

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ORIHUELA

Grado en Ciencias Políticas y Gestión Pública.

Curso académico: 2020/2021

EL ESTADO DE ALARMA **SEGURIDAD VSLIBERTAD**

Alumno: José Aguilera Rodríguez
Tutora: Doña María Amparo Calabuig Puig

ÍNDICE

Página

Resumen	3
1. Introducción	4-5
2. Objetivos	5-6
3. Metodología	7
4. El estado de alarma	8
4.1 el derecho de excepción en la CE.....	8-11
4.2 El estado de alarma en la L.O. 4/1981	11-13
5. R.D. 463/2020	14
5.1 Recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.....	15-19
5.2 Votos particulares de la STC 110/2021	19-23
5.3 Posicionamiento doctrinal	24
5.3. a) Resolución del Defensor del Pueblo.....	24-26
5.3. b) Juristas	26-29
5.4 Ejemplos de desproporcionalidad	29-31
6. Ámbito Internacional	31-32
7. Conclusiones	33
8. Bibliografía	34



RESUMEN

El presente trabajo trata de analizar las medidas adoptadas, en el Real Decreto 463/2020, por el Gobierno español para afrontar el reto que supuso la situación de emergencia creada por la crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

Trataremos de resolver si dichas medidas guardan un equilibrio entre sí; de forma que, el propósito de proteger a la ciudadanía no llegue a rebasar el límite de impedir el ejercicio de derechos fundamentales sin observar la debida proporcionalidad entre la medida adoptada y sus consecuencias, es decir, que las lesiones que se inflijan al derecho no sean mayores que el riesgo que se trata de evitar.

Somos conscientes de la dificultad que entraña el mantener dicho equilibrio en un escenario tan imprevisto como la crisis sanitaria de 2020, de magnitud mundial. Por ello, analizaremos las distintas posiciones de los miembros de nuestro Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, así como, la de expertos/as juristas al respecto, para arrojar luz al eterno debate entre seguridad y libertad.

ABSTRACT

This paper tries to analyze the measures adopted, in Royal Decree 463/2020, by the Spanish Government to face the challenge posed by the emergency situation created by the health crisis caused by Covid-19.

We will try to determine whether these measures balance each other; so that the purpose of protecting citizens does not go beyond the limit of preventing the exercise of fundamental rights without observing due proportionality between the measure adopted and its consequences, that is, that the injuries inflicted on the right are not greater than the risk you are trying to avoid.

We are aware of the difficulty of maintaining this balance in a scenario as unforeseen as the global health crisis of 2020. For this reason, we will analyze the different positions of the members of our Constitutional Cort, the Ombudsman, as well as that of legal experts in this regard, to shed light on the eternal debate between security and freedom.

PALABRAS CLAVE:

Constitución, alarma, seguridad, libertad, proporcionalidad.

KEYWORDS:

Constitution, alarm, security, freedom, proportionality.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución del ser humano nos ha llevado a vivir en comunidad. Por el camino, hemos ido cediendo, en ocasiones, parte de nuestros legítimos derechos en aras de disfrutar una mayor tranquilidad, así como, intentar evitar conflictos o resolverlos del mejor modo posible. El viaje ha sido largo, y no cabe duda que muchas personas se entregaron a esta causa, pues el ser humano es un ser social, que tiende a la vida en mancomunidad.

Esta vida en sociedad, implica la interacción ordinaria entre individuos donde inevitablemente pueden surgir intereses contrapuestos que, en ocasiones se sustancian de manera satisfactoria, pero en otras, en cambio, acaba apareciendo un conflicto que hay que resolver. Es por ello, que el ser humano ha decidido, acertadamente a nuestro entender, regular este tipo de interacción social a través de normas.

Estas normas nos regulan nuestro día a día, nos ayudan a conocer el límite de lo que podemos hacer o de aquello que nos está prohibido realizar. Pero estas normas, por lo general, prevén relaciones ordinarias entre individuos, sin embargo, hay ocasiones en las que la situación no está del todo prevista o escapa al alcance de esa normativa ordinaria, es por ello que se impone la necesidad de unas normas excepcionales que también nos protejan en tiempos de emergencia.

Una vez señalado esto, en el presente trabajo abordaremos, ya no la necesidad de esta normativa “excepcional”, sino hasta qué punto se puede ceder en derechos en aras de poder disfrutar de la seguridad de la comunidad.

Dentro del constitucionalismo moderno existen una serie de instrumentos que ofrecen protección, a modo de garantía constitucional, frente a situaciones excepcionales que pueden alterar el normal funcionamiento de los Estados, estos instrumentos forman parte de lo que se conoce como suspensión de derechos, que en nuestra Constitución se encuentra regulado en el artículo 55¹, en conexión con el artículo 116².

¹«BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-31229, Constitución Española, artículo 55: “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

² «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-31229, Constitución Española, artículo 116: 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. 6. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus

Esta suspensión de derechos o derecho de excepción, surge de la necesidad de hacer frente a situaciones no previstas, cuya solución no puede alcanzarse a través de la actuación ordinaria de la Administración.

Situaciones en España como la huelga encubierta de los controladores aéreos o la reciente pandemia del covid-19, ponen de manifiesto esta necesidad de actuación extraordinaria del ejecutivo por la vía de excepción, en concreto, en nuestra legislación se recogen tres figuras o instrumentos a utilizar, en función de la emergencia, por el Estado. Estas figuras son: el estado de excepción, el estado de sitio y, en el caso que nos ocupa, el estado de alarma.

El origen de las instituciones propias del derecho de excepción, incluidas las españolas, suele situarse en el Estado liberal. Tras la Revolución francesa surge esa necesidad de evitar los posibles quebrantos constitucionales que podrían darse en un contexto extremadamente convulso, es por ello que se instauran unas garantías constitucionales que permitan al poder ejecutivo actuar de manera extraordinaria ante este tipo de situaciones que la actuación ordinaria no puede resolver.

Sin embargo, esta serie de medidas no se centran en la contención de los disturbios, sino en la protección del ejercicio de los derechos del ciudadano, es decir, se intenta conjugar el problema de la seguridad con el respeto y el ejercicio de los derechos fundamentales con medidas preventivas normativizadas.³

Estas medidas de defensa constitucional extraordinaria de los derechos van a ser justificadas desde diferentes posiciones y arguyendo diferentes principios generales de Derecho (cláusulas *rebus sic stantibus*⁴, *pacta sunt servanda*⁵...), así como al principio de legítima defensa.

En el presente trabajo trataremos de arrojar luz a la dicotomía existente en que se fundamentan estos instrumentos constitucionales y más en concreto el estado de alarma decretado en 2020, me refiero, a esclarecer si el ejecutivo español ha priorizado el principio de seguridad sobre el principio de libertad.

Somos conscientes de que el debate planteado entre seguridad y libertad es de tal envergadura (pues se remonta al origen mismo de la vida comunal) que puede llegar a adquirir tintes filosóficos y ontológicos. Sin embargo, no queremos dejar pasar la oportunidad de recordar que no debe, en modo alguno, desdeñarse por parte de nuestros dirigentes este componente metajurídico.

2. OBJETIVOS

El objetivo del presente trabajo es doble, por un lado, trataremos de ofrecer una visión, según la doctrina, sobre el objetivo último de las medidas de protección extraordinarias (derecho de excepción), averiguar si estas deben centrar su razón de ser en la protección del ejercicio del derecho desde la vertiente de supremacía del principio de libertad o, por el contrario, debe prevalecer el principio de seguridad. Claro está, que no tratamos con ello resolver este debate y asentar una doctrina, sería poco más que una arrogancia por nuestra parte, pero sí ofreceremos el sentir mayoritario de la Doctrina. Por otro lado, mostraremos cuál ha sido el principio que ha priorizado nuestro ejecutivo a la hora de decretar el Real Decreto por el que se estableció el estado de alarma en marzo de 2020.

agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

³Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2019, p.574.

⁴“estando así las cosas” expresión latina que hace referencia a un principio general de Derecho en virtud del cual se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Real Academia Española.

⁵Locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Real Academia Española.

Tal y como hemos referido anteriormente, la confrontación entre la seguridad y la libertad sería de una densidad más que considerable, y no es la intención del actual trabajo. Para poder simplificarlo y concretar la materia de estudio, hemos utilizado unos conceptos amplios y generales tanto de seguridad como libertad.

Como seguridad entendemos aquellas acciones encaminadas a proteger físicamente a la comunidad y sus integrantes, es decir, nos centraremos en el orden público y la defensa. La libertad la entenderemos como aquellas parcelas de actuación individual de las personas, que giran en torno a los derechos fundamentales, que es donde centraremos el análisis del presente trabajo.

Conviene matizar dos puntos; en primer lugar, tal y como refiere la profesora y catedrática de Derecho Constitucional, Rosario Tur Ausina, el problema que plantean las medidas de excepción es su significado dentro de un Estado democrático, pues en la mayoría de ocasiones su adopción se fundamenta en conceptos jurídicos indeterminados (orden público, seguridad ciudadana, grave alteración...), es por ello que, si bien se admite que el Estado de Derecho es capaz de someter la excepcionalidad a normas jurídicas, hay que señalar que también, a fin de evitar los peligros que suponen esa prima de poder, el poder de excepción es un poder limitado⁶.

Como bien ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional, “esta limitación o suspensión de los derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”.⁷

En segundo lugar, como señala el profesor José Julio Fernández, “el propósito de cohonestar los principios de seguridad y libertad es un tema clásico en el pensamiento occidental, de máxima relevancia práctica porque determina, en cierta medida, nuestro propio modo de vida y nuestra parcela en la que se desarrolla la existencia. Conseguir que ambas categorías sean compatibles en su aplicación práctica es un verdadero reto.

No obstante, tampoco hay que olvidar que desde ciertas posiciones doctrinales ambos conceptos no se entienden enfrentados sino, más bien, compatibles, o sea, a mayor seguridad mayor libertad, lo que, en parte, también funcionaría en sentido inverso. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que se trata de categorías que actúan dialécticamente y en contradicción. La experiencia práctica parece apoyar esta postura”.⁸

3. METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo realizaremos una revisión bibliográfica sobre el derecho de excepción en España, su fundamento, así como sus limitaciones.

Asimismo, realizaremos un recorrido por la legislación vigente y especialmente analizaremos su cobertura Constitucional, repasando los artículos 55 (suspensión de derechos) y 116 (estados de alarma, excepción y sitio).

Analizaremos la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; de

⁶Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p.575.

⁷STC 25/1981

⁸Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Seguridad y Libertad: ¿Equilibrio imposible?*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010. pág. 2 y ss.

su análisis podremos comprobar el nivel de injerencia del principio de seguridad sobre el ejercicio de los derechos y libertades que el legislador permite.

Como centro del debate de nuestro trabajo, analizaremos 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.

Además, repararemos la doctrina científica, así como el posicionamiento del Tribunal Constitucional. En especial la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo de 2021, incluidos los votos particulares. Con ello intentaremos mostrar la postura al respecto del debate planteado de nuestro garante constitucional.

