

Protección de la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos

FRANCISCO A. BRAVO VIRUMBRALES

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Marco jurídico vigente.
3. Estados de alarma y «nuevas normalidades».
4. Jurisprudencia ordinaria.
5. Doctrina constitucional.
6. Epílogo.

RESUMEN

Este artículo examina uno de los mayores retos jurídicos vividos durante las últimas décadas, consistente en la necesidad de armonizar la protección de la vida y la salud con la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas como consecuencia del advenimiento de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Ante la ausencia de precedentes en nuestro marco constitucional, se ha producido

un intenso debate acerca de los cauces, alcance y límites de las medidas de carácter general y excepcional a adoptar, que se ha plasmado en un prolijo número de instrumentos normativos y de pronunciamientos jurisprudenciales, cuyas principales implicaciones tratan de abordarse en este trabajo, hasta llegar a las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de julio y de 27 de octubre de 2021.

PALABRAS CLAVE

Protección de la vida y la salud pública; limitación y suspensión de derechos y libertades; estados de alarma, excepción y sitio; libertades de circulación, residencia, reunión, manifestación y culto.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article examines one of the greatest legal challenges experienced in recent decades, consisting of the need to harmonize the protection of life and public health with the safeguard of fundamental rights and public freedoms, as a consequence of the pandemic caused by COVID-19. Without precedent in

our constitutional system, there has been an intense debate about the procedure and limits of the exceptional measures to be adopted, which has been reflected in an extensive number of regulations and rulings, until reaching the Constitutional Court ruling of July 14th and October 27th, 2021.

KEYWORDS

Protection of life and public health; limitation and suspension of rights and freedoms; alarm, exception and siege states; freedoms of movement, residence, assembly, demonstration and worship.

1. Introducción

A medida que un sistema político se consolida en el tiempo, su funcionamiento va perfilándose con mayor profundidad y precisión. Sin perjuicio de su natural evolución, las instituciones desarrollan paulatinamente un bagaje derivado de una *praxis* cada vez más dilatada en el tiempo y en su contenido y, aun cuando muchas problemáticas permanecen abiertas o van surgiendo otras nuevas, tiende a generarse una cierta sensación de seguridad y confianza que es consecuencia del mayor rodaje de aquellas.

No quiere ello decir que no se planteen nuevas cuestiones de índole práctica que desemboquen en nuevos retos jurídicos, pues la sociedad se encuentra en constante evolución y el Derecho no puede sino adaptarse —con mayor o menor retraso— a dichos cambios. Pero la existencia de cada vez mayores experiencias y pronunciamientos en cuestiones conexas dota normalmente a los operadores jurídicos de instrumentos y medios para abordarlos con una razonable comodidad.

Así había venido sucediendo hasta el advenimiento de la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) con el progresivo afianzamiento de nuestro vigente orden constitucional, en el que, tras más de cuarenta años desde la promulgación de nuestra Carta Magna, parecían muy limitados aquellos aspectos carentes de precedentes y acerca de los cuales no existiesen unos mínimos criterios orientadores que guiasen la actuación de los poderes públicos.

A lo anterior se une un cambio de mentalidad importante pues, si la inercia histórica ha tendido a un progresivo reconocimiento de derechos y libertades a lo largo de las últimas décadas e incluso siglos, esta pandemia ha supuesto exactamente lo contrario. Por primera vez en mucho tiempo, nos hemos visto abocados a tener que restringir aquellos. Y no se ha tratado de una restricción puntual o de carácter individual, ni tampoco fruto de una revolución o cambio de régimen, sino —y he aquí

lo novedoso del asunto— de una restricción general y prolongada en el tiempo dentro del marco constitucional, sin que, todavía a fecha de hoy, se sepa a ciencia cierta hasta qué punto será necesaria la continuidad, con mayor o menor intensidad, de las limitaciones, o en qué momento podrá darse por definitivamente superada la crisis sanitaria que las ha motivado.

Como acertadamente preconizaba el Preámbulo del 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 (en adelante, Real Decreto 463/2020), *«Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos»*. Riesgo cuyo alcance, por aquel entonces, difícilmente se acertaba a vislumbrar, pues pocos imaginaban aún la extensión temporal de la pandemia que apenas acababa de comenzar.

Debido a ello, ha sido necesario desplegar un gran esfuerzo, a todos los niveles, para afrontar la crisis padecida. Aunque el sanitario ha sido el más evidente, el jurídico ha experimentado también un grandísimo reto en la delicada ponderación entre la protección de la salud colectiva y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales, suscitándose un debate de enorme relevancia e implicaciones para la protección de ambos.

En este contexto, el presente análisis se centrará en lo referente a la constitucionalidad de las medidas adoptadas, teniendo presente que la Constitución tan solo se refiere al estado de alarma declarado para hacer frente a la pandemia en un exiguo precepto, remitiendo su regulación a una ley orgánica que, con anterioridad, apenas había tenido aplicación práctica.

2. Marco jurídico vigente

Para poder abordar debidamente el estudio que nos ocupa y comprender el alcance del debate constitucional surgido en torno al mismo, así como los fundamentos de las decisiones adoptadas, resulta imprescindible realizar un —siquiera somero— repaso al marco normativo existente al tiempo de iniciarse la situación de crisis sanitaria, y que ha permanecido esencialmente vigente hasta la fecha, en materia de limitación de derechos y libertades por motivos extraordinarios de protección a la salud pública.



Para ello, examinaremos previamente, por la importancia que revisten de cara al posterior análisis de la jurisprudencia ordinaria y constitucional dictada con ocasión de la pandemia, los presupuestos habilitantes de los distintos estados excepcionales o de crisis previstos en el actual marco jurídico, para seguidamente analizar las distintas medidas o posibilidades de actuación —y consiguientes límites— que ofrecen cada uno de ellos.

a) Estados de alarma, excepción y sitio

Durante este periodo, han cobrado especial protagonismo los denominados estados excepcionales, de crisis o de emergencia (alarma, excepción y sitio) que, hasta este momento, y si bien se encontraban previstos en nuestro ordenamiento jurídico, inducían a pensar más —especialmente el segundo y el tercero— en una obligada regla de prudencia o cautela¹ —por otra parte, generalizada en el constitucionalismo tanto histórico como comparado²—, que en unos mecanismos susceptibles de aplicación práctica en estados de derecho consolidados y avanzados.

¹ Como afirmaba CARRO MARTÍNEZ, Antonio, veinte años después de la promulgación de la Constitución, el artículo 116 *«sigue vigente tras casi un cuarto de siglo de vida, lo cual es importante. Pero más importante es que no se haya estrenado y se encuentre inédito en cuanto a su aplicación práctica. Y conste que en este periodo ha habido crímenes políticos y actos terroristas que han atentado a muchos cientos de personas, que tenían el legítimo derecho a la vida. Esto demuestra que se trata de un precepto de valor histórico fundamental, pero que afortunadamente es de implícita inanidad para el normal desarrollo de la actual vida política española»*.

² Históricamente, ya en el art. 308 de la Constitución de Cádiz de 1812 se contemplaba la posibilidad de suspensión de derechos en circunstancias extraordinarias para la seguridad del Estado; posibilidad que se mantuvo y perfeccionó en textos posteriores, como la Constitución de 1869 (art. 31), la Constitución de 1876 (art. 17) o la Constitución de 1931 (art. 42).

A nivel de Derecho comparado, la previsión de estados excepcionales es frecuente en muchos textos constitucionales de nuestro entorno, como sucede con la Constitución de Portugal de 1976 (art. 19), la de Francia de 1958 (art. 16) o la de Grecia de 1975 (art. 48). En varios de esos textos, como el portugués o el griego, solo se contempla la posibilidad de suspensión de derechos en casos de guerra o por razones de orden público, pero no por razón de crisis sanitarias, catástrofes naturales u otros supuestos propios de nuestro estado de alarma, que en algunos de ellos ni siquiera se recogen. No obstante, también existen ejemplos de ordenamientos carentes de estados excepcionales, como sucede con la Constitución de Bélgica de 1831, cuyo art. 187 (resultante de la armonización realizada en 1994; antiguamente era el art. 130) proclama que *«La Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte»*.

Por otra parte, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 15, permite a los Estados signatarios adoptar medidas, en casos de guerra u otros peligros públicos, que deroguen los derechos y obligaciones derivados del mismo, con determinados límites y sin exceder de lo estrictamente requerido por la situación. A pesar de lo cual, España formuló una reserva expresa a dicho precepto en el Instrumento de Ratificación del Convenio, en el sentido de ser interpretado de modo que se garantice el cumplimiento de los artículos 55 y 116 de la Constitución (BOE n.º 243, de 10 de octubre de 1979).

