, de 28 de octubre
Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero
Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero.
Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero
Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1993, de 1 de julio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, de 21 de diciembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996, de 11 de marzo
Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1982 de 16 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2000, de 14 de febrero.
Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio
Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1982, de 12 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983, de 31 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2002, de 14 de enero
Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995, de 23 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1984, de 25 de abril
Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.
Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero
Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1990 de 29 de marzo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre
Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1982, de 20 de octubre
Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 29 de abril.
Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1994, de 14 de marzo
Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2007, de 16 de abril
Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982, de 13 de diciembre
Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio
Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1986, de 21 de enero
Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1983, de 10 de octubre
Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril
Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1988, de 28 de abril
Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio
Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo
Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1998, de 24 de mayo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2010, de 15 de noviembre.
Sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón 151/2020, de 30 de abril.
Sentencia del Tribunal Supremo 1569/2020, de 23 de enero