4. EL ESTADO DE ALARMA

Es de sobra conocida la frase de Carl Schmitt, en la que afirma que «soberano es quien decide sobre el estado de excepción»⁹. Una Constitución que se conciba norma jurídica suprema no debería ignorar que, más allá de las situaciones de normalidad en las que en principio sus disposiciones están llamadas a desplegar su eficacia, podría tener que enfrentarse a situaciones de excepcionalidad, llegado el caso a acontecimientos de carácter extraordinario que pongan en riesgo su misma existencia o la de la propia comunidad y que requieran un tratamiento diferente del habitual, para darles adecuada respuesta.

De no prever la Constitución qué ha de entenderse por situación de crisis, quién ha de intentar resolverla y con qué instrumentos, en último término se estaría consagrando la normatividad de lo fáctico y convirtiendo en soberano al que, para superar en la práctica la situación crítica, llega a disponer, aunque sea transitoriamente, de la Constitución misma.

Por tanto, tal y como señala Paloma Requejo Rodríguez, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Oviedo, si no se quiere poner en entredicho la supremacía de la Constitución, se impone la existencia de un derecho constitucional de excepción, que en contra de las apariencias, asegura su continuidad, incluso en las circunstancias más adversas, en vez de romperla.

Su contenido concreto admite múltiples variantes, pero resulta más acorde con el carácter normativo y la supremacía de la Constitución, que librar cheques en blanco. Constitucionalizar y jurdificar, en definitiva, la actuación de aquél al que se le encomiende el cometido señalado, sometiéndole a límites que pueden consistir en la precisión de los supuestos desencadenantes de la adopción de una serie de medidas tasadas. Estas medidas específicas pueden conllevar cambios en la distribución ordinaria del poder, confiriendo más protagonismo a ciertos órganos, en detrimento de otros, que verían transitoriamente modulada su actividad.¹⁰

4.1 El derecho de excepción en la Constitución Española.

En la línea de lo señalado, no cabe duda que la Constitución española ha previsto y se posiciona a favor de ofrecer respuesta a dichas situaciones excepcionales susceptibles de ocurrir, dando herramientas distintas a las ordinarias, que, si bien permiten afrontar la amenaza que suponen, también ofrecen suficientes garantías para la preservación de nuestra Constitución tal y como la conocemos.

⁹ Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, Alianza editorial, Madrid, 1998, pag.15.

¹⁰ Requejo Rodríguez, Paloma, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Fundación Wolters Kluwe, Madrid, 2018, p. 1521.

En esta área de actuación se encuadran las medidas suspensivas, que pueden inferir en algunos de los derechos fundamentales con carácter general, en el supuesto hecho de que sea declarado alguno de los escenarios que recoge nuestro derecho de excepción -artículo 116 de la CE-. Delimitar o concretar el concepto y la envergadura de lo que entendemos por suspensión es una tarea harto importante. Además, debemos subrayar la relevancia de la concreción del grado de limitación y su duración, conectada con la superación, o no, de la emergencia y el restablecimiento de la normalidad constitucional.

La Constitución Española recoge en su artículo 55 una idea abstracta y sin delimitar de suspensión, que llega más allá de una simple magnificación en la intensidad de los límites que generalmente pueden operar sobre los derechos. Podría plantearse la suspensión como una especie de «desfundamentación», allí donde despliega sus efectos. En todo caso, el margen de maniobra, aunque significativo, no quedará exento de limitaciones.

Cuando la suspensión se concibe como una especie de «desfundamentación» cabría exigir a los poderes públicos su concordancia con el principio de proporcionalidad, en sus tres categorías: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, regulable según se trate de ejercer control sobre la actuación del legislador, de los órganos del ejecutivo que decretan las medidas suspensivas o de las autoridades que han de implementarlas. Ello, no obstante, presenta una dificultad teórica, pues, como doctrinalmente se ha puesto de manifiesto¹¹, el referido principio deriva de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, cuya dimensión subjetiva, a la que la primera sirve, con la «desfundamentación» ha quedado momentáneamente fuera de juego.

Cuando la suspensión de los derechos se equipara a su «desconstitucionalización», aunque tampoco desaparecen los límites orgánicos, materiales, temporales y finalistas a los que se sujeta a los poderes públicos, el legislador goza aquí de un mayor margen, al quedar sometido a un principio de razonabilidad, entendido como prohibición de arbitrariedad, que tan sólo obliga a que exista una mínima vinculación entre cualquiera de las medidas que materialicen la suspensión y el fin constitucionalmente legítimo de superar los supuestos previstos en el art. 55 CE, con el objeto de asegurar una explicación racional de las mismas.

A pesar de la potencial amplitud del alcance constitucional de la suspensión, que podría llegar a identificarse dentro del ámbito temporal, circunstancial y final que le es propio con la simple eliminación del derecho, el legislador, como analizaremos a continuación, mayoritariamente se ha decantado, a nuestro juicio, con buen criterio, por dotar al derecho de un régimen jurídico más restrictivo que el común, no sujeto a la garantía sustantiva de respeto a su contenido esencial, establecida en el art. 53.1 CE¹², que queda aparcada de manera provisional.

El sacrificio que se inflige al derecho no consiste en su supresión, sino en una rebaja de las garantías que de ordinario disfruta su titular para salvaguardar su objeto, conservando, como en cualquier otra situación, la posibilidad de responder frente a injerencias del poder público que se produzcan en términos distintos a los previstos.¹³

¹¹ Aláez corral, Benito, *Teoría General de los Derechos fundamentales de la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, 233 y ss.)

¹² Constitución Española de 1978, Artículo 53. 1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

¹³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Fundación Wolters Kluwe, Madrid, 2018, p. 1521-1523.

En nuestra Constitución, ese límite a la suspensión general de derechos, y por tanto salvaguardia de los mismos, se encuentra recogido en el artículo 55.1 CE¹⁴. Sin embargo, observamos que el legislador sólo permite la injerencia sobre ciertos derechos fundamentales y sólo habilita, para proceder a esta suspensión general de derechos, a los estados de excepción o de sitio, pero no a través del estado de alarma.

Así mismo, nuestra Carta Magna recoge este derecho de excepción en su artículo 116.¹⁵ La decisión de dar cabida a un artículo referente al derecho de excepción en nuestra Constitución de 1978 fue prácticamente unánime por los grupos parlamentarios del momento, es cierto que hubo debates en torno al mismo, pero no con la misma intensidad que otros preceptos más controvertidos. A grandes rasgos, el resultado de dichos debates fue ante el que nos encontramos, como bien señala Cruz Villalón, ante un derecho de excepción limitado, diversificado y parlamentario¹⁶.

Es limitado, porque las posibles situaciones extraordinarias que precisen de una respuesta urgente, no deben convertirse, en modo alguno, en la suspensión fáctica de la Constitución.

Hay una parte de la Constitución susceptible de ser suspendida, esto es, los derechos recogidos en el artículo 55 antes reseñado, sin embargo, el resto de derechos han de escapar a este derecho de excepción, como consecuencia del principio de seguridad jurídica. Pues el derecho de excepción ha de someterse a la normatividad y solamente está habilitado para desplegar sus efectos en aquellas parcelas que el legislador le habilite y no en aquello que no esté prohibido por la ley, de forma tal que la suspensión de garantías que genera el derecho de excepción, solamente puede extenderse a los derechos de los que habla el artículo 55, de cuya importancia nadie duda (libertad personal, libertades de expresión e información, reunión, huelga...) pero que no son todos los derechos constitucionales.

Es diversificado, porque el precepto mencionado, el artículo 116, taxativamente prevé tres tipos de estados excepcionales (alarma, excepción y sitio), dirigidos cada uno de ellos a dar respuesta a diferentes situaciones y con diferentes escenarios.

El constituyente ha pretendido ser consecuente con la realidad histórica española, de forma que ha procurado no dejar espacio al vacío. En cuanto a las leyes que desarrollan el artículo 116, han partido de una concepción pluralista, conforme a la cual estaríamos hablando de estados de cualidad diferente, relacionados a situaciones o escenarios de emergencia cualitativamente distintos.

¹⁴Constitución Española de 1978, artículo 55.1: “*Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.*”

¹⁵Constitución Española de 1978, artículo 116. “*1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.*”

¹⁶Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pag.48 y ss.

En algunos casos, como veremos, catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud (alarma), en otras graves alteraciones del orden público (excepción), y finalmente la supervivencia del Estado y de su ordenamiento constitucional (sitio).

Según Cruz Villalón, también es parlamentario, porque solamente se da la potestad al Congreso de los Diputados como creador de la mencionada suspensión de derechos. El Congreso, no sólo está autorizado por el constituyente para decretar o no el derecho de excepción que se le propone (exceptuando el estado de alarma en el que meramente interviene para decidir sobre su prórroga), sino que también decide sobre su contenido, duración y ámbito en el que ha de aplicarse.

Como veremos más adelante, la previsión inserta en nuestra Constitución ha sido desarrollada por la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*¹⁷ (en adelante LOEAES). La misma responde a los principios de proporcionalidad y necesidad, pues las medidas que se adopten deben ser las estrictamente necesarias para el restablecimiento de la normalidad, y además han de ser proporcionales en cuanto al uso del medio elegido para garantizar el bien protegido, dado que, no se entendería que el medio utilizado fuese más dañino para el propio derecho que la situación de crisis.

Así mismo, también responde al principio de temporalidad, y esto es que el derecho de excepción posee una vigencia determinada, extinguida la misma, deja de tener efecto o ser aplicable. Una singularidad del derecho de excepción es que tiene vigencia inmediata, pues la norma entra en vigor y despliega todos sus efectos desde el mismo momento de ser publicado en el BOE; y por supuesto, publicidad ya que nuestro ordenamiento jurídico obliga a su difusión obligatoria a través de todos aquellos medios que las leyes dispongan, que en nuestro caso es el Boletín Oficial del Estado. Otro punto reseñable es la responsabilidad, pues la declaración de cualesquiera de estos instrumentos extraordinarios, no se exime del control judicial.¹⁸

4.2 El estado de alarma en la LO 4/1981.

Como señala el profesor Ignacio Torres Muro, de la Universidad Complutense de Madrid y perteneciente al Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional, el estado de alarma es el estado de menores efectos sobre las disposiciones constitucionales recogido en el artículo 116.2 de la Constitución Española, en principio pensado para dar respuesta a lo señalado en el artículo 4¹⁹ de la LOEAES. Esto es, a catástrofes, calamidades o desgracias públicas, a crisis sanitarias, a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, y a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Estamos, pues, en presencia de circunstancias producidas por causas naturales o de conflictividad social que van más allá del ámbito de la llamada protección civil.

¹⁷ Texto completo en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>

¹⁸ Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 64 y ss.