Buena muestra de ello es que, durante la vigencia de nuestro sistema constitucional, con carácter previo al advenimiento de esta pandemia, tan solo había sido declarado el estado de alarma en una ocasión con anterioridad, y lo fue para atender a una situación asaz más puntual, tanto en su ámbito subjetivo como en su duración, que la vivida durante los meses precedentes³. Nos referimos a la huelga de controladores aéreos declarada a finales del año 2010, y que fue atajada mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo (en lo sucesivo, Real Decreto 1673/2010), en virtud del cual todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de la entonces entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) —hoy en día ENAIRE— pasaron a tener la consideración de personal militar sometido a las órdenes directas del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y de las autoridades militares designadas por este. Inicialmente declarado por quince días naturales, fue autorizada su prórroga por el Congreso de los Diputados por otros quince días adicionales, dictándose al efecto el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por lo que su duración total se extendió a un mes; desde el 15 de diciembre de 2010 hasta el 15 de enero de 2011.

Y si el estado de alarma únicamente había tenido un precedente, nunca antes se había llegado siquiera a plantear la posibilidad de declarar legalmente los estados de excepción y de sitio⁴, que parecían más bien propios de acontecimientos que se re-

³ No por lo limitado de su extensión temporal y subjetiva significa que el instrumento elegido fuera el adecuado. Muy crítica se muestra a este respecto SIEIRA MUCIENTES, Sara, al considerar que «el Gobierno declaró un estado de alarma, cuando debiera haber declarado un estado de excepción, y adoptó medidas propias de un estado de sitio» [«Los estados excepcionales». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, 2018, p. 389].

⁴ Durante el fallido intento de golpe de estado perpetrado el 23 de febrero de 1981, el entonces capitán general de la III Región Militar, Jaime Milans del Bosch, declaró para aquella el estado de excepción y el toque de queda de 21 a 7 horas. No obstante, en modo alguno puede considerarse que se tratase de un estado declarado conforme a derecho y siguiendo los cauces constitucionales, ya que la competencia para su declaración, de conformidad con el artículo 116.3 de la Constitución, corresponde exclusivamente al Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. Dicho estado únicamente estuvo vigente durante unas horas.

Nótese, por otra parte, que en aquel momento aún no se había promulgado el desarrollo legislativo del artículo 116 de la Constitución y que el Gobierno y las Cortes Generales habían sido ocupados militarmente, razón por la cual la restauración del orden constitucional se asumió desde la Jefatura del Estado a través de lo que algunos autores no han dudado en calificar como una auténtica vía de hecho. Y ello, por cuanto que, como señala CRUZ VILLALÓN, Pedro, sin el necesario desarrollo normativo del artículo 116 CE, los estados excepcionales en él previstos se hallaban en suspenso, como posibilidad constitucional no inmediatamente aplicable.



presentaban en el imaginario colectivo, a medida que se fue consolidando el sistema constitucional, como característicos ya fuera de épocas superadas, de Estados fallidos o de eventos distópicos y con tintes cuasi-apocalípticos.

Descendiendo al plano del derecho positivo, los estados de alarma, excepción y sitio se encuentran regulados, a nivel constitucional, en el artículo 116 de nuestra Carta Magna, el cual se limita a establecer unas reglas básicas en cuanto a la competencia para su aprobación, duración y límites, remitiendo a una ley orgánica su regulación⁵.

La norma a la que se remite el artículo 116 de la Constitución es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES), cuyo artículo 1 comienza proclamando que procederá su declaración *«cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes»*.

Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera parecer en una primera lectura, dicha proclamación inicial no implica, *per se*, que cada uno de los tres estados pueda declararse indistintamente y en virtud de los mismos supuestos, atendiendo únicamente a la gravedad de los mismos. Bien al contrario, como señaló CRUZ VILLALÓN, Pedro, la misma *«solo pretende ser un modo de abrir una ley tan trascendente y que se presenta ausente de una exposición de motivos»*.

De hecho, uno de los debates legislativos y doctrinales más apasionados a propósito de los estados excepcionales ha sido, precisamente, el relativo a los presupuestos que ampararían la procedencia de la declaración de cada uno de ellos, enfrentando a quienes consideraban que debía realizarse una lectura «gradualista» de la norma constitucional, conforme a la cual los tres serían susceptibles de declararse ante cualquier eventualidad de carácter extraordinario que requiriese una reacción igualmente extraordinaria del poder público, con independencia de su naturaleza, siendo la única diferencia entre unos y otros el de la gravedad de la situación —de manera que, a mayor intensidad de la crisis, podría intensificarse igualmente la res-

⁵ Como señala PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *«aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes —como la Ley Federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947— haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de defensa extraordinaria de las instituciones públicas (...) ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres»* [«El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, vol. 6, n.º 3, 2020, p. 986].

puesta⁶—, con quienes entendían que cada uno de los estados había de responder ante causas debidamente acotadas y diferenciadas. Esta última fue, según se verá seguidamente, la alternativa por la que optó el legislador orgánico.

En efecto, la LOAES deriva del «Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana», que fue dividido en cuatro normas durante su tramitación parlamentaria, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Constitucional⁷, a la vista del Informe de la Ponencia. Pues bien, en la redacción original del artículo 20 del referido Proyecto⁸ se incluía una enumeración meramente ejemplificativa de supuestos que podían dar lugar al estado de alarma, entre las que se comprendían tanto alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana como catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios esenciales y situaciones de desabastecimiento, configurándolo, por tanto, como un instrumento de primera respuesta tanto frente a alteraciones del orden público como frente a crisis sanitarias y catástrofes naturales.

El anterior listado fue modificado tras el Informe de la Ponencia⁹ al ya reconvertido en «Proyecto de Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», que consideró favorablemente las enmiendas núms. 123 del Grupo Parlamentario Comunista y 233 del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, suprimiendo el entonces apartado a) del artículo 4, relativo a las alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana, y condicionando los supuestos de paralización de servicios públicos esenciales a que no se pudiese garantizar lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución.

No obstante, el listado seguía configurándose como un *numerus apertus*, ya que permitía al Gobierno declarar el estado de alarma «cuando concurren situaciones como las siguientes», sin tener, por tanto, un carácter limitativo. La taxatividad de dicha enumeración fue consecuencia del posterior debate en el Pleno, del que resultó la redacción definitiva¹⁰, conforme a la cual únicamente podría declararse la alar-

⁶ Esta alternativa «gradualista» era por la que optó la Ley de Orden Público de 1933 (*Gaceta de Madrid*, n.º 211, de 30 de julio de 1933), cuyo capítulo II del título II configuraba un «estado de prevención» para aquellos casos en que «la alteración del orden público, sin llegar a justificar la suspensión de las garantías constitucionales, exija que sean adoptadas medidas no aplicables en régimen normal», en tanto que el capítulo III regulaba un «estado de alarma» aplicable «si las medidas autorizadas por el artículo anterior fuesen insuficientes para mantener el orden público».

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de octubre de 1980, serie A, n.º 73-II, p. 382/11.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de septiembre de 1979, serie A, n.º 73-I, p. 370.

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de abril de 1981, serie A, n.º 73-I ter, p. 382/24.

¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de abril de 1981, serie A, n.º 73-III ter, p. 382/46.



ma «*cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad*», siendo estas las de:

- i) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas.
- ii) Crisis sanitarias.
- iii) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- iv) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Como puede observarse, desaparecidas las alteraciones del orden público, todas las restantes causas se reconducían con facilidad a supuestos de crisis de carácter no político, a excepción de la tercera. Por ello, en el debate en Pleno decidió adicionarse a esta el inciso final «*y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo*», con lo que el listado —ya cerrado— de supuestos que ampararían la declaración del estado de alarma quedó definitivamente delimitado y es el mismo que existe en la actualidad, al no haber sido objeto de modificaciones ulteriores.

Por oposición al anterior, el estado de excepción decidió constreñirse a las alteraciones del orden público, y así resulta tanto del introductorio artículo 13.1¹¹ como de las concretas medidas previstas en los artículos 16 a 27 de la LOAES (detenciones de personas, inspecciones y registros domiciliarios, intervención de las comunicaciones, control de transportes y mercancías, prohibición de desplazamientos, suspensión de publicaciones y emisiones, restricciones y disolución de reuniones y manifestaciones, prohibición de huelgas o incautación de armas y municiones, entre otras), todas ellas orientadas a combatir los efectos derivados de circunstancias de dicha naturaleza. Pero, muy especialmente, de su artículo 28, conforme al cual «*Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley*», de donde se evidencia claramente la divergencia entre los presupuestos habilitantes de uno y otro estado.