¹⁹ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 134, de 05 de junio de 1981 Referencia: BOE-A-1981-12774, artículo 4: “*El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 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.*”

Posiblemente sean estas últimas -paralización de servicios esenciales o situaciones de desabastecimiento- las que mayor incidencia política plantean, pues ello puede dar lugar a que el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad prevalezca sobre determinados derechos fundamentales, algo que podría ser peligroso para la salud de un Estado de Derecho. Para que no se produzca esa prima de poder excesivo, la norma exige la concurrencia de alguna otra circunstancia más, como grave alteración del orden público, por ejemplo.²⁰

Este catálogo de situaciones enumeradas, ha sido calificada de impreciso²¹, como, en general, toda la norma. La misma reservada la declaración del Estado de Alarma al Consejo de Ministros, mediante el correspondiente Decreto²², a solicitud, cuando el ámbito territorial de los problemas sea todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma, del Presidente de la misma²³. La prórroga más allá de quince días se reserva al Congreso de los Diputados que podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la misma²⁴.

Referente a sus efectos, cabe señalar que no supone suspensión del texto constitucional en ninguno de sus extremos, y que lo que puede suceder durante el mismo, por un lado, es que se pongan bajo las órdenes de la autoridad competente²⁵ todos los funcionarios públicos y autoridades de la zona afectada en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo serles impuestos servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

Por otro lado se prevén una serie de posibles medidas a adoptar, que traen consigo cambios en el ejercicio de determinados derechos²⁶, como limitaciones en la circulación, o permanencia, de personas o vehículos, requisas temporales, prestaciones personales obligatorias, intervenciones u ocupaciones transitorias, limitaciones o racionamiento de servicios o artículos de primera necesidad, órdenes para asegurar el abastecimiento, movilización de personal, actuaciones para la lucha contra enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.²⁷

²⁰Ávarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 579.

²¹Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pag. 66.

²²L.O. 4/1981, artículo 6.1: “La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días.”

²³L.O. 4/1981, artículo 5: “Cuando los supuestos a que se refiere el artículo anterior afecten exclusivamente a todo, o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma, podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma.”

²⁴ L.O 4/1981, artículo 6.2: “Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.”

²⁵L.O. 4/1981, artículo 9: “Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Cuando la Autoridad competente sea el Presidente de una Comunidad Autónoma podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales.”

²⁶L.O. 4/1981, artículo 11: “el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: 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.”

²⁷L.O. 4/1981, artículo 12: “En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, 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

La mayoría de la doctrina es bastante crítica con dicha normativa. Para unos, esta situación excepcional ha quedado vacía y sin contenido, dado que el Estado de Alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en período de normalidad. Y, para otros, no parece adecuado, ni para enfrentarse con éxito a las catástrofes naturales o tecnológicas, ni a situaciones de conflictividad social²⁸, siendo verdaderamente problemática su funcionalidad.²⁹

La problemática fundamental que presenta la declaración del Estado de Alarma es su impacto en el ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido podemos decir que el legislador no ofrece, si quiera, la posibilidad de confrontar el principio de seguridad frente al principio de libertad, pues esa posibilidad queda vedada para el estado de alarma.

De la redacción del artículo 55 se deduce que la declaración del Estado de Alarma no implica una suspensión de derechos. Es decir, tal declaración más que afectar al ejercicio de los derechos, afecta a los deberes respecto de la ciudadanía. El problema a determinar es si esa supuesta ampliación de los deberes va a afectar o no de algún modo al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Es decir, se trata de determinar si la figura del Estado de Alarma va más allá, como parece evidente, de las normas relativas a la protección civil o, por el contrario, se trata de una simple concretización de estas.³⁰

Para resolver esta cuestión, pasaremos a analizar el Real Decreto por el que se declaró el Estado de Alarma en España en marzo de 2020.

5. RD 463/2020

“Tened presente que si en una sociedad no se observa una equitativa repartición de derechos, de deberes y de prerrogativas, de forma que los magistrados tengan un poder suficiente, una suficiente autoridad el senado, y suficiente libertad el pueblo, no puede esperarse una situación estable de la constitución del Estado.”³¹ Según Cicerón, la naturaleza del Estado es la búsqueda de la realización progresiva del equilibrio constitucional y político. Para que se realice debe intervenir la inteligencia del político, su capacidad de apreciar las situaciones, de prever los acontecimientos futuros y de tomar las medidas oportunas a las circunstancias dadas.

Es por ello que, en primer lugar, vamos a analizar el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19*³². Antes señalaré que, parte de este Real Decreto ha sido declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia que analizaremos más adelante.

Concretamente mostraremos la exposición de motivos que publicó el ejecutivo español, es decir, vamos a ver qué argumentos motivaron al Gobierno a tomar esa medida excepcional, así nos aproximaremos a conocer si nuestros dirigentes han tenido capacidad para apreciar las situaciones y han tomado las medidas oportunas.

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

²⁸Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 80.

²⁹Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II*, Fundación Wolters Kluwe, Madrid, 2018, pags. 630-633.

³⁰Ávarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 579.

³¹Marco Tulio Cicerón, *Sobre la República y Sobre las Leyes*, Tecnos, Madrid, 2002, p.76

³²Texto completo en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692>

Partiendo de la idea, apuntalada por la profesora Tur Ausina, de que el “poder de excepción”, en todo Estado democrático, es un poder limitado, destacamos los siguientes límites: el respeto a la organización e independencia de los Tribunales, el sometimiento al principio de legalidad, el establecimiento expreso de la imposibilidad de reforma de la Constitución y la existencia de una alteración grave e inmediata para la vida del Estado. Requisitos todos ellos que respeta nuestra legislación positiva³³.

La propia exposición de motivos señala que la OMS³⁴ ha catalogado la crisis del Covid-19 como epidemia internacional, por lo que, “*se requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura.*”³⁵. Es cierto que las circunstancias son extraordinarias y de una magnitud nunca antes conocida y que, además, afecta a derechos de tal importancia como el derecho a la salud y a la vida. Es por ello que no se cuestiona aquí que el Ejecutivo haya hecho uso de ese Derecho de Excepción que antes hemos referido. Sin embargo, habrá que ver si las medidas adoptadas, en aras de la seguridad, guardan equilibrio.

En el párrafo segundo de la Exposición de Motivos, se señala la cobertura legal que permite al Ejecutivo la adopción del Estado de Alarma -artículo 116.2 CE-. La habilitación normativa se encuentra en el artículo 4b de la Ley que desarrolla el precepto constitucional señalado, la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*. Estos artículos serán tratados en su correspondiente capítulo. Sin embargo, podemos afirmar que efectivamente el Ejecutivo español ha actuado amparándose en nuestro derecho positivo.

En el párrafo siguiente, la Exposición de Motivos señala que “las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario[...] deben ahora intensificarse sin demora...”³⁶; es indiscutible que para nuestro Gobierno la prioridad ha sido el principio de seguridad, pues así lo anuncia en sus medidas; echamos en falta, sin embargo, que no haya hecho ninguna referencia, en su argumentación, al disfrute de derechos o salvaguardia de las libertades ciudadanas.

En el siguiente párrafo de la mencionada Exposición de Motivos, nuestro Gobierno hace hincapié en que las medidas que contiene el Real Decreto son las imprescindibles, proporcionadas a la extrema gravedad y que no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental³⁷.

Este extremo es más que cuestionable, en primer lugar, es significativo que sea el propio Ejecutivo el que tenga que justificarse, dando un razonamiento innecesario, pues la propia legislación exige que haya una situación de extrema gravedad para decretar el Estado de Alarma, y además, la L.O. 4/1981 prohíbe que el instrumento del Estado de Alarma pueda suspender derechos fundamentales.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, ha declarado inconstitucional parte del Real Decreto 463/2020, precisamente bajo el fundamento jurídico de que se han suspendido derechos fundamentales mediante la figura del Estado de Alarma.³⁸

Pasaremos a continuación a ofrecer algunas de las medidas adoptadas en el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma*, que han sido puestas en tela de juicio.

³³Ávarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, p.575.

³⁴Organización Mundial de la Salud.

³⁵Exposición de Motivos RD 463/2020 de 14 de marzo, párrafo 1º

³⁶Exposición de Motivos RD 463/2020 de 14 de marzo, párrafo 3º.

³⁷Exposición de Motivos RD 463/2020 de 14 de marzo, párrafo 4º.

³⁸Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo, Fj 5.

5.1. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020

En primer lugar, cabe señalar que los recurrentes no discuten la concurrencia del presupuesto que permite declarar el Estado de Alarma ni, por tanto, controvierten la procedencia de la declaración efectuada por el Real Decreto 463/2020. Así pues, aunque consideren inconstitucionales algunas de las medidas acordadas, no está en cuestión esta decisión política, a la que no se atribuye tacha alguna de inconstitucionalidad.³⁹

La primera de las medidas sometida a examen se encuentra en el artículo 7, en su contenido encontramos que durante la vigencia del Estado de Alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de algunas actividades tasadas, como por ejemplo adquirir alimentos, asistir a personas vulnerables, desplazarse a una entidad financiera, etc. De esta manera el *Real Decreto 463/2020 del Estado de Alarma* convierte la excepcionalidad en la norma, al disponer la prohibición de circular a toda la ciudadanía, permitiéndolo solo en casos concretos.

Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad (“únicamente... para la realización” de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias (“individualmente”, de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de “circular por las vías de uso público”, y la “única” salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g] y h]) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES⁴⁰ permite “limitar” para el Estado de Alarma.

Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho, en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio.

La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y sólo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del Real Decreto.⁴¹

Entiende nuestro Tribunal Constitucional, que tal regulación generalizada, que prohíbe a todas las personas a circular en cualquier momento y por cualquier lugar, salvo algunas excepciones, vacía de contenido el propio derecho de libertad y lo hace irreconocible, así como, también el derecho a residir libremente dentro del territorio nacional⁴², la libertad de reunirse en tu propio domicilio y el derecho a la reunión en lugar público.

Con la medida recogida en el artículo 9 del Real Decreto 4/2020⁴³, nos encontramos, de nuevo, ante

³⁹Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo, Fj 2.

⁴⁰Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio [“la circulación o permanencia... en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)]

⁴¹Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo de 2021, Fj 5.

⁴²Constitución Española de 1978, artículo 19.1: “*Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.*”

⁴³Real Decreto 643/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, artículo 9: “*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, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros de públicos o privados.*”

la eterna dicotomía entre preservar la seguridad o permitir la libertad.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien el demandante sostiene que este precepto está adoptando una suspensión en toda regla del derecho fundamental a la educación; dado que en nuestro bloque de la constitucionalidad no está contemplada otra modalidad de ejercicio de ese derecho que no sea la presencial.

El abogado del Estado, por su parte, ha defendido la constitucionalidad de la medida y su proporcionalidad, en atención a la propia crisis sanitaria y a la vista de que los centros educativos constituyen lugares especialmente delicados por la concurrencia masiva y habitual de personas. Considera, asimismo, que no se habría suspendido, como tal, la actividad educativa, que siguió desarrollándose a través de técnicas informáticas.

La demanda sostiene que el derecho a la educación solo se satisface, conforme a la Constitución, con la asistencia de los alumnos a los centros de enseñanza, y que la sustitución de la presencia efectiva por una docencia y aprendizaje a distancia u “on line” no colma, por sus carencias fácticas, las exigencias constitucionales en este extremo.

Para el caso que nos ocupa, hemos de señalar que este artículo 9 del Real Decreto 463/2020 no ha sido declarado inconstitucional, pues tras el análisis del referido artículo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la suspensión del derecho a la educación ha sido la mejor medida a la hora de combatir el posible contagio de la epidemia, pues el desconocimiento sobre la enfermedad no permitía la adopción de otras medidas menos restrictivas.

Además señala que, tanto la LOEAES como la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, permiten a la Autoridad competente la adopción de medidas extraordinarias según su propio criterio, y que, por tanto, la inclusión del artículo 9 en el Real Decreto se ve respalda tanto por la legislación ordinaria, como por la extraordinaria.

Por último, la decisión de suspender la “actividad educativa presencial” tampoco puede tacharse de desproporcionada. Ante todo, tal limitación extraordinaria del derecho fundamental a la educación llevada a cabo por artículo 9.1 se orientó a la preservación, defensa y restauración de la salud y, en última instancia, de la vida, “derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico” sin el cual los demás “no tendrían existencia posible”⁴⁴; bienes constitucionales en riesgo extremo para el conjunto de la ciudadanía y lesionado para un gran número de ciudadanos por la rápida y creciente expansión de la epidemia.⁴⁵

Consecuentemente, el fallo de la sentencia no admitió la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el Covid-19. En primer lugar porque una orden ministerial no cabe dilucidarla a través del recurso de inconstitucionalidad, y en segundo lugar, porque a juicio del Tribunal, a pesar de que el desplazamiento para acudir a velatorios o lugares de culto no era una de las excepciones contempladas en el artículo 7 para poder salvar la prohibición de circular, sí es cierto que en el artículo 11 se permite acudir a estos lugares pero de forma restringida, por tanto, no se ataca al contenido esencial del derecho, sino una limitación del mismo.⁴⁶

Durante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y << on line>>, siempre que resulte posible.”

⁴⁴Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, F.J 3.

⁴⁵Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, F J 8.

⁴⁶Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, Fj 10.

Sin embargo, sí estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra 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* declarando inconstitucionales y nulos, los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7. Es decir, el Tribunal declara inconstitucional la medida relativa a la limitación del derecho fundamental de circular libremente, como ya hemos mencionado, porque en realidad fue una limitación tan intensa que, de facto, dejó sin contenido al artículo 19 de nuestra Constitución.

En este sentido, hemos visto como nuestro Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional una de las medidas que el Ejecutivo español adoptó en el Real Decreto 463/2020, precisamente porque a su juicio, la medida excedía de lo permitido por el legislador para el Estado de Alarma ya que vaciaba de sentido el propio derecho a la libre circulación. Sin embargo, declara constitucional y proporcionada la cuestión relativa a la educación, porque, a juicio del Tribunal, no existía, en ese momento, otra medida menos incisiva de controlar la crisis.

Sí podemos afirmar, que la posición de nuestro Tribunal Constitucional ha sido clara al respecto, pues reprocha al Ejecutivo su falta de concreción en cuanto a la forma, y no en cuanto a las medidas ni los motivos.

El Tribunal recuerda que en el espíritu del Legislador de 1981 se encontraba la protección de la ciudadanía y de la Constitución en situaciones de crisis, cuidando de despolitizar el instrumento del Derecho de excepción. Así mismo reconoce que la pandemia ha sido de una magnitud tal que ha superado el umbral de crisis sanitaria, por tanto, el Gobierno podría haber decretado, con la autorización del Congreso, el Estado de Excepción con total legitimidad y motivación, pues la situación permitía tal valoración. Si hubiese decretado el Estado de Excepción, incluso sería constitucional la medida de restringir la libertad de circulación.⁴⁷

En el seno de este proceso para sustanciar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, la mayor parte de la doctrina, así como la Abogacía del Estado, han subrayado que, según resulta de los debates constituyentes, tal diferencia no responde sólo a un criterio gradual, de distinta intensidad; sino que se fundamenta en la distinta naturaleza de los presupuestos de hecho que provocan la declaración del estado constitucionalmente adecuado. Frente a quienes proponían, como ya se ha dicho, eliminar esta figura de la Constitución porque podría servir “para limitar derechos sin decirlo”⁴⁸.

Se impuso la tesis de que “el estado de alarma... no es una figura política, es la forma de capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas. La afirmación de que el Estado de Alarma no es un hecho político no procede de una interpretación personalista o de partido, sino de la contemplación del conjunto de la Constitución”⁴⁹.

Tal interpretación responde a la desconfianza ante la posibilidad de que el poder pudiera recurrir al Estado de Alarma para restringir indebidamente los derechos que la Constitución reconocía. Una desconfianza enteramente lógica en el contexto histórico de la transición española a la democracia, que llevó a subrayar explícitamente (en los debates y en la letra de la ley) la naturaleza no política de este Estado, vinculándolo a supuestos de hecho carentes de dimensión política propia (catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud, epidemias...).

⁴⁷Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, F.J 11.

⁴⁸ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas”; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, p. 3074.

⁴⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, pp. 4238.

Sin embargo, esa interpretación parece asumir también, al mismo tiempo y “a contrario”, algo que los debates no revelan: el rechazo tajante a que ciertas situaciones excepcionales provoquen una respuesta excepcional, que exceda las (voluntaria y expresamente limitadas) posibilidades que otorga el Estado de Alarma, hasta alcanzar a la suspensión de derechos.

Por eso, el debate se centra en la limitación de los efectos de la alarma, mucho más que en el alcance –potencialmente suspensivo- de los otros Estados, Excepción o Sitio, cuya aceptación apenas discute nuestro Tribunal Constitucional.⁵⁰

5.2 Votos particulares de la STC 110/2021

A su vez, esta sentencia no ha sido unánime, sino que ha contado con los votos particulares de cinco de los magistrados que componen nuestro Tribunal Constitucional (con un total de 12).

El primero de ellos, el voto particular del presidente del Tribunal Constitucional, don Juan José González Rivas, de cuya lectura extraemos varios aspectos interesantes. En primer lugar, el Magistrado presidente arguye que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 del Real Decreto se ha fundamentado en una supuesta suspensión del derecho fundamental, esa es la razón por la que nuestro Tribunal admite la demanda de inconstitucionalidad.

González Rivas, niega la mayor, es decir, a su juicio no se produjo una suspensión formal de ningún derecho, pues para ello hubiese sido necesario que el órgano competente lo hubiese adoptado en una decisión formal, en el presente caso, no se realizó por el órgano competente tal decisión, por lo que no existe una suspensión formal.

El señor González Rivas entiende que la suspensión sólo puede darse cuando se lleva a cabo por el órgano competente y con las formalidades requeridas, es decir, una suspensión sustantiva. No concibe que pueda darse una suspensión de facto de un derecho, a pesar que en el presente caso está claro, según la sentencia, de que se ha producido tal suspensión fáctica. El razonamiento del Magistrado es así de simple, si no se produce suspensión sustantiva y formal, el Tribunal no tenía que haber entrado a examinar el Real Decreto 463/2020, y si no se examina dicha norma, no se hubiese originado la sentencia resultante, pese a que se hubiese producido una suspensión de facto del derecho fundamental.⁵¹

Además, según el magistrado González Rivas, sugiere que la forma correcta de abordar el examen del recurso debería hacerse desde el supuesto de que, el Ejecutivo ha realizado bien su papel a la hora de decretar un Estado de Alarma que conlleve una restricción tan intensa que provoque un vacío del derecho fundamental, dadas las circunstancias. A su entender, el Tribunal no ha establecido una jerarquía de derechos fundamentales y es ahí donde radica el error de la sentencia, pues la medida de limitar en exceso el derecho de libertad deambulatoria, aun vaciándolo de sentido al referido derecho, no es motivo suficiente para declarar la inconstitucional del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, pues esta medida se llevó a cabo “en beneficio de otros bienes jurídicos dignos de protección, como la salud pública o el derecho a la vida”.⁵²

En las conclusiones, deja, si cabe, más clara su postura argumentando que “en estas circunstancias se procuró una garantía de las finalidades perseguidas: artículos 15 y 43 de la Constitución Española, con lo que se reconoció que no había una alternativa menos restrictiva, pues se consideró que dicha

⁵⁰Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, F.J 11

⁵¹ González Rivas, Juan José; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021, pág. 2.

⁵² González Rivas, Juan José; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021, pág. 3.

limitación incidía en el libre desarrollo de la persona humana”.⁵³ Posicionándose el Magistrado, a nuestro parecer, en el lado de la seguridad, aunque conlleve mermas en términos de libertad.

El segundo de los magistrados que discrepa de la sentencia es el señor don Cándido Conde-Pumpido Tourón, quien también disiente de la inconstitucionalidad declarada respecto del artículo 7 del Real Decreto 463/2020.

Según Conde-Pumpido, la sentencia de la mayoría obedece, en primer lugar, a una falta de concepción de categorías, pues para Conde-Pumpido sólo existe suspensión cuando el derecho fundamental desaparece por completo y queda sin cobertura constitucional ni garantías.

Para Conde-Pumpido, o se da la suspensión o todo lo demás entra dentro de la restricción, aunque ello conlleve que no se pueda ejercitar, puntualmente, el derecho.⁵⁴

Según Conde-Pumpido, el Tribunal debió ceñirse a comprobar si el hecho habilitante para la declaración del Estado de Alarma estaba contemplado en la LOEAES⁵⁵, y al comprobar que efectivamente existía⁵⁶, lo procedente hubiese sido comprobar si las medidas adoptadas⁵⁷ estaban dentro del catálogo de medidas de la LOEAES⁵⁸. Y por último, comprobar si se han rebasado los límites fijados por nuestra jurisprudencia para garantizar el contenido esencial del derecho, eso sí, recordando que “...la eventual vulneración de tales límites y condiciones, no supondría la transformación de la restricción de un derecho en una suspensión del mismo”⁵⁹.

El razonamiento del señor Conde-Pumpido, es bastante lógico y acorde con los principios de legalidad y seguridad jurídica, es decir, debe producirse un hecho que permita a los poderes públicos actuar, además se debe comprobar si existe habilitación normativa para que la administración actúe, también han de existir en una norma positiva aquellos actos o medidas susceptibles de aplicarse y, en línea con nuestro debate, debe ponderarse si la actuación ha rebasado los límites que el derecho de excepción debe tener.

Sin embargo, resulta incongruente con su propio razonamiento, que el señor Cándido recuerde que una eventual transgresión no es significativa. Si según él, o se da la suspensión de un derecho o no se da; sería justo decir que, se rebasa el límite fijado por la jurisprudencia o no se rebasa el límite, sin término medio.

El siguiente voto particular que pasamos a analizar, fue expuesto por la magistrada del Tribunal Constitucional doña María Luisa Balaguer Callejón, que en esta ocasión está en contra de la sentencia

⁵³ González Rivas, Juan José; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 pág. 6, conclusión 4ª.

⁵⁴ Conde-Pumpido Touron, Cándido; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 16 julio de 2021. pág. 1, párrf. 5º.