A la misma conclusión se llega mediante la lectura de los debates parlamentarios en relación con este último precepto. Concretamente, en el debate del Pleno cele-

¹¹ Dispone el referido artículo 13.1 que «*Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción*» (el subrayado es añadido).

brado el 22 de abril de 1981¹², los grupos parlamentarios comunista y nacionalista vasco en el Congreso defendieron la necesidad de supresión de dicho artículo, fundamentada en que —en palabras del señor Solé Tura— *«Nos encontramos, por tanto, con una superposición de los dos estados: del estado de alarma y del estado de excepción y eso está en contradicción con lo que dispone el artículo 116 de la Constitución que distingue muy claramente un estado del otro e incluso en el proyecto que ahora estamos discutiendo, pues SS. SS. recordaran que en el primitivo proyecto de la Ley de Seguridad Ciudadana existía una cierta continuidad entre los dos estados. Eso se ha cambiado de modo que el estado de alarma es una cosa y el de excepción otra y, sin embargo, en este artículo 28 estamos superponiendo los dos estados estableciendo que las medidas de uno son aplicables dentro del otro por una autoridad distinta a la inicialmente prevista»*. Por su parte, en la respuesta en defensa de la redacción de la norma que fue finalmente aprobada, y que ha llegado a nuestros días, el diputado de la UCD, señor Alzaga Villaamil, coincidía en recalcar la diferencia de presupuestos habilitantes entre uno y otro estado, explicando que la previsión contenida en el artículo 28 responde al caso en que *«se pueda dar la hipótesis de que cuando unas circunstancias singulares de las previstas en el artículo 4.º, como pueden ser una catástrofe, determinadas calamidades, situaciones de desabastecimiento, etcétera, que traigan causa o —como dice S. S.—, sean conexas con la situación de orden público»*. De donde, al margen de otras discrepancias, se evidencia la sintonía entre los parlamentarios en cuanto a la distinción de causas determinantes de la declaración de ambos estados¹³.

Finalmente, el estado de sitio quedó reservado para insurrecciones o actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pudieran ser resueltos por otros medios, como resulta del artículo 32 de la LOAES. En definitiva, se trata de sublevaciones armadas o crisis de Estado, siendo heredero del «estado de guerra» contemplado en las Leyes

¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 161, 22 de abril de 1981, pp. 9944 a 9949.

¹³ La posibilidad de aplicación simultánea de varios estados de crisis en nuestro ordenamiento jurídico, dada su diferente naturaleza y presupuestos, ha sido defendida por algunos autores, como RUIZ MIGUEL, Carlos [«Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español». *Diario La Ley*, n.º 9656, Sección Tribuna, 18 de junio de 2020] o CRUZ VILLALÓN, Pedro [«El nuevo derecho de excepción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, 1981, p. 111]; declaración simultánea que, en cambio, no considera viable la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular a la STC 148/2021. Esta cuestión también se abordó, si bien tangencialmente, en los debates parlamentarios de la LOAES, en los que el diputado de la UCD, señor Alzaga Villaamil, manifestó que *«Yo no conozco en el Derecho comparado que en un determinado momento, en un país, se sumen dos estados excepcionales; serían estado de excepción más estado de alarma»*, de donde probablemente se explique el tenor del art. 28 de aquella norma.



de Orden Público de 1933 y 1959 y guardando un amplio paralelismo con la «Martial Law» inglesa o «L'état de siège» francés en Derecho comparado, como se reconocía en la Memoria del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 1979.

Nos hemos querido detener muy especialmente en la delimitación entre los distintos estados de crisis pues, lejos de ser una cuestión baladí o ya superada, cobra especial relevancia a la vista del razonamiento contenido en el FJ 11 de la STC n.º 148/2021, de 14 de julio, que analizaremos detenidamente en el apartado 5, y es especialmente trascendente para poder comprender tanto su contenido como el alcance y efectos del mismo.

b) Limitación y suspensión de derechos durante los estados excepcionales y fuera de ellos

La suspensión de derechos y libertades se encuentra prevista, a nivel constitucional, en su artículo 55.1 (único precepto del capítulo V del título I, específicamente referido a esta cuestión), en el que se advierte que *«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»*. Como puede observarse, ninguna mención se realiza en este precepto al estado de alarma, quedando reservada, por tanto, la posibilidad de suspender los derechos y libertades que en el mismo se contemplan a los estados de excepción y de sitio.

Distinta de la suspensión es la limitación de tales derechos y libertades pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional desde antiguo, el contenido de aquellos no es absoluto, sino que puede y debe encauzarse o restringirse en la medida en que entre en colisión con otros derechos y libertades constitucionalmente consagrados¹⁴. A la hora de trazar dichos límites, la jurisprudencia constitucional

¹⁴ Por todas, la STC 24/2015, en cuyo FJ 4 se recuerda *«nuestra conocida doctrina sobre el carácter limitado y no absoluto de los derechos fundamentales. En concreto, para el derecho de reunión y manifestación lo recordábamos en la STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3, donde dijimos: “[e]n efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales” (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2)»*.

ha venido atendiendo a lo que en ocasiones ha dado en calificar como «contenido indisponible», «contenido mínimo» o «núcleo esencial» del derecho en cuestión¹⁵.

En congruencia con la regulación constitucional, la LOAES únicamente prevé la suspensión de derechos para los estados de excepción y de sitio, pero no para el de alarma. Resultan muy clarificadoras al respecto las previsiones contempladas en torno a una de las libertades que más ha sufrido durante la crisis sanitaria, cual es la libertad de circulación. Así, mientras que para el estado de alarma, el artículo 11.a) de aquella norma permite «Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos», para el estado de excepción, su artículo 20.1 autoriza a «prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir». En todo caso, ambos supuestos están directamente afectados por el límite impuesto en el artículo 1.2 —por tratarse de una disposición común a los tres estados—, en el que se consagran los principios de proporcionalidad y de limitación de la duración y contenido de las medidas adoptadas al amparo de los mismos a lo estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad.

En materia de duración de las medidas, deben tenerse en cuenta, además del límite común arriba mencionado, los límites específicos de uno y otro estado. Así, la duración inicial del estado de alarma, al ser declarado por decreto del Consejo de Ministros, es de un máximo de quince días naturales; sin embargo, con la correspondiente autorización parlamentaria puede autorizarse su prórroga, sin que dicha prórroga esté sujeta a un plazo máximo específico (arts. 116.2 CE y 6.2 LO 4/1981). Por su parte, el estado de sitio tampoco tiene fijado un plazo de duración máximo, siendo declarado directamente por el Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara, que determinará su extensión temporal (arts. 116.4 CE y 32.2 LO 4/1981). En cambio, el estado de excepción es el único de los tres para el que sí se prevé un plazo máximo, que no podrá

¹⁵ En el FJ 4 de la STC 148/2021 se recogen las distintas fórmulas con las que se ha abordado en sus resoluciones esta cuestión, de modo que «en algunos casos, se ha identificado un «contenido absoluto» de los derechos, un «núcleo irrenunciable» de los mismos que «puede alcanzar proyección universal» (entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8, y 26/2014, de 11 de marzo, FJ 4). En otros, se habla de un «contenido constitucional indisponible» (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, o 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3). Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un «contenido central». Mientras que las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un «contenido esencial mínimo», sino también un «contenido adicional» integrado por «derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional», cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado».



exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con lo que, a lo sumo, podrá tener una duración límite de sesenta días (arts. 116.3 CE y 15.3 LO 4/1981).

Centrándonos en los efectos del estado de alarma, en la medida en que ha sido el aplicado para combatir los efectos de la crisis sanitaria, interesa destacar dos cuestiones:

- A nivel competencial, la autoridad competente pasa a ser, con carácter general, el Gobierno de la Nación, que podrá nombrar autoridades competentes delegadas (art. 7). Como consecuencia de ello, todas las autoridades civiles, integrantes de los cuerpos de Policía, funcionarios y trabajadores al servicio de las distintas Administraciones afectadas por el ámbito territorial de la declaración, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares (art. 9).
- En el ámbito sustantivo, el estado de alarma posibilita la adopción de todas o algunas de las medidas contempladas en sus artículos 11 y 12, entre las que se encuentra, tal y como se avanzó anteriormente, la limitación o condicionamiento a la circulación o permanencia de personas o vehículos en los términos que se señalan¹⁶. Aun a riesgo de pecar de excesiva insistencia, cabe enfatizar en este punto, por su trascendencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las medidas adoptadas durante la vigencia de aquel en pandemia, que dicho precepto permite limitar, pero no suspender, tales libertades, supeditándolo a que tales limitaciones de produzcan *«en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos»*.

Al margen del estado de alarma, es importante poner de manifiesto que muchas de las medidas previstas en el mismo no requieren de su declaración, sino que pueden ser igualmente adoptadas por las autoridades sanitarias en situaciones de normalidad constitucional, al amparo de normas con rango de ley, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. No en vano, los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución contienen una reserva de ley (orgánica, en el segundo de ellos) para el desarrollo —y, por ende, los límites— de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin que sea necesario subvertir el orden constitucional de competencias al efecto.

¹⁶ Otras restricciones contempladas en tales preceptos son la posibilidad de practicar requisas temporales de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción, además de las restantes medidas previstas en las distintas normas sectoriales aplicables.

En cuanto a los supuestos en que basta acudir a la ley ordinaria o debe emplearse ley orgánica, han sido analizados por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, entre las que pueden citarse las SSTC 49/1999, 292/2000, 169/2001 y 53/2002, que establecen que toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas precisa una habilitación legal; habilitación que deberá revestir el rango de ley orgánica cuando incida directamente en su desarrollo o afecte a su contenido esencial, por mor del art. 81.1 CE, pudiendo realizarse mediante ley ordinaria en los restantes casos en los que se regule o condicione de algún modo su ejercicio, de conformidad con el art. 53.1 CE¹⁷.