⁵⁵ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Artículo 4: “*El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad...b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.*”

⁵⁶ Conde-Pumpido Touron, Cándido; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 16 julio de 2021. pág.6 párrf. 5º

⁵⁷ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Artículo 11: “*Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos...*”

⁵⁸ Conde-Pumpido Touron, Cándido; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 16 julio de 2021. pág.6, último párrf.

⁵⁹ Conde-Pumpido Touron, Cándido; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 16 julio de 2021. pág.6, párrf. 3º.

de la mayoría en tres puntos concretos.

En primer lugar, la magistrada apunta que el Tribunal Constitucional afirma que, tras la primera declaración del Estado de Alarma, la evolución de la pandemia fue de tal magnitud que provocó graves alteraciones del orden público, impidiendo el normal funcionamiento de las Instituciones⁶⁰, lo que habilitaba a los poderes públicos para declarar el Estado de Excepción dentro del cual sí se pueden suspender derechos fundamentales.

La magistrada discrepa, pues, a su juicio, el Tribunal no ha tenido en cuenta las causas por las que el Ejecutivo declaró el Estado de Alarma, sino los efectos de la crisis. Por tanto, si no cabe Estado de Excepción, y el Tribunal entiende que la medida era la necesaria, no cabe, según Balaguer Callejón, la “impugnación del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 por inadecuación de la fórmula de declaración del estado de alarma.”⁶¹

Sin embargo, el Tribunal no fundamenta su decisión en un único argumento, y menos aún en el fundamento jurídico 3, pues más que un argumento para invalidar la norma, parece un recordatorio al Ejecutivo para mostrarle qué herramienta debió utilizar si su intención era suspender un derecho fundamental, y de esa forma el Tribunal le hubiese dado encaje constitucional. El fundamento jurídico 5 es el que principalmente anula el artículo 7, pues resuelve claramente que la medida adoptaba rebasaba los límites de injerencia en el derecho fundamental que se le permite al estado de alarma, pues la supuesta limitación fue tan intensa y generalizada que dejó al derecho vacío de contenido.⁶²

El siguiente punto en el que doña María Luisa disiente de la sentencia gira en torno a la concurrencia del presupuesto habilitante para declarar el Estado de Alarma. La magistrada señala que, el Gobierno está habilitado para decretar el Estado de Alarma cuando se produzcan graves alteraciones de la normalidad, en crisis sanitarias tales como epidemias⁶³ o situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad⁶⁴. Y dado que ambas situaciones se dieron en España en marzo del pasado año, a juicio de Balaguer Callejón, el Ejecutivo español adoptó la fórmula adecuada.⁶⁵

Doña María Luisa, acertadamente a nuestro juicio, recuerda que el presupuesto de hecho fue el de la crisis sanitaria con grado de pandemia, y que, por tanto, la declaración del Estado de Alarma encaja a la perfección con nuestra legislación. Sin embargo, lo que se intentaba esclarecer en la sentencia era si la medida adoptada en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 tenía encaje en un decreto de Estado de Alarma y no el instrumento que se utilizó.

Más interesante nos parece el tercer punto que señala la magistrada Balaguer, pues en el tercer argumento denuncia la falta de juicio de proporcionalidad en la sentencia. La magistrada refiere que Tribunal Constitucional ha debatido sobre la calificación de la medida del artículo 7 para dilucidar si ha habido suspensión o restricción del derecho de libre circulación pero, no ha utilizado un “canon de constitucionalidad basado en el juicio de proporcionalidad”⁶⁶ A su entender, una vez aceptada la concurrencia del presupuesto habilitante para adoptar el Estado de Alarma, y que las medidas podrían entrar en las enumeradas en el artículo 11 de la LOEAES, “el juicio de proporcionalidad habría llevado a valorar la idoneidad, necesidad y razonabilidad de la medida de confinamiento”.⁶⁷

⁶⁰Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo, Fj 3.

⁶¹ Balaguer Callejón, María Luisa; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 pág.3, párrf.1º.

⁶²Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo, Fj 5.

⁶³Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Artículo 4 b.

⁶⁴Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Artículo 4 d.

⁶⁵ Balaguer Callejón, María Luisa; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 págs 4-5.

⁶⁶ Balaguer Callejón, María Luisa; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 pág. 7.

⁶⁷ Balaguer Callejón, María Luisa; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de

Con este parecer, doña María Luisa Balaguer se posiciona claramente a favor de la tesis de que el Derecho de excepción debe ser un poder limitado y que la injerencia de una medida, en aras de la seguridad, ha de estar condicionada por la libertad de los derechos fundamentales. Así pues, la restricción, limitación o suspensión de los mismos, debe llevarse a cabo, observando siempre, la proporcionalidad de la medida.

El voto particular ofrecido por el magistrado don Andrés Ollero Tassara, es, a nuestro juicio, el que menos aporta a la cuestión, no se centra en el debate del examen del recurso, para Ollero la sentencia ha sido el resultado de la elección del instrumento escogido.

Basa su discrepancia en que el Tribunal no ha estudiado las medidas, sino que ha entendido, erróneamente a su juicio, que “ la mayoría del Tribunal se ha inclinado a defender la necesidad de que el Gobierno hubiera declarado el estado de excepción”⁶⁸ y no un Estado de Alarma, eso llevó al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, pero si el hecho habilitante se encuentra dentro de los recogidos en el artículo 4 de la LOEAES no cabría debate alguno y por tanto la sentencia debería haber sido en sentido contrario.

Además, Ollero señala que sería aconsejable una distinción jerárquica de los derechos fundamentales, pues ello habilitaría al poder público, en caso de necesidad, implementar medidas del todo desproporcionadas, pues Ollero defiende que, “no puedo dar por hecho que las medidas exigidas por la protección de estos últimos -se refiere a los derechos más importantes- no pueden superar la incidencia práctica de los anteriores -se refiere a los derechos menos importantes-.”⁶⁹

Lejos de valorar si el Magistrado ha estado más o menos acertado en sus declaraciones, lo que nos interesa para nuestra labor es mostrar la posición de parte de nuestra doctrina, en este caso, el señor Ollero Tassara se posiciona claramente a favor de la supremacía de la seguridad en detrimento de la libertad.

El último de los votos particulares fue publicado por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. En primer lugar don Juan Antonio, señala que el Tribunal Constitucional podría haber aprovechado este recurso para dictar cuál debe ser la forma de actuar de los poderes públicos en lo sucesivo, y una de sus principales discrepancias es que el fallo puede condicionar la actuación futura del gobierno, “no han logrado adaptar el texto constitucional a la novedad y han concluido en un fallo que, de ser llevado a término, produciría efectos gravemente perturbadores en la aplicación de las medidas que en el futuro habrán de tomarse”⁷⁰.

Conviene señalar que, la función de la Institución del Tribunal Constitucional es, además de la salvaguardia de la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales, pero no legislar, pues este es cometido del poder legislativo.⁷¹

Las dos principales razones que llevan al magistrado a discrepar del fallo de la mayoría son, “por una parte, la distinta concepción de los estados de emergencia que prevé el art. 116 de la CE. Y por otra, un entendimiento diferente de la noción de suspensión de derechos fundamentales y la limitación de estos derechos.”⁷²

inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 págs. 8-9.

⁶⁸Ollero Tassara, Andrés, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021 pág. 2, párrf. 1º.

⁶⁹ Ollero Tassara, Andrés; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021, págs. 2 y 3.

⁷⁰ Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 2, párrf. 1º.

⁷¹ Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, artículo 66.

⁷²Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad

El resumen de la primera parte relativa a los estados de alarma es que, el magistrado hace un recorrido por la legislación vigente para decir que el estado de alarma es diferente del estado de excepción, con lo que estamos de acuerdo.⁷³

En relación a nuestro trabajo, nos parece de más valor la segunda parte del escrito donde el magistrado muestra su concepción acerca de la suspensión de derechos fundamentales. En primer lugar, señala que “la intensidad de la limitación, incluso aunque suponga de vaciar de contenido el derecho fundamental, no constituye una suspensión.”⁷⁴

El Magistrado señala que, aunque en nuestra Constitución se establezca un límite a la hora de legislar sobre los derechos fundamentales, que no es otro que el respeto a su contenido esencial⁷⁵, el contenido esencial no es un concepto absoluto, sino que tiene un límite inmanente, es decir, el contenido esencial dependerá de si un derecho colisiona con el contenido de otro derecho merecedor de mayor protección⁷⁶.

A este respecto, tal y como hemos referido anteriormente en palabras de doña Maria Luisa Balaguer, lo más prudente es valorar las medidas adoptadas aplicándoles un juicio de proporcionalidad, en el que se analice la conveniencia, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, Juan Antonio Xiol refiere que “...este juicio de proporcionalidad, no puede realizarlo el Tribunal valorando si las ventajas de las medidas son o no superiores a sus desventajas. Este juicio ponderativo debe efectuarse atribuyendo a cada derecho un peso...”⁷⁷

De la lectura de su voto particular, extraemos que el señor don Juan Antonio Xiol Ríos, da una importancia mayor a la seguridad que a la libertad, y que no se debe, tan siquiera, establecer un debate al respecto, pues en su voto particular lo deja muy claro, “el riesgo de contagio era extremo en esos momentos, por tanto, las limitaciones a la circulación impuestas, a pesar de su intensidad, no pueden considerarse desproporcionadas.”⁷⁸

5.3 Posicionamiento doctrinal

A la luz de estos textos, observamos que el debate sobre seguridad o libertad sigue muy vivo, es cierto que hemos ofrecido el parecer de los Magistrados discrepantes, así como, el parecer de la mayoría. Cabe señalar que, a pesar de ser muy corta esa mayoría, no le restamos legitimidad, pues no es la primera ocasión, ni la última, en la que no existe unanimidad en un fallo, prueba de ello es que en nuestro ordenamiento jurídico existe la figura del voto de calidad del Presidente para dirimir empates. Por tanto, el sentir de la mayoría, es decir, el sentir de nuestro Tribunal Constitucional, es que: a la hora de injerir en las parcelas de actuación de un derecho fundamental hay que respetar su contenido esencial.

Es cierto, que no existen derechos fundamentales inamovibles o absolutos, pues como hemos referido tienen límites, la controversia radica en identificar de forma acertada esos límites y ser capaces de

núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 6, último párrf.

⁷³Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, págs. 3-15.

⁷⁴Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 16, párrf. 1º.

⁷⁵Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, artículo 53.1.

⁷⁶Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 18, párrf. 2º.

⁷⁷Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 23, párrf. 1º.

⁷⁸Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, pág. 26, párrf. 1º.

bajarlos del plano metajurístico a la realidad práctica.

Cuando se produce una injerencia en un derecho fundamental, nuestro Tribunal Constitucional procede a examinar si esa intromisión es legítima. Desde hace años, nuestro Tribunal sigue ese sistema de establecer un canon de juicio de proporcionalidad para dilucidar si se ha transgredido el contenido esencial de un derecho⁷⁹, de tal manera que “ para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁸⁰.

5.3. a) Resolución del Defensor del Pueblo.

Tras la declaración del Estado de Alarma a través del Real Decreto 643/2020, de 14 de marzo, el Defensor del Pueblo, don Francisco Fernández Marugán, ha recibido más de 600 escritos solicitándole la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra dicho Decreto.

El argumento de los solicitantes gira en torno a la transgresión que este Real Decreto infiere sobre la libertad, reflejada en nuestra Constitución en su artículo 1.1⁸¹ como valor superior del ordenamiento jurídico. O bien exigen “que se interpongan los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Por la ruptura con el Orden Constitucional y violación sistemática de derechos fundamentales y la jerarquía de normas y de todos los preceptos del Título I de la CE”⁸².

Otro de los argumentos de los solicitantes, es que, a través del instrumento del Estado de Alarma se han suspendido derechos fundamentales, lo cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.1, en conexión con el artículo 116 de la CE, es del todo inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.⁸³

Por su parte, el Defensor del Pueblo, ha hecho pública su intención de no interponer ninguna de las dos figuras solicitadas, esto es, se abstendrá de interponer, tanto el recurso de inconstitucionalidad, como el de amparo.

En primer lugar, su inhibición responde a que “tradicionalmente, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello”⁸⁴. En este caso, ya se había solicitado el recurso de inconstitucionalidad del R.D. 463/2020 ante el

⁷⁹Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Seguridad y Libertad: ¿Equilibrio imposible?*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010. pág.7.

⁸⁰Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1998, de 17 de febrero, Fj 8.

⁸¹Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, Artículo 1.1. *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

⁸² Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 1, antecedente 1º.

⁸³ Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 1, antecedente 2º.

⁸⁴ Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 13, fundamento 1º.

Tribunal Constitucional por uno de los grupos parlamentarios.

A pesar de ello, Don Francisco Fernández, ha sentido la necesidad de pronunciarse en cuanto al fondo sobre determinadas solicitudes y, aclarar con ello algunos conceptos en aras de una mayor transparencia y salud constitucional de las Instituciones.

En su declaración, El Defensor del Pueblo, señala que “los derechos -o, por mejor decir, algunos derechos- en el estado de alarma se ven intensamente afectados (...) es evidente la afectación de los derechos fundamentales a la libre circulación; de reunión y manifestación, o de propiedad, entre otros. Pero esta afectación podría catalogarse de limitación o de suspensión; la distinción no es baladí y está llena de consecuencias. La limitación modula el ejercicio de los derechos, la suspensión los elimina”.⁸⁵

A este respecto, el Defensor del Pueblo, opina que no hubo suspensión de derechos, sino una limitación de los mismos, pues “ante la situación de hecho de una pandemia gravísima, el confinamiento general era una respuesta sanitaria proporcionada a la situación para preservar la salud y la vida de las personas. La Constitución, en su artículo 116, contempla el estado de alarma, y la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, contempla que pueda declararse el estado de alarma para hacer frente a una epidemia”.⁸⁶

Del mismo modo, don Francisco Fernández, señala que “el confinamiento generalizado, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero en modo alguno significa -o significó durante el estado de alarma- la suspensión de los mismos”.⁸⁷

A su entender, y tal como hemos señalado anteriormente, dicha restricción derechos ha de observar una debida proporcionalidad de la medida al fin pretendido, en el presente caso, “ni el Gobierno declarando el estado de alarma, ni el Congreso de los Diputados prorrogándolo, quisieron suspender derechos fundamentales. La voluntad del legislador resulta clara para esta institución, si bien, naturalmente, este criterio interpretativo debe ponderarse junto al resto de circunstancias concurrentes. Lo que se quería era confinar a la población para salvar la vida y preservar la salud del mayor número de personas posible”.⁸⁸ Además, “era una salida constitucional, proporcionada, realista y orientada a salvar vidas.”⁸⁹

Al hilo de nuestro debate -seguridad vs libertad-, el Defensor del Pueblo deja muy clara su posición favorable a nuestra tesis de que la restricción sobre un derecho fundamental bajo el argumento de la seguridad ha de estar necesariamente condicionado a un juicio de proporcionalidad, manifestando que “... sobre los límites de los derechos fundamentales, la técnica de la ponderación permite formular conclusiones, caso a caso, sobre si el ejercicio de un derecho fundamental está subordinado al de otro. Lo que hace el Real Decreto 463/2020 es, por decirlo así y salvadas las distancias con una ponderación en sentido estricto, una ponderación global en el contexto de una amenaza global. Esta ponderación exigía medidas permitidas *expressis verbis* por la Ley Orgánica 4/1981 o sencillamente razonables

⁸⁵Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 19, fundamento 9º.

⁸⁶Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 20, fundamento 10º.

⁸⁷Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 21, fundamento 10º.

⁸⁸Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 21, fundamento 10º.

⁸⁹Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 22, fundamento 10º.

en su marco. De contrario, no haberlas tomado -mediante el estado de alarma u otras técnicas legislativas sin estado de alarma- hubiera sido, por omisión, subordinar la vida y la salud al pleno ejercicio de otros derechos fundamentales: esto sí hubiera sido, a juicio de esta institución, de más que dudosa constitucionalidad.”⁹⁰

5.3. b) Juristas.

Para la mayoría de juristas, la pandemia de COVID 19 está reclamado la rápida aprobación de medidas para contener su expansión, eliminar su fuente y combatir las graves consecuencias.

Los gobiernos se ven en la necesidad de adoptar políticas sanitarias de emergencia adecuadas a las características y la magnitud de la crisis. Para ello, han de hacer uso de una legislación especial que traspase a la ordinaria, así, los criterios constitucionales sobre el funcionamiento de los poderes públicos son alterados y las garantías de los derechos disminuyen en beneficio de la eficacia de las actuaciones dirigidas a combatir la epidemia.

Así, por ejemplo, para Vicente Álvarez García, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Extremadura, el devenir de la historia del ser humano siempre ha estado marcado por graves conflictos o crisis: en ocasiones provocadas por la naturaleza, en ocasiones por la mano del hombre. Es comprensible, por tanto, que para los seres vivos la finalidad prioritaria sea su supervivencia y, en un segundo escalón, que dicha supervivencia sea lo más cómoda y placentera posible. Esta es la principal razón por la que se dota a los Estados de unas estructuras para conseguir esos objetivos de supervivencia y de vida mejor.

Esas estructuras son los poderes públicos, los cuales, están obligados a realizar el interés general, es decir, la mencionada supervivencia y vida mejor, porque esa (y no otra) es su razón de ser. Para poder llevar a cabo esta compleja misión, y sobre todo, frente situaciones de crisis, los Poderes Públicos están dotados de múltiples instrumentos, entre los cuales ocupa un lugar preeminente el Derecho. Debe señalarse que, a la hora de entender su función ante las emergencias, el Derecho no constituye un fin en sí mismo, sino, una herramienta para alcanzar la superación de la situación de amenaza o de potencial peligro sobre el interés general.

Pero es imprescindible comprender también el riesgo que siempre existe de los posibles abusos de los poderes de necesidad, que pueden poner en riesgo el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Este riesgo viene precisamente de la no posible anticipación concreta de esas amenazas o peligros, frente a tal incertidumbre, el Derecho regula posibles situaciones cláusulas generales de necesidad que, a la postre, son abiertas o abstractas como grave riesgo o grave alteración del orden.

Sin embargo, resulta tremendamente difícil asociar a una situación de máxima emergencia no prevista de manera específica por el Derecho, con una medida que sea necesaria y proporcionada para superarla; pues la situación de riesgo se pronostica y se tipifica de forma abierta y abstracta, mientras que, la medida se tipifica de modo concreto. De tal modo que, el recurso a este tipo de normas tienen dos efectos fundamentales: uno de carácter negativo; y otro positivo. En su vertiente negativa, la necesidad permite excepcionar de manera temporal la aplicación del Derecho “normal” (sobre el que se corre un velo en tanto dure el peligro).

Este efecto de inaplicación del Derecho “ordinario” se ve completado con otra cara de naturaleza positiva: la necesidad faculta a los Poderes Públicos para adoptar la medida concreta para solventar la situación de crisis. La necesidad se erige de esta manera en una técnica de adaptación del Derecho

⁹⁰Fernández Marugán, Francisco, Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad 2020/09 del Defensor del Pueblo, pág. 21, fundamento 10º

a la realidad social.

Por su parte, el Derecho ha intentado someter estos poderes de necesidad a unos límites que sean realmente operativos, esto es, el respeto al principio de necesidad, de idoneidad y de proporcionalidad a la hora de implementar medidas concretas. El principio de proporcionalidad sirve para perfilar el contenido concreto de las diferentes medidas que los Poderes Públicos estarán habilitados para adoptar, permitiendo delimitar el alcance derogatorio del Derecho ordinario y del contenido del nuevo Derecho extraordinario que genera la necesidad.

Esto exige encontrar un punto de equilibrio entre la situación de necesidad y que la medida sea capaz de proteger el interés público, para ello, la proporcionalidad debe cumplir con tres subprincipios: adecuación, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, Álvarez García, apunta que, aunque el Gobierno a la hora de declarar el Estado de Alarma debe gozar de un margen de discrecionalidad política y jurídica considerable, insistiendo en que los supuestos fácticos descritos deben venir cualificados por una gravedad tal, que haga que razonablemente sólo puedan ser superadas las situaciones de peligro mediante el recurso a este estado excepcional.⁹¹

Nogueira López, Alba, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela, subraya que con la declaración del Estado de Alarma surgieron dudas sobre su adecuación jurídica para limitar de forma casi total la libertad de circulación. El catedrático Miguel Presno señalaba en un análisis de urgencia que “tal y como está en Ley parece que se debería de tratar de restricciones a una libertad general de circulación y no excepciones a una limitación general de dicha circulación. Lo que se apunta que contendrá el decreto se asemeja más a lo segundo aunque, parece, a su vez con bastantes excepciones y alguna amplia: cualquier otra actividad de análoga naturaleza debidamente justificada”.⁹²

De forma más explícita, Alegre Ávila y Sánchez Lamela descartaban que tanto la LO 3/1986, como el estado de alarma fueran cobertura bastante para la suspensión de la libertad de movimientos que implicaban los confinamientos. Así argumentaban, “a pesar del carácter orgánico de la LOMESP, la misma no es cobertura suficiente ex artículo 55.1 del texto constitucional para permitir la adopción de medidas o actuaciones que supongan la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, en particular, de los consagrados en los artículos 17 y 19 de la Constitución” singularmente por lo indicado por el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016, de 28 de abril, fundamento jurídico octavo (asunto controladores aéreos): “la declaración del estado de alarma, a diferencia de los estados de excepción y sitio, [...] no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.⁹³

Por eso, sostienen que sólo la declaración del estado de excepción permite dar cobertura bastante a aquella suspensión del ejercicio de derechos fundamentales y la clara insuficiencia de la declaración del estado de alarma para disponer la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales.

También en un sentido claramente crítico se expresa Díaz Revorio indicando que entre la alarma y la

⁹¹ Álvarez García, Vicente. “El coronavirus (Covid-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, nº 86-87, págs. 6-15.