Esta posibilidad se ha evidenciado tras el decaimiento de los distintos estados de alarma —tanto del primero, que desembocó en lo que se dio en denominar como situación de «nueva normalidad»¹⁸, como del tercero—, tras los cuales se han seguido adoptando distintas medidas limitativas para tratar de contener o frenar la propagación de los contagios, muchas de las cuales resultan parcial o totalmente coincidentes con las declaradas durante la vigencia de aquellos (toques de queda, confinamientos perimetrales, horarios de cierre y limitaciones de aforos en establecimientos, distancia interpersonal y uso obligatorio de mascarillas, etc.)¹⁹.

¹⁷ Precisaba la STC 292/2000 en su FJ 11 que los límites a los derechos fundamentales «o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental [que requeriría, por tanto, de ley orgánica, ex art. 81.1 CE]. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

¹⁸ La aterradora expresión de «nueva normalidad» llegó incluso a acuñarse a nivel normativo, como consecuencia del que se denominó como «Plan para la transición hacia una nueva normalidad» (también conocido como Plan de desescalada, que preveía el levantamiento gradual de las restricciones en cuatro fases), así como de las sucesivas normas dictadas en plasmación y desarrollo del mismo (e.g., art. 6.2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio; Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo; Orden SND/387/2020, de 3 de mayo; Orden SND/399/2020, de 9 de mayo; Orden SND/404/2020, de 11 de mayo; Orden SND/414/2020, de 16 de mayo; Orden SND/440/2020, de 23 de mayo; Orden SND/458/2020, de 30 de mayo; Orden SND/487/2020, de 1 de junio, etc.).

¹⁹ La restricción de derechos y libertades en periodos de normalidad constitucional ha llegado hasta el punto de denunciar CRUZ VILLALÓN, Pedro, que nos encontramos ante «un estado de derecho sometido a un progresivo proceso de degradación, y ello sobre la base de incorporar de forma estable y permanente a su ordenamiento instituciones hasta ahora tradicionalmente relegadas a los periodos excepcionales», advirtiendo que «de poco sirve extremar las garantías de los estados excepcionales si, mediante una interpretación forzada de la Constitución se va transformando progresivamente al «régimen de normalidad» todo el arsenal propio de los estados excepcionales. Es un camino por el que se puede llegar a la situación surrealista de que el derecho de excepción ofrezca más garantías que el régimen normal del orden constitucional» [«El nuevo derecho de excepción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, 1981, p. 111].



Resulta llamativo que tales medidas no hayan sido adoptadas al amparo de nuevas normas, dictadas a raíz del advenimiento de la crisis sanitaria con el propósito de dotar a los poderes públicos de mecanismos adecuados y eficaces de actuación frente al virus, sino que han descansado en disposiciones previas, muchas de ellas antiguas, que coexistían pacíficamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya aplicación práctica ha pasado de ser residual y principalmente limitada a sujetos individualizados o individualizables, a extenderse a grupos genéricos e indeterminados de personas (por lo general, a municipios enteros, cuando no a comarcas, provincias, islas o comunidades autónomas en su conjunto, aunque en el caso específico madrileño —como también en el castellanoleonés—, se optó por atender a unidades menores y de naturaleza específicamente sanitaria, como fueron las zonas básicas de salud).

Así, entre dichas normas, pueden destacarse las siguientes:

- Artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En particular, el art. 1 habilita para que *«Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad»*, en tanto que el art. 3 autoriza a que *«Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»*.
- Artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: *«1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó»*.
- Artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: *«Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Ad-*

ministración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

- En el específico caso autonómico madrileño, el artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que incluye entre las funciones de autoridad sanitaria, en sus apartados a) y b), respectivamente, *«La adopción cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y especialmente en los supuestos contemplados en sus artículos 2 y 3»* y *«La adopción de cualquier otra medida necesaria en función del análisis de los determinantes del proceso salud-enfermedad en la Comunidad de Madrid».*

Sin embargo, estas leyes, además de exigir la observancia de la debida proporcionalidad en su adopción, circunscriben las medidas a adoptar al ámbito de las competencias respectivas de cada Administración actuante, como no podría ser de otra manera, puesto que en caso contrario se estaría incurriendo en una invasión competencial y consiguiente inconstitucionalidad de cualquier disposición o actuación que excediera de dicho ámbito. Esta es, pues, una diferencia esencial con el estado de alarma, en el que, como se ha visto, la autoridad competente será siempre el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de la facultad de delegación, incluso en presidentes autonómicos, cuando el ámbito territorial de la emergencia se circunscriba total o parcialmente a su territorio.

De la breve exposición normativa que hemos realizado pueden anticiparse ya unas conclusiones preliminares, sin perjuicio del ulterior examen de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con el primer y tercer estado de alarma:

- i) En primer lugar, y contrariamente a la que ha sido durante bastante tiempo una creencia popular generalizada, el ordenamiento ofrece armas para afrontar los supuestos de crisis sanitarias dentro y fuera del estado de alarma, por lo que, en un contexto de legalidad ordinaria, y sin necesidad de declarar aquel, pueden imponerse restricciones de notable intensidad para combatir la pandemia. Esta consecuencia no pasó desapercibida para el legislador a la hora de desarrollar el artículo 116 de la Constitución mediante la LOAES, hasta el punto de que llegó a afirmarse la inutilidad del estado de alarma y a proponerse su supresión²⁰.

²⁰ Ya en los propios debates constitucionales, la enmienda n.º 692, formulada por el Grupo Parlamentario Comunista, proponía la supresión del estado de alarma, puesto que, en palabras de su diputado don Jordi Solé Tura, *«Nos parece innecesario constitucionalizar esto, porque el estado de alarma, o se explica para circunstancias excepcionales, en casos de cataclismos, etc., en cuyo caso el Gobierno tiene poderes suficientes para hacerle frente, y si no es así, y se mantiene el estado de alarma, sin*



- ii) A pesar de ello, sí existen diferencias entre una situación de legalidad ordinaria y el estado de alarma pues, aunque en ambos supuestos se encuentra constitucionalmente vedada la suspensión de derechos y libertades, este último permite una alteración en la distribución competencial entre Administraciones territoriales, siendo quizá esta centralización de competencias y decisiones, en un Estado fuertemente descentralizado como es España, su principal virtualidad²¹.
- iii) Al margen de la cuestión competencial, el estado de alarma también presenta otra diferencia de gran interés, que se ha puesto de manifiesto especialmente tras las recientes reformas de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) en materia de autorización y ratificación de medidas limitativas de derechos y libertades. En efecto, mientras que en una situación de legalidad ordinaria cualquier medida de dicha naturaleza requiere la aquiescencia judicial, por así exigirlo los artículos 8.6, 10.8²² y 11.1.i) de la LJCA, durante el estado de alarma, es el real decreto que lo declara, o los sucesivos que lo prorroguen previa autorización parlamentaria, los que contemplan las medidas que pueden adoptarse, en el marco de los artículos 11 y 12 de la LOAES²³.

especificar además ni a qué derecho se refiere, puesto que en definitiva no se dice nada al respecto, puede ocurrir que ese estado sirva para limitar derechos sin decirlo, y en ese sentido nos parece mejor eliminar esto, puesto que si se trata de circunstancias excepcionales que exijan limitación de derecho, ya existe para ello el estado de excepción y el estado de sitio» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 17, 8 de junio de 1978, p. 3074).

²¹ Esta característica no ha pasado desapercibida para algunos autores, entre los que se encuentra NOGUEIRA LÓPEZ, Ana, para quien *«parecería que el efecto distintivo de la declaración del estado de alarma es el competencial»* [«Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista, IUSTEL*, n.º 86-87, 2020, p. 29].

Es más, en la propia Memoria del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana se aludía a *«la lógica concentración de atribuciones administrativas»* (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de septiembre de 1979, serie A, n.º 73-I, p. 360).

²² La constitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la DF 2.ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, ha generado un gran debate del que se hace eco el propio Tribunal Supremo en su sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (rec. 3375/2021), al comienzo de su FJ 4. Debe igualmente advertirse que, en relación con este precepto, sido admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6283/2021, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

²³ La innecesidad de ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades competentes delegadas durante el tercer estado de alarma fue contemplada expresamente en el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, conforme al cual *«Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa»*.

- iv) Corolario de la anterior característica es el régimen de impugnación de las disposiciones limitativas de derechos. De este modo, mientras que durante los periodos de legalidad ordinaria estas se han venido imponiendo, a nivel autonómico, por medio de disposiciones generales de rango reglamentario (generalmente órdenes²⁴) dictadas al amparo de las normas sectoriales sanitarias anteriormente reseñadas y, por tanto, susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los reales decretos que declaran y prorrogan los estados de alarma tienen fuerza de ley²⁵, por lo que únicamente resulta posible su revisión ante el Tribunal Constitucional, a través de alguno de los procedimientos de inconstitucionalidad regulados en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

A la vista de lo anterior, podría afirmarse indiciariamente que el estado de alarma no afecta tanto al qué (las concretas medidas que se puedan adoptar), cuanto al quién (esto es, al concepto de autoridad competente y autoridades competentes delegadas) y al cómo (en cuanto a la necesidad de autorización o ratificación judicial de las disposiciones que acuerden la limitación de derechos y libertades, así como su régimen de control jurisdiccional).