⁹² Presno Linera, Miguel Ángel, “Breves y provisionales consideraciones sobre el alcance del Estado de alarma que se va a decretar”, *presnolinera.wordpress.com*, 14 de marzo de 2020. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/14/breves-y-provisionalesconsideraciones-sobre-el-alcance-del-estado-de-alarma-que-se-va-a-decretar/>

⁹³ Alegre Vidal, Juan Manuel y Sánchez Lamelas, Ana, “Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica”, *aepda.es*, 13 de marzo de 2020”, en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisissanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.

excepción “la diferencia no es intrascendente, como no lo es el error que, a mi juicio, se ha cometido al suspender al menos dos derechos mediante el estado de alarma”. Para decirlo claramente: vivimos materialmente en un estado de excepción, no declarado y, por tanto, en un estado de excepción encubierto.⁹⁴

En cierto modo, el escenario adolece de las debilidades jurídicas apuntadas por Vidal Prado y Delgado Ramos, tras el anterior estado de alarma por la crisis de los controladores aéreos, que veían necesario “incorporar a la norma las circunstancias concretas en que puede hacerse, los requisitos y garantías” para evitar nuevas interpretaciones forzadas.⁹⁵

En cambio, Tajadura, que afirmaba con rotundidad que las medidas autonómicas eran “manifiestamente inconstitucionales”, no cuestiona la adecuación del estado de alarma para la restricción de movimientos decretada de naturaleza general y prácticamente sin límites ya que “hay que reconocer que, en la práctica, no resulta fácil establecer la línea que separa las medidas fuertemente restrictivas de un derecho fundamental de su suspensión”.⁹⁶

También lozano Cutanda parece ser de una opinión semejante en tanto que “la libertad de circulación de las personas, sin llegar a suspenderse del todo, sí se limita en gran medida”. Sorprende que llegue a parecida conclusión sobre la necesidad y adecuación de la declaración del estado de alarma Tolosa Triviño⁹⁷, después de exponer la panoplia de medidas a las que habilita la legislación sanitaria, indicar los procedimientos de toma de esas decisiones y como la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha limitado e interpretado, respectivamente esas facultades de intervención exorbitantes.⁹⁸

Para Cotino Hueso, Lorenzo, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, el Covid-19 ha puesto en riesgo la salud y la vida de las personas y, de forma colateral, ha llevado a la restricción severa de derechos fundamentales.

Cotino reconoce que, una situación de emergencia puede habilitar el llamado derecho de excepción, aludiendo al principio de necesidad en cuanto que el derecho ordinario no prevé estos escenarios extraordinarios y no es capaz de solventar la situación de emergencia. Sin embargo, advierte que la falta de previsión normativa del derecho ordinario, no puede tomarse como argumento para acudir al derecho de excepción bajo el principio de necesidad para dar respuesta legal, pues convertiría al principio de necesidad en fuente creadora de normas.

También señala que, cuando aparece un hecho habilitante, los poderes públicos se ven en la obligación de acudir al derecho de excepción, pues se pone en riesgo la integridad del interés general si no se actúa, sin olvidar que también se puede dañar ese interés general si no se actúa bien.

Otro matiz que apunta Cotino es que, si bien el principio de necesidad se esgrime ante la falta de normativa ordinaria que recoja una situación extraordinaria, la urgencia es una especie de necesidad temporal y no un habilitante per sé del derecho de excepción.

⁹⁴ Díaz Revorio, *Javier, cosas de juristas*. Disponible en <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/>.

⁹⁵ Vidal Prado, C., Delgado Ramos, D., “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011, pág 265.

⁹⁶ Tajadura Tejada, Javier, “Derecho de Crisis y Constitución”, *El País*, 20de marzo de 2020, Disponible en https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html

⁹⁷ https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDcyNzM7Wy1KLizPw8WyMDI6CYoQVIID0t0iU_OaSyINU2LTGnOBUAWyHk0DUAAAA=WKE

⁹⁸ Nogueira López, Alba. “Confinar el coronavirus, entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, nº 86-87, p. 28.

Ahora bien, el hecho de acudir al derecho de excepción por el principio de necesidad no es sinónimo de un cheque en blanco para legislar, sino que, este derecho de excepción ha de tener contrapesos y límites. Además, son límites controlables, en tanto en cuanto que, son elementos jurídicos fiscalizables y concretos, pues se precisa de necesidad, adecuación a la finalidad y la proporcionalidad.

Cotino señala que, dentro de nuestra doctrina hay confusión de los conceptos de restricción y suspensión de un derecho fundamental. Para Cotino, la suspensión ha de ser formal y que conlleva la suspensión del régimen constitucional del derecho mientras dure la vigencia de la norma excepcional, por tanto, su régimen constitucional es inaplicable y desplazado por el régimen que la norma temporal le conceda.

La alteración o restricción de un derecho en cambio, no permite un desplazamiento legal del régimen que el derecho disfruta en el derecho ordinario, eso sí, la falta de concreción en cuanto al alcance de esta limitación es la responsable de acontecimientos como el Real Decreto 463/2020, pues como afirma Cotino “la regulación especial del régimen de derechos para situaciones excepcionales podrá desplazar al Derecho ordinario. Ahora bien, en modo alguno puede producirse una desconstitucionalización.” Así mismo, el sacrificio que realiza el derecho al ser desplazado a de ser compensado por un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.⁹⁹

5.4 Ejemplos de desproporcionalidad.

Para mostrar hasta qué punto es necesario observar el principio de proporcionalidad, nos permitiremos exponer algunos ejemplos, del peligro inminente de no observar dicho principio.

Todos recordamos cómo, en pleno confinamiento, el 21 de marzo de 2020, cuando una mujer salió a correr¹⁰⁰ y dos agentes la interceptaron.

Es cierto que la mujer no había respetado el Real Decreto 463/2020 declarado inconstitucional, sin embargo, la actuación de los agentes debió de invitar a una reflexión que a día de hoy aún no se ha planteado. Los agentes arrastraron, literalmente por el suelo, a la mujer por una supuesta infracción administrativa.

Según nuestro criterio parece desproporcionado que un policía pueda arrastrar a un ciudadano por una infracción administrativa. De hecho, el uso de la fuerza física para impedir delitos está bastante regulado y controlado, cuanto más para una infracción administrativa; que para más “inri” estaba sustentada en una norma ahora declarada inconstitucional.

Los agentes decían que su actuación fue por cumplir la normativa -la normativa no decía nada de detener a nadie, ni mucho menos golpear y arrastrar por el suelo-, además, tuvieron que actuar porque, en ese momento, la seguridad de las personas estaba por encima del derecho a deambular -la verdad es que en el vídeo sólo aparece la mujer corriendo, no apreciándose peligro de contagio-. Parecerá increíble, pero nadie socorrió a la mujer, lejos de ello, muchos españoles estuvieron de acuerdo con que la policía la hubiese golpeado y arrastrado por el suelo; este es uno de los peligros a los que puede llegar el imponer la seguridad sobre las libertades sin respetar la proporcionalidad, pues en casos extremos, se puede llegar a creer que la norma en aras de preservar la seguridad exime de responsabilidad y habilita para hacer cuanto sea necesario.

⁹⁹Cotino Hueso, Lorenzo. “Los Derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, n° 86-87, pág. 94.

¹⁰⁰VV.AA, “Una vecina arrasa con lo que le gritó a una mujer detenida por saltarse en confinamiento para hacer running”, *Huffingtonpost*, 21 de marzo de 2020. https://www.huffingtonpost.es/entry/una-vecina-arrasa-con-lo-que-grito-a-una-mujer-detenido-por-saltarse-el-confinamiento-para-hacer-running_es_5e75db05c5b63c3b6490fb40

Otro ejemplo, que ocurrió en España, fue el sucedido en Madrid¹⁰¹ el 21 de marzo en el barrio de Salamanca, que no es un barrio de lo más conflictivo. Resultó que los agentes de policía, nuevamente para protegernos de un peligro inminente para nuestra salud y nuestra vida, pidió a los inquilinos de un domicilio que les abriesen la puerta. La joven se niega a abrir la puerta si los agentes no portan una orden judicial, evidentemente la policía decidió que se había acabado el tiempo de diálogo y acto seguido derrumbó la puerta a golpes y entraron en el interior del domicilio para detener a los 14 individuos que se hallaban dentro. Nos preocupa nuevamente que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, no se respete la inviolabilidad del domicilio, que se no cumpla la obediencia debida a los mandatos judiciales y que, además, por una supuesta infracción administrativa, el Ejecutivo sea capaz de desplegar su más alta demostración del poder coercitivo.

La defensa de los agentes se sustenta en que la seguridad o preservar la salud que en ese momento respaldaba el Estado de Alarma, les habilitaba para no observar el legítimo disfrute del derecho a la inviolabilidad del domicilio a los detenidos.

Estos dos ejemplos muestran y reafirman nuestra tesis, corremos un grave riesgo si estrangulamos nuestra libertad para disfrutar de seguridad. La ciudadanía no debe permitir que la preservación de la “seguridad” se convierta en un cheque en blanco para el poder público.

Como hemos mostrado, ha de imperar un juicio de proporcionalidad, donde la salvaguardia de los derechos y libertades condicione la utilización de medidas restrictivas, y en especial la utilización del poder coercitivo del Estado. Es cierto que, en los primeros compases de la pandemia, el desconocimiento y la gravedad produjo que la ciudadanía aceptase, abrigados por el miedo, las medidas de restricción impuestas por el gobierno.

Pero, también es cierto que, ese silencio y ese miedo ha sido utilizado por el gobierno, durante los últimos seis meses, para realizar una especie de “experimento de control social” bajo el argumento de estar preservando nuestra vida, hasta comprobar el nivel de acatamiento que es capaz de soportar la ciudadanía, con medidas como: toque de queda, no pasar de una comunidad a otra, bajar a tirar la basura sólo y, aún así, tener la obligación de llevar puesta la mascarilla.

No queremos decir que estas medidas no hayan ayudado al control de la pandemia, ni que no sean de obligado cumplimiento, pero reconocemos que no han sido sometidas a un debate de rigor, pues se han dado casos en los que un ciudadano no podía cruzar su calle porque la acera de enfrente pertenecía a otra Comunidad Autónoma, y sin embargo, ese mismo ciudadano podía desplazarse hasta 300 km de su hogar dada la extensión de su Comunidad. Pensemos por ejemplo en la extensión de la Comunitat Valenciana. Aun así, la actuación de los agentes era contundente si descubrían a ese ciudadano cruzar la calle.

Queda claro que: si permitimos que secuestren nuestra libertad, sin rechistar, imponiendo una especie de “ley marcial” para que nos protejan de una situación crítica y peligrosa; aquellos que detentan el poder siempre van a encontrar alguna situación que les permita aplicar dicha “ley marcial”. Y es que, como decía Benjamín Franklin “Quien prima la seguridad sobre la libertad no tiene derecho ni a la una ni a la otra.”