3. Estados de alarma y «nuevas normalidades»

Tras unas semanas iniciales de desconcierto, fue promulgado el ya citado Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria. Su duración inicial, de conformidad con su artícu-

²⁴ En el caso de la Comunidad de Madrid, cabe destacar la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, aplicable durante todo el periodo de «nueva normalidad», y la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, aplicable tras la finalización del tercer estado de alarma. Ambas órdenes constituyen un ejemplo de buena técnica normativa, dado que compendian, en una única disposición, la totalidad de las medidas aplicables *ratione temporis* a nivel autonómico madrileño (a excepción de la determinación de zonas básicas de salud confinadas, que se iban actualizando mediante órdenes semanales que se publicaban los sábados), evitando la proliferación de multiplicidad de normas dispersas, de contenido cambiante y generadoras de inseguridad jurídica, como sucedió en otros ámbitos territoriales.

²⁵ Así lo declaró la STC 83/2016, más adelante analizada. Como consecuencia de lo anterior, únicamente resultan impugnables de forma directa a través de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, con la legitimación más limitada que presentan estos. Todo ello, sin perjuicio de su impugnación indirecta, a través de las disposiciones y actos dictados en aplicación de los mismos, como expresamente se recuerda en su FJ 11.



lo 3, quedó fijada en quince días naturales —el máximo que permite el artículo 116.2 de la Constitución Española sin autorización del Congreso de los Diputados—, si bien fue posteriormente prorrogada hasta en seis ocasiones²⁶.

A dicho estado de alarma inicial le seguirían otros dos. El segundo, declarado por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, quedó constreñido a un ámbito geográfico muy determinado, integrado por nueve municipios²⁷ de la Comunidad de Madrid, entre los cuales se encontraba su capital.

Su duración también fue la más limitada de todas, pero la ausencia de su prórroga no fue debida a un levantamiento de las medidas restrictivas, sino a la generalización de las mismas a nivel nacional nuevamente, como consecuencia de la declaración del tercer —y más extenso— estado de alarma por medio del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Este último estado de alarma se caracterizó, en lo que respecta a su duración, por una diferencia —de gran relevancia a efectos de su control parlamentario, según se examinará en el apartado 5— con respecto del primero, consistente en que, si aquel fue prorrogado en sus seis ocasiones por el Congreso de los Diputados en periodos de quince días cada uno, este lo fue en una única ocasión, por un periodo de seis meses, mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, siendo autorizada la prórroga por la Cámara baja en sesión plenaria de 29 de octubre de 2020. De este modo, se extendió desde el 25 de octubre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021.

²⁶ Las referidas prórrogas se declararon y autorizaron, respectivamente, (i) por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, hasta las 00:00 horas del 12 de abril de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados adoptado en sesión plenaria de 25 de marzo de 2020, (ii) por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, hasta las 00:00 horas del 26 de abril de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 2020, (iii) por Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, hasta las 00:00 horas del 10 de mayo de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 22 de abril de 2020, (iv) por Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, hasta las 00:00 horas del 24 de mayo de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 6 de mayo de 2020, (v) por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, hasta las 00:00 horas del 7 de junio de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 20 de mayo de 2020, y (vi) por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 2020.

²⁷ De conformidad con su artículo 2, los municipios afectados fueron Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

Como consecuencia de ello, una situación que inicialmente se suponía transitoria y breve se prolongó durante casi diez meses si se suman los tres estados de alarma; plazo que fue excedido en los nueve municipios madrileños que fueron objeto del segundo.

En cuanto a las medidas adoptadas, las mismas difirieron no ya entre los tres estados de alarma, sino incluso durante el periodo de vigencia de cada uno de ellos. Tales diferencias se analizarán detenidamente por Cristina RECARTE LLORENS a propósito de las «*Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid*». Baste recordar, *grosso modo*, en este momento, que las medidas más severas se aprobaron en el primero, durante el cual, en lo tocante a la libertad de circulación, se acordó el confinamiento domiciliario ahora declarado inconstitucional, mientras que el segundo se limitó a restringir la entrada y salida de los nueve municipios madrileños afectados por su declaración y el tercero, nuevamente de ámbito nacional, impuso igualmente cierres perimetrales, pero a nivel autonómico —de manera que quedaba vedada la libre circulación entre regiones salvo por causas tasadas—, así como el toque de queda en horario nocturno.

Al igual que sucedió con las medidas adoptadas, tampoco las autoridades competentes delegadas permanecieron inmutables entre estados de alarma ni durante los mismos. Así, en el primero de ellos, fueron inicialmente autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad, los titulares de las carteras de Defensa; Interior; Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; y Sanidad (art. 4 del Real Decreto 463/2020). Sin embargo, con ocasión de la quinta prórroga, y durante su periodo de vigencia, el art. 6 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, pasó a considerar como única autoridad competente delegada al Ministro de Sanidad, volviendo a atribuir a las Administraciones competentes el ejercicio de las funciones de policía y seguridad ciudadana previstas en el art. 5 del Real Decreto 463/2020. Y, por último, en la sexta y última prórroga, el art. 6 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, designó como autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la Fase 3 (salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excediesen de su ámbito territorial), así como para decidir su superación, a los presidentes de las distintas comunidades autónomas. Por su parte, en el segundo estado de alarma, el art. 4 del Real Decreto 900/2020 se limitó a señalar como autoridad competente al Gobierno, sin concreción de delegaciones. Y en el tercero, fue autoridad competente el Gobierno y autoridades competentes delegadas los respectivos presidentes de comunidades autónomas o ciudades con Estatuto de autonomía²⁸.

²⁸ La designación de los presidentes de comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía como autoridades competentes delegadas ha sido posteriormente declarada inconstitucional y nula por la STC n.º 183/2021, de 27 de octubre (*vid* apartado 5 *in fine* del presente trabajo).



Entre el primer y los segundo y tercer estados de alarma transcurrieron apenas cuatro meses que fueron bautizados como el periodo de «nueva normalidad»; periodo durante el cual, al haber cesado aquel marco constitucional excepcional, las distintas administraciones públicas recuperaron el ejercicio ordinario de sus competencias.

En todo caso, durante este periodo fueron adoptándose numerosas medidas limitativas de derechos y libertades, especialmente a finales del verano y comienzos del otoño de 2020, a medida que fue incrementándose nuevamente el número de contagios por coronavirus tras las primeras semanas de relativa tranquilidad experimentadas al comienzo de esta etapa, como consecuencia de la baja incidencia acumulada registrada tras el confinamiento. Tales medidas, como ya se ha tenido ocasión de avanzar, guardaron una gran similitud en su contenido (cierres perimetrales, toques de queda, limitaciones de horarios de apertura de locales, establecimiento de aforos, etc.) con las adoptadas durante la vigencia del segundo y tercer estado de alarma, variando naturalmente en uno y otro caso tanto las autoridades autoras como la necesidad de ratificación judicial de las mismas.

Dada la semejanza de su contenido, huelga afirmar que muchas de ellas produjeron una afectación, más o menos intensa según los casos, a distintos derechos fundamentales y libertades públicas, habiendo dado lugar a un extenso número de resoluciones judiciales por parte de la jurisdicción ordinaria antes de producirse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, por su interés y trascendencia en lo que se refiere a la protección de aquellos, conviene analizar con carácter previo a la doctrina sentada por este último.

Y lo mismo ha sucedido tras la finalización del tercer estado de alarma, tras el cual diversas comunidades autónomas han ido sometiendo a ratificación judicial, con distinta fortuna, nuevas medidas restrictivas.

4. Jurisprudencia ordinaria

Uno de los grandes retos que ha supuesto esta pandemia ha sido la inexistencia de precedentes o, por lo menos, de situaciones remotamente asimilables, desde el establecimiento del actual marco constitucional, e incluso desde mucho antes, pues para encontrar una calamidad sanitaria de proporciones comparables a la experimentada habría que remontarse a la mal llamada gripe española, ocurrida hace ya más de un siglo. Pues si bien es cierto que, en los lustros recientes, han existido otras amenazas y crisis sanitarias (recuérdense, por citar algunos ejemplos en su denominación coloquial, los casos de las vacas locas, la gripe aviar, la peste porcina, la gripe A o el ébola), todas ellas fueron resolviéndose sin generar una afectación de tal intensidad

y extensión entre la población y, en consecuencia, sin necesidad de una respuesta que implicase un reto jurídico de tal magnitud como el vivido recientemente.

Ante la consecuente ausencia de pronunciamientos previos por parte del Tribunal Constitucional que hubiesen sentado doctrina sobre la materia, los órganos de la jurisdicción ordinaria se vieron obligados a tener que interpretar la Carta Magna huérfanos de parámetros de enjuiciamiento constitucional relativos al alcance y extensión de los estados de alarma. Y, si bien es cierto que la interpretación de la Constitución no es una cuestión ajena a nuestros Juzgados y Tribunales, en un sistema en el que *«todo juez es un juez constitucional»*²⁹, dada la vinculación de todos los poderes públicos a sus mandatos (art. 9.1 CE) y, en particular, de los órganos jurisdiccionales (art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), su plasmación práctica se dificultaba sobremedida en un ámbito en el que, por un lado, la aplicación del texto constitucional resulta especialmente intensa³⁰ y, por otro, los principios de igualdad y seguridad jurídica hubieran demandado, idealmente, una respuesta lo más homogénea posible. Todo ello, unido a la imperiosa urgencia con la que habían de examinarse los asuntos, debido a las acuciantes necesidades derivadas de la protección de la salud.

En este contexto, los distintos órganos judiciales desarrollaron una, muchas veces, encomiable labor de innovación e integración jurídicas, que ha sido cuidadosamente examinada por Fernando MUÑOZ EZQUERRA y Mercedes RUS MORENO en su análisis de *«La ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas durante la crisis del COVID-19»*. Nos detendremos aquí, por tanto, exclusivamente en lo que toca a los juicios de constitucionalidad contenidos en tales resoluciones.

- i) A tal efecto, un primer momento relevante de pronunciamientos judiciales sobre el particular se produjo con ocasión de la Fiesta del Trabajo celebrada el 1 de mayo de 2020, toda vez que las limitaciones impuestas por el artícu-

²⁹ Como señaló la STC 50/1984, de 5 de abril, al comienzo de su FJ 3, *«La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al "plano de la constitucionalidad" y la jurisdicción ordinaria al de la "simple legalidad", pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada»*.

³⁰ Desarrollando a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, consideraba DíEZ PICAZO, Luis, que si existe un supuesto en el que se pueda producir una aplicación directa de la Constitución por los Tribunales de Justicia, ese es el de la tutela de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección, pues en tales casos el juzgador deberá acudir al texto constitucional como parámetro directo de enjuiciamiento y no a través de una aplicación mediata [«Constitución, Ley, Juez». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, n.º 15, 1985, p. 19].



lo 7 del Real Decreto 463/2020 afectaban, al menos indirectamente, al derecho de manifestación que, como variante del derecho de reunión, se consagra con el rango de derecho fundamental en el artículo 21.2 de la Constitución.

Así, en un lapso de dos o tres días se dictaron numerosas resoluciones por diversos Tribunales Superiores de Justicia, en recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a actos denegatorios de manifestaciones a lo largo del territorio nacional. Al encontrarse vigente el primer estado de alarma y emanar las resoluciones denegatorias de las distintas delegaciones del Gobierno, se trató de recursos interpuestos por particulares, personas físicas o jurídicas, que fueron resueltos por sentencia. La mayoría de ellas declararon la conformidad a derecho de los actos administrativos recurridos y, por ende, confirmaron la procedencia de la denegación de autorización de las manifestaciones, por entender que los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud consagrados en los artículos 15 y 43 de la Constitución habían de prevalecer sobre el derecho a manifestarse de su artículo 21.2. Así sucedió, en el caso madrileño, con la STSJ de Madrid n.º 195/2020, de 30 de abril (rec. 306/2020), que avaló la decisión de la Delegación del Gobierno, puntualizando además que la misma no se sustentaba en la aplicación del Real Decreto 463/2020, sino en la *«necesidad de evitar la difusión de la pandemia con sus secuelas de contagios, fallecimientos y enfermos»*, y aplicando, en consecuencia, un criterio puro de ponderación entre bienes jurídicos protegidos.

Llamativamente, la ratificación judicial de los actos administrativos denegatorios tuvo carácter mayoritario incluso en el caso de manifestaciones a bordo de vehículos, si bien debe tenerse en cuenta que, en aquella época, la pandemia era aún incipiente (apenas había transcurrido un mes y medio desde la declaración del estado de alarma y dos meses desde las primeras medidas de protección) y los efectos y forma de difusión del virus resultaban bastante desconocidos. Pueden citarse entre estos pronunciamientos la STSJ de Galicia n.º 136/2020, de 28 de abril (rec. 152/2020) que, a diferencia de la de Madrid, sí aludía específicamente en su fundamentación a la normativa reguladora del estado de alarma cuando afirmaba que *«la celebración de una manifestación formando caravana a bordo de vehículos no se encuentra entre dichas actividades [permitidas por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020]»*, la STSJ de Castilla y León n.º 90/2020, de 30 de abril (rec. 1/2020) o la STSJ de Navarra n.º 70/2020, de 30 de abril (rec. 134/2020), que avaló la prohibición de una caravana de tan solo veinte vehículos, por entender que *«el riesgo es evidente atendido el número de vehículos que se van a mover, la duración de la caravana reivindicativa y (...) sin haberse si quiera propuesto medidas de desinfección de los turismos»*, considerando además que *«el uso*

de vehículos a motor no disminuye el riesgo de contagio sino que puede incluso incrementarlo, puesto que los vehículos son vectores del COVID 19».

Sin embargo, no todo fueron resoluciones desestimatorias. Sin ir más lejos, el mismo TSJ de Navarra, en otra sentencia dictada en el mismo día y por la misma ponente —Ilma. Sra. Dña. María Jesús Azcona Labiano— estimó un recurso y anuló una resolución denegatoria de una concentración simbólica de seis personas en Pamplona. Se trata de la sentencia n.º 69/2020, de 30 de abril (rec. 133/2020), en la que se afirmaba que *«Sabido es que el derecho de reunión como derecho fundamental no ha sido suspendido por el Decreto que declara el estado de alarma, no puede hacerlo; en todo caso debe entenderse que ha podido quedar limitado o restringido. Es cierto que tras el estado de alarma, las restricciones pueden ser más intensas habida cuenta de la situación de crisis sanitaria que sufre el país, pero por muy amplias que hayan sido las limitaciones o restricciones, ninguna ha comportado la suspensión de derechos fundamentales de los ciudadanos (...) Y a juicio de esta Sala, considerar el contexto de la actual crisis sanitaria existente, no puede significar que la Autoridad competente impida absolutamente el ejercicio de derecho de reunión. Dicho de otro modo no puede llevar a la Administración, en la práctica, en todo caso, y de plano, a la denegación de la concentración estática y reducida que nos ocupa, so pena de dejar el derecho de reunión vacío de contenido».*

En la misma línea se pronunciaba el que seguramente haya sido el Tribunal Superior de Justicia uniformemente más crítico con las medidas administrativas adoptadas durante los estados de alarma y el más celoso con la garantía de los derechos y libertades. Se trata del TSJ de Aragón, que ya en su sentencia n.º 151/2020, de 30 de abril (rec. 112/2020) advirtió que *«El estado de alarma no ampara la suspensión de ningún derecho. Pero, menos, limitación ninguna del derecho de reunión y libre manifestación»*, autorizando de este modo una marcha de sesenta vehículos por el centro de Zaragoza.

A este periodo corresponde también el ATC de 30 de abril de 2020, sobre el que incidiremos por razones sistemáticas en el siguiente apartado. Baste señalar en este momento que fue el único supuesto de un recurso de amparo frente a una sentencia —en este caso, del TSJ de Galicia— en la materia que llegó a acceder al Tribunal Constitucional, si bien resultó inadmitido.

En las siguientes semanas continuaron dictándose resoluciones sobre el particular, si bien se observó una tendencia tímidamente más proclive a la autorización de manifestaciones en las que los organizadores ofreciesen ciertas garantías de seguridad durante su desarrollo, lo que resultaba ya más congruente con una bien entendida distinción entre limitación y suspensión (ma-



terial) del derecho. Así, frente a la STSJ de Extremadura n.º 118/2020, de 12 de mayo (rec. 1/2020), que confirmó la denegación de una manifestación de tan solo treinta personas en Mérida bajo el cuestionable argumento de que no resultaría descartable que el propósito de los promotores fuese el de exceder dicho número para lograr el mayor éxito posible de la convocatoria, la STSJ de Castilla y León n.º 462/2020, de 21 de mayo (rec. 357/2020) anuló las resoluciones de las subdelegaciones del Gobierno en las nueve provincias castellanoleonesas que prohibieron las manifestaciones convocadas por el partido político Vox en forma de caravana, y la STSJ de Madrid n.º 214/2020, de 21 de mayo (rec. 319/2020) autorizó asimismo una manifestación promovida por el PCPE en Madrid, habida cuenta de que en la misma participarían un máximo de cincuenta personas, manteniendo una distancia mínima interpersonal de tres metros, provistas con mascarillas y guantes y adoptando las restantes medidas de seguridad señaladas por los organizadores. Citamos específicamente estos dos últimos casos como muestra de la evolución señalada puesto que, tan solo dos semanas antes, ambos TSJ rechazaron sendas manifestaciones en dos sentencias citadas *ut supra*.