Es por ello que, resulta de vital importancia que a la hora de hacer uso del derecho excepcional, se observe, más que nunca, este principio de proporcionalidad para adoptar medidas o crear normas porque “en general, la ley es la razón humana en cuanto que gobierna todos los pueblos de la tierra,

¹⁰¹VV.AA, “Así derribó la policía la puerta de una vivienda para detener una fiesta ilegal en Madrid, *El País*, 30 de marzo de 2021. <https://elpais.com/videos/2021-03-30/video-asi-derribo-la-policia-la-puerta-de-una-vivienda-para-detener-una-fiesta-ilegal.html>

y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares en que esta razón se aplica.”¹⁰².

Para Montesquieu, las leyes no sólo deben de observar el propósito del legislador, sino que han de estar relacionadas también con su origen, con el orden de las cosas y con las propias leyes entre sí, esto significa que, a la hora de legislar, de imponer esas reglas del juego para poder convivir, no basta con legislar para afrontar una situación concreta y aislada, han de considerarse las situaciones en su conjunto y además hay que prever de qué forma una norma puede afectar a otra.

6. ÁMBITO INTERNACIONAL.

Desde el ámbito internacional también se ha discutido mucho sobre la supremacía de la libertad frente a la seguridad, así por ejemplo: ”en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”¹⁰³.

El objetivo de Naciones Unidas es aclarar lo antes mencionado, que el límite del disfrute de un derecho se encuentra cuando colisiona con el derecho de otros, es decir, los derechos no son absolutos, sino que tienen un límite inmanente.

La Unión Europea también indica cómo han de proceder los poderes públicos a la hora de legislar, reconociendo que el respeto de los derechos ha de ser tenido en cuenta a la hora de implementar medidas, así “sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”¹⁰⁴.

Como se observa, la idea de la proporcionalidad está muy cerca del ideal de justicia, para tratar de evitar los posibles abusos de los poderes públicos.

De otro lado, también encontramos multitud de ejemplos en donde se justifica la aprobación de normas que limiten el ejercicio de derechos, es decir, que priman la seguridad frente a la libertad, así por ejemplo: “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad, la defensa del orden...”¹⁰⁵.

Claramente, Europa recoge la posibilidad de restringir derechos en aras de preservar la seguridad, habilitando a que el legislador permita la injerencia de una medida de seguridad en el ámbito espacial de un derecho fundamental.

Además, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace mención a una serie de derechos universales y fundamentales, de los cuales España recoge en su legislación, aunque permite, para restricciones en ellos siempre que “sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en este pacto”¹⁰⁶.

¹⁰²Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2002, pag. 92.

¹⁰³Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1948, París, artículo 29.2.

¹⁰⁴Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 52.

¹⁰⁵Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Artículo 11.2.

¹⁰⁶Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966,

Observamos que, las medidas que afecten a un derecho fundamental, han de ser congruentes y proporcionales a la finalidad que se persigue. La dificultad aparece, cuando una de estas finalidades es la seguridad y, como hemos mostrado, es precisamente la seguridad una de las razones más comunes esgrimidas ante una restricción de derechos, es por ello que desde las Instituciones Internacionales se busca articular de forma adecuada la implementación de las mismas.¹⁰⁷



artículos 12.3, 18.3, 19.3, 21 y 22.2.

¹⁰⁷Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Seguridad y Libertad: ¿Equilibrio imposible?*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010. págs.6-9.

7. CONCLUSIONES.

A través del presente trabajo hemos observado que: el ser humano, para ser capaz de vivir en sociedad debe afrontar retos que constituyen un esfuerzo inherente a su condición de vida comunal. Estos retos aparecen de manera ordinaria o extraordinaria, con formas muy distintas y, en ocasiones, sin previo aviso. Para ello, lo recomendable es que se establezcan unas directrices o pautas a seguir, unas reglas del juego que todos respetemos y a las que sujetarnos, que sean capaces de protegernos y, al mismo, permitirnos vivir confortablemente y con dignidad. Una vez terminado hemos concluido que:

- I. El ánimo de nuestro Ejecutivo, a la hora de adoptar medidas que constriñeron nuestra libertad, no era otro que la salvaguardia de nuestra salud. Tal y como hemos mostrado con el análisis de la Exposición de Motivos del *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19*.
- II. Tras el estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional, y en concreto la STC 110/2021 de 13 de mayo y sus votos particulares, hemos visto que esas medidas no gozaron del estudio en profundidad que merecían dada la urgencia de la situación, y eso produjo lesiones a derechos que podían haberse evitado. Además, hemos visto que, a pesar de tener posiciones diferenciadas en cuanto al fallo de la mencionada sentencia, la gran mayoría de los magistrados coincide en que la mejor garantía de la libertad es que las medidas restrictivas respeten la proporcionalidad.
- III. Así mismo, hemos comprobado que el principio de seguridad, según el sentir de la mayoría de personas expertas apuntadas, no está por encima de la libertad, sino que se encuentra condicionado por esta, exigiendo siempre un juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad cuando el principio de seguridad acometa una injerencia en el principio de libertad.
- IV. También hemos señalado, a través de los trabajos de Rosario Tur y Cruz Villalón que, cuando se trata de afrontar situaciones de emergencia, situaciones en las que los poderes públicos se ven en la tesitura de llevar a cabo acciones extraordinarias para impedir el quebranto constitucional, estas acciones deben tener unos límites que no deben rebasar.
- V. En cuanto a la posición de la Comunidad Internacional, hemos mostrado que se inclina por la salvaguardia de los derechos fundamentales, y procura una habilitación normativa para aquellos supuestos en los que se tenga que hacer uso del derecho de excepción, fijando, eso sí, unos límites que hemos mostrado en el capítulo correspondiente.
- VI. A su vez, hemos señalado el potencial peligro de primar el principio de seguridad sobre la libertad sin observar la proporcionalidad, mostrando ejemplos de situaciones extremas ocurridas durante la vigencia del Estado de Alarma en España, situaciones amparadas en las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que han supuesto un daño irreparable.

Es resumen, reconocemos que resulta complejo tomar la decisión acertada cuando las medidas a implementar, en aras de la seguridad, puede lesionar o impedir el disfrute de la libertad. Sin embargo, nos vemos en la obligación de señalar que abogamos por el respeto a los derechos fundamentales y la libertad, pues el secuestro de las libertades bajo el argumento de protegernos no permite un disfrute íntegro de la vida. Por ello consideramos que, nuestros poderes públicos han de trabajar siempre aplicando un juicio ponderación que incluya la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de aquellas normativa que pretenda aplicar.

8. BIBLIOGRAFÍA

Monografías, obras colectivas, artículos, informes, estudios:

- Alegre Vidal, Juan Manuel y Sánchez Lamelas, Ana, “Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica”, *aepda.es*, 13 de marzo de 2020”, en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisissanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.
- Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019.
- Álvarez García, Vicente. “El coronavirus (Covid-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, nº 86-87, págs. 6-21.
- Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, Alianza editorial, Madrid, 1998. Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Los Derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, nº 86-87, págs. 88-101.
- Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Díaz Revorio, Javier, *cosas de juristas*. Disponible en <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/>.
- Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Seguridad y Libertad: ¿Equilibrio imposible?*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010. Recuperado de: [https://www.usc.es/Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio](https://www.usc.es/Ley%20Orgánica%204/1981,%20de%201%20de%20junio,%20de%20los%20estados%20de%20alarma,%20excepción%20y%20sitio).
- Marco Tulio Cicerón, *Sobre la República y Sobre las Leyes*, Tecnos, Madrid, 2002.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2002.
- Nogueira López, Alba. “Confinar el coronavirus, entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Portal Derecho S.A., Madrid, marzo 2020, nº 86-87, págs. 22-31.
- Presno Linera, Miguel Ángel, “Breves y provisionales consideraciones sobre el alcance del Estado de alarma que se va a decretar”, *presnolinera.wordpress.com*, 14 de marzo de 2020. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/14/breves-y-provisionalesconsideraciones-sobre-el-alcance-del-estado-de-alarma-que-se-va-a-decretar/>
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel; Casas Baamonde, María Emilia; Arnaldo Alcubilla, Enrique; Remón Peñalver, Jesús; Pérez Manzano, Mercedes; Borrajo Iniesta, Ignacio; en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Fundación Wolters Kluwe, Madrid, 2018.
- Tajadura Tejada, Javier, “Derecho de Crisis y Constitución”, *El País*, 20 de marzo de 2020, Disponible en https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html
- Vidal Prado, C., Delgado Ramos, D., “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.
- VV.AA, “Una vecina arrasa con lo que le gritó a una mujer detenida por saltarse en confinamiento para hacer running”, *Huffingtonpost*, 21 de marzo de 2020. <https://www.huffingtonpost.es/entry/una-vecina-arrasa-con-lo-que-grito-a-una-mujer->

[detenida-por-saltarse-el-confinamiento-para-hacer-running_es_5e75db05c5b63c3b6490fb40](https://www.elpais.com/videos/2021-03-30/video-asi-derribo-la-policia-la-puerta-de-una-vivienda-para-detener-una-fiesta-ilegal.html)

- VV.AA, “Así derribó la policía la puerta de una vivienda para detener una fiesta ilegal en Madrid, *El País*, 30 de marzo de 2021. <https://elpais.com/videos/2021-03-30/video-asi-derribo-la-policia-la-puerta-de-una-vivienda-para-detener-una-fiesta-ilegal.html>

Fuentes jurídicas:

- Balaguer Callejón, María Luisa; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021, recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es>
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu>
- Conde-Pumpido Touron, Cándido; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 16 julio de 2021, recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es>
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 Referencia: BOE-A-1978-31229, recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, recuperado de: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a11>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1948, París, recuperado de: <https://dudh.es/29/>
- Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas”; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, recuperado de: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/C_1978_084.PDF
- Diario de sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, recuperado de: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/C_1978_109.PDF
- González Rivas, Juan José; voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021, recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es>
- <https://elpais.com/videos/2021-03-30/video-asi-derribo-la-policia-la-puerta-de-una-vivienda-para-detener-una-fiesta-ilegal.html>
- <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolución/Show/3539>
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966, recuperado de: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733
- Jefatura del Estado «BOE» núm. 134, de 05 de junio de 1981 Referencia: BOE-A-1981-12774, recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/06/01/4/con>
- Ollero Tassara, Andrés, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 14 de julio de 2021. recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es>
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con>
- Resolución de no interposición de Recurso de inconstitucionalidad frente al R.D. 364/2020 del Defensor del Pueblo, recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp->

- content/uploads/2020/09/resolución-estado-alarma.pdf
- Sentencia 110/2021 del Tribunal Constitucional, de 13 de mayo, recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-10023>
 - Sentencia 25/1981 del Tribunal Constitucional, de 14 de julio, Boe núm. 193, de 13 de agosto de 1981, recuperado de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25>
 - Sentencia 37/1998 del Tribunal Constitucional, de 17 de febrero, recuperado de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3539>
 - Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional, de 18 de mayo, recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1985-9096>
 - Xiol Ríos, Juan Antonio, voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Madrid, 18 julio de 2021, recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es>

Recursos web:

- <https://www.rae.es>
- <https://www.repositorio.uam.es/handle/10486/69379>
- <https://www.uam.es>
- <https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx>