- ii) Un segundo gran momento de pronunciamientos judiciales se produjo tras la cesación del primer estado de alarma y con anterioridad a la declaración del segundo y tercero, en la conocida como fase de «nueva normalidad», frente a las órdenes dictadas por las distintas Comunidades Autónomas acordando restricciones, una vez recobrado el ejercicio de sus potestades ordinarias. En esta segunda etapa, el objeto del examen judicial no eran actos administrativos sino disposiciones generales, y mayoritariamente no se trataba de recursos contencioso-administrativos interpuestos por particulares, sino de solicitudes de autorización o ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales instadas por los propios gobiernos autonómicos autores de aquellas, por lo que fueron resueltas mediante autos. Además, fue en esta fase cuando se produjo una primera modificación de la LJCA, de modo que la competencia para conocer de dichas solicitudes, cuando sus destinatarios no se encontraran identificados individualmente, pasó de los juzgados de lo contencioso-administrativo a las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con carácter general, los autos dictados durante este periodo fueron más homogéneos en cuanto a la fundamentación jurídica y, desaparecido el marco habilitante del estado de alarma, tendían a ampararse todos ellos en una serie de normas a las que ya aludíamos en el apartado anterior: artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; artículos 27 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud

Pública, así como las respectivas normas sectoriales autonómicas (en el caso de la Comunidad de Madrid, artículo 55.1.a) de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid)³¹.

En su gran mayoría, la ratificación se fundaba —en palabras del ATSJ de Extremadura de 21 de septiembre de 2020— en que *«Las medidas no suponen una limitación absoluta de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo II del título I de la Constitución, sino una restricción o limitación (...), pero sin supresión de la referida actividad, con una limitación temporal»*, además de considerar las medidas como idóneas y proporcionadas.

No obstante, también existieron supuestos de denegación de la ratificación solicitada cuando los tribunales consideraron que las medidas propuestas traspasaban la difusa línea que separa la limitación de la suspensión de derechos. Así, por ejemplo, el ATSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, n.º 229/2020, de 1 de octubre (rec. 753/2020), autorizó todas las medidas contempladas en la Orden SAN/963/2020, de 25 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, para la contención del COVID-19 en el municipio burgalés de Miranda de Ebro, a excepción de la interdicción temporal de visitas a los centros residenciales de mayores y de salida de los residentes pues, a pesar de reconocer que se trataba de un colectivo especialmente vulnerable y afectado por los estragos de la pandemia, constató que la medida propuesta *«en tanto en cuanto no permite, bajo ningún concepto, la salida de las personas mayores de los centros residenciales supone la suspensión —y no solo la limitación o restricción— de su libertad de movimientos, por lo que no puede ser ratificada»*.

- iii) Aunque seguramente el derecho fundamental más afectado, y sobre el cual han recaído mayor número de pronunciamientos, haya sido la libertad de

³¹ En esta línea pueden citarse, a título ilustrativo, el ATSJ de Extremadura de 21 de septiembre de 2020 (rec. 391/2020), sobre medidas limitativas en el municipio de Bajadoz; el ATSJ de Galicia n.º 83/2020, de 23 de septiembre (rec. 7328/2020), sobre medidas de prevención en el Concello de Verín; el ATSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, n.º 209/2020, de 24 de septiembre (rec. 720/2020), aprobando el cierre perimetral, la restricción de visitas a centros residenciales y la limitación de reuniones en el municipio vallisoletano de Pesquera de Duero; el ATSJ de Madrid n.º 116/2020, de 24 de septiembre (rec. 1071/2020), sobre limitación de agrupaciones de personas a un máximo de seis miembros; el ATSJ de Madrid n.º 133/2020, de 15 de octubre (rec. 1071/2020), que establecía limitaciones para determinadas zonas básicas de salud con mayor incidencia epidemiológica; el ATSJ de Extremadura n.º 125/2020, de 19 de octubre (rec. 451/2020), en cuanto a la limitación de reuniones a seis personas; el ATSJ de Navarra n.º 170/2020, de 22 de octubre (rec. 413/2020), sobre limitación de entrada y salida en la Comunidad Foral y cierre de la hostelería y restauración; el ATSJ de Galicia n.º 122/2020, de 23 de octubre (rec. 7429/2020), sobre limitación de la libre circulación en determinadas comarcas de la provincia de Orense, o el ATSJ de la Comunidad Valenciana n.º 142/2020, de 27 de octubre (rec. 296/2020), sobre restricción de la movilidad nocturna y limitación de reuniones.



circulación del art. 19.1 CE, las restricciones impuestas también han sido susceptibles de afectar a otros muchos derechos y libertades.

Entre ellos, pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, la integridad física (art. 15 CE), la libertad (art. 17 CE) y el derecho al honor (art. 18 CE), que se han cuestionado en recursos como el enjuiciado por las SSTS n.º 1569/2020, de 20 de noviembre (rec. 140/2020) y 781/2021, de 11 de junio (rec. 812/2020), a propósito de la obligatoriedad del uso de mascarilla, o por la sentencia n.º 55/2020, de 29 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria (rec. 137/2020), respecto del sometimiento forzoso a pruebas de detección del virus por residentes en centros asistenciales; la libertad de culto (art. 16 CE), por limitaciones de aforos como los analizados en el ATSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2021 (rec. 1595/2021); la libertad de entrada y salida en territorio nacional (art. 19.2 CE), en relación con el establecimiento de cuarentenas forzosas a los viajeros procedentes de determinados países, ratificadas en diversas resoluciones —si bien con votos particulares— por la Audiencia Nacional, como sus autos de 5 de marzo de 2021 (rec. 3/2021) y de 21 de abril de 2021 (rec. 7/2021); los derechos de manifestación y reunión (art. 21 CE), con múltiples resoluciones como las analizadas en el ordinal primero u otras posteriores como la STSJ de Madrid n.º 184/2021, de 6 de marzo (rec. 278/2021); el sufragio activo y pasivo (art. 23 CE), derivado de la convocatoria y celebración de elecciones, como las autonómicas catalanas, cuyo mantenimiento cautelar fue autorizado por ATSJ de Cataluña de 22 de enero de 2021 (rec. 121/2020); o la educación (art. 27 CE), como consecuencia de la suspensión de la impartición de enseñanzas y realización de exámenes presenciales y su sustitución por la modalidad telemática, examinada en resoluciones como el ATSJ de Asturias de 22 de enero de 2021 (rec. 31/2021).

A pesar de la paulatina fijación de criterios jurisdiccionales en cuanto a la ratificación de medidas limitativas de derechos y libertades, durante todo este periodo se produjeron importantes discrepancias entre distintos órganos judiciales y, en ocasiones, entre diferentes salas y secciones del mismo órgano. Citando un caso concreto, en relación con el cierre perimetral de municipios, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó, en un lapso de seis días, dos resoluciones en sentidos opuestos, de modo que mientras que el auto de 4 de junio de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de su sede de Granada (rec. 1087/2021), denegó la ratificación del confinamiento del municipio de Bailén, el posterior auto de 10 de junio de 2021, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de su sede de Sevilla (rec. 561/2021), autorizó el cierre del municipio de Cantillana. En cuanto a su fundamentación, el primero consideraba, en síntesis, que el cierre pe-

rimetral de poblaciones enteras obstaculiza en su máximo grado la libre circulación en una parte del territorio nacional, implicando una suspensión y no una mera limitación de derechos fundamentales —pasando a ejemplificar en su FJ 11 diversas situaciones «ciertamente inadmisibles» que se podrían producir con la ratificación pretendida—³², mientras que el segundo entendió que la medida se encontraba legalmente amparada y era proporcionada e idónea.

También en el ámbito de la tutela cautelar se dictaron procedimientos muy dispares. Baste citar, por no dilatarlos excesivamente, un supuesto concreto como es el de las medidas de cierre de la hostelería y establecimientos de ocio, en el que tuvieron gran repercusión el auto de la Audiencia Nacional n.º 792/2020, de 21 de septiembre (rec. 1022/2020) y, posteriormente, los ATSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 (rec. 94/2021) y de Canarias de 28 de junio de 2021 (rec. 193/2021), que accedieron a las suspensiones solicitadas, con un importante reproche —especialmente en el último— al contenido y forma de las disposiciones impugnadas, en tanto que otros muchas solicitudes corrieron opuesta suerte y merecieron pronunciamientos denegatorios de las medidas cautelares reclamadas³³.

Con todo, es de apreciar una cautelosa pero continuada evolución hacia una mayor exigencia de motivación y proporcionalidad de las medidas, requiriéndose paulatinamente que su adopción se justifique con datos reales y objetivos, y sean cada vez más acotadas e imprescindibles para lograr el objetivo pretendido, obligando al poder ejecutivo a ponderar debidamente su pertinencia en lugar de «matar moscas a cañonazos» o realizar competiciones para el establecimiento de nuevas restricciones, como pudo dar la sensación en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, mientras que las decisiones menos lesivas, tales como el control de aforos o las medidas de higiene, se han venido ratificando sin mayores problemas, otras más intensas, como los cierres perimetrales o los toques de queda, van siendo autorizadas únicamente en los supuestos más graves y justificables, exigiéndose además que se extiendan a los ámbitos geográficos imprescindibles. De este modo, frente a la inicial

³² Esta sentencia fue posteriormente casada por la STS n.º 875/2021, de 17 de junio (rec. 4244/2021) que, no obstante, rechazó igualmente la ratificación del cierre perimetral solicitado, si bien con base en una distinta fundamentación, cual es la de que, si bien resulta posible dicho cierre al amparo de la legislación sanitaria vigente, «es carga de la Administración no limitarse a justificar la medida con base en el dato que considera, que es eficaz como presupuesto: es carga suya justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras alternativas, carga que la Administración ha desatendido».

³³ Coetáneos al auto del País Vasco, pero en sentido contrario, pueden citarse el ATSJ de Galicia de 17 de febrero de 2021 (rec. 7074/2021), el ATSJ de Cantabria de 18 de febrero de 2021 (rec. 54/2021) o ATSJ de la Comunidad Valenciana n.º 75/2021, de 4 de marzo (rec. 77/2021).



adopción generalizada de medidas a nivel autonómico o insular, se está tendiendo a su actual adopción a nivel municipal o inferior, bajo el riesgo de no resultar ratificadas en caso contrario³⁴.

- iv) En la primavera de 2021 se produjo el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con la ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, como consecuencia de la reforma del artículo 87 y la introducción de un nuevo artículo 87 ter en la LJCA por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que posibilitó el acceso a casación de los autos dictados en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i) de aquella ley. Se trata de la STS n.º 719/2021, de 24 de mayo (rec. 3375/2021) que, en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, enfatiza la necesidad de contar con instrumentos que definan su extensión y límites, siendo este un cometido principal de la Constitución y de las leyes, en tanto que el de los tribunales ha de enfocarse en la interpretación de aquellas en caso de conflicto.

La sentencia recuerda igualmente que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la limitación de derechos fundamentales no necesariamente debe hacerse por ley orgánica; puntualización que, por otra parte, ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por otros órganos, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mereciendo destacarse su auto n.º 128/2020, de 8 de octubre (rec. 1224/2020), en cuyo FJ 5 se analiza con profundidad la jurisprudencia constitucional sobre el particular.

La posterior STS n.º 788/2021, de 3 de junio (rec. 3704/2021), profundiza sensiblemente en el análisis de la materia, sentando que (i) la restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, puede hacerse tanto dentro como fuera del estado de alarma, siendo el medio normal para ello los arts. 53 y 81 CE y no tanto el art. 116 CE, y que (ii) la vigente legislación sanitaria, aunque indudablemente escueta y genérica y no pensada para una calamidad de la magnitud de la pandemia del COVID-19, resulta suficiente para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones.

³⁴ Esta tendencia comenzó a manifestarse en resoluciones como el ATSJ de Castilla y León n.º 273/2020, de 25 de octubre (rec. 1255/2020), que denegó la ratificación del toque de queda en toda la comunidad autónoma «por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que queda en suspenso durante una franja horaria para toda la población de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible». O, posteriormente, en el ATSJ de Canarias de 14 de julio de 2021 (rec. 209/2021), ratificado por la STS n.º 1092/2021, de 26 de julio (rec. 5388/2021), que rechazó el toque de queda y la limitación de reuniones en toda la isla de Tenerife, por no haberse motivado la imperiosa necesidad y la no existencia de medidas menos lesivas para contener el incremento de casos que venía produciéndose.

Descendiendo al supuesto concreto, analiza una solicitud de autorización del toque de queda promovido por el Gobierno de las Islas Baleares, que considera una medida más restrictiva que el cierre perimetral municipal examinado en la STS n.º 719/2021, consistente en la limitación de viajes entre determinadas islas del archipiélago canario, y ello tanto por los derechos afectados como por la intensidad de la afectación, razón por la cual *«esta Sala entiende que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible»*. Y aunque, como se ha dicho, considere que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 —única norma que reviste dicha naturaleza— sí proporciona cobertura bastante, *«especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011»*, rechaza la ratificación en el caso analizado, por entender que la medida propuesta no superaba el juicio de proporcionalidad atendidas las circunstancias, al no aportarse datos epidemiológicos que la justificaran y basarse puramente en consideraciones de prudencia.

De la misma fecha es también la STS n.º 792/2021, de 3 de junio (rec. 3669/2021), pero dictada en relación con el cierre perimetral del municipio granadino de Montefrío. En ella y en posteriores pronunciamientos, el Alto Tribunal ha venido reafirmando y perfilando aún más su jurisprudencia, que se resume con gran claridad en el FJ 4 de la STS n.º 875/2021, de 17 de junio (rec. 4244/2021), en el que insiste en que *«Ante restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día ("toque de queda") o de limitar las reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución»*.

Este breve recorrido por los avatares jurisprudenciales evidencia las relevantes divergencias que han existido en torno a la interpretación de una misma cuestión, que no es otra que la posibilidad de limitar derechos fundamentales y libertades públicas tanto en estado de alarma como en situaciones de normalidad constitucional, determinando los instrumentos adecuados al efecto, su alcance y límites. Aunque tales divergencias son indudables, como se ha tenido ocasión de examinar, y afectaron, sin duda, a la seguridad jurídica, así como a la mejor tutela de tales derechos y libertades, la multiplicidad de resoluciones recaídas y de fundamentaciones en ellas contenidas han coadyuvado decisivamente a enriquecer y limar el debate, aportando importantísimos argumentos y perspectivas hasta que, tras la reforma de la legisla-



ción rituaría contencioso-administrativa, fue posible el establecimiento de un criterio unificador por el Tribunal Supremo.

De todo ello, y a expensas de los ulteriores pronunciamientos constitucionales que se examinarán seguidamente, merece destacarse, como reflexión final, la complejidad que ha supuesto aplicar una legislación parca y pensada para situaciones individuales a restricciones generales de derechos que desbordaban cualquier previsión, así como el casuismo dimanante de cada medida cuya adopción se pretenda, que requerirá de una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes, tanto respecto de la gravedad de la situación cuanto de la entidad e intensidad de la medida propuesta, a fin de poder valorar si se satisface el imprescindible juicio de proporcionalidad. A este respecto, con la cordura y el sosiego que proporciona un (aparente) mejor conocimiento del comportamiento del virus y la progresión en la vacunación, cabe felicitarse por una inequívoca tendencia a una mayor exigencia de motivación y proporcionalidad de las medidas restrictivas, sin que resulte posible su adopción con fines exclusivamente preventivos o *ad cautelam*.

5. Doctrina constitucional

a) Pronunciamientos previos

Cuanto se ha expuesto en el apartado precedente ha evidenciado la altísima conveniencia —por no decir necesidad— de fijación de doctrina constitucional en la materia, que posibilite la actuación de los distintos órganos judiciales con unos criterios comunes que permitan satisfacer unas mínimas exigencias de certeza y seguridad jurídica.

El ansiado pronunciamiento constitucional se ha producido con su sentencia n.º 148/2021, de 14 de julio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, al que posteriormente seguiría la sentencia n.º 183/2021, de 27 de octubre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 5342/2020. No obstante, antes de abordar su análisis, conviene detenerse en las escasas resoluciones previas dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con los estados de emergencia —dos autos y una sentencia— en las que se fueron perfilando algunas cuestiones sobre la materia:

- i) La primera de ellas es el ATC 7/2012, de 13 de enero, mediante el que se inadmitió el recurso de amparo 1598-2011, formulado por 322 controladores de tránsito aéreo contra el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010. Este recurso fue interpuesto

al amparo del artículo 42 de la LOTC que, como es sabido, es uno de los tres supuestos regulados en los artículos 42 a 44 de dicha norma que habilitan para la presentación del mismo.

Concretamente, este precepto permite impugnar en sede constitucional *«Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*, planteándose entonces la cuestión de si los acuerdos parlamentarios por los que se autoriza la prórroga de los estados de alarma tienen o no valor de ley.

Como cabe intuir, el Tribunal consideró que tales acuerdos tienen valor de ley, y ello, por cuanto que *«es manifiesto que son de subsumir también en la misma aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente»* (FJ 3). Si bien contó con un voto particular del magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, que entendía que ni la norma de declaración del estado de alarma podía ser considerada con valor de ley, al revestir la forma de decreto del Consejo de Ministros, ni menos aún la autorización de prórroga, ya que su funcionalidad es meramente la de autorizar la prórroga del plazo inicial, sin aportar otro contenido normativo respecto a la sustantividad de los derechos afectados por tal declaración gubernamental.

- ii) La segunda es la STC 83/2016, de 28 de abril, por la que se desestimó el recurso de amparo 4703-2012, promovido por 327 interesados frente a la sentencia de inadmisión del recurso contencioso-administrativo formulado frente al Real Decreto 1673/2010; fundada en la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de cualquier recurso frente al mismo, a la vista de la doctrina sentada en el anterior ATC 7/2012.

La sentencia, que en este caso fue dictada por unanimidad, tras la avocación del conocimiento del recurso por el Pleno, consolidó el criterio sentado en el ATC 7/2012, considerando que los reales decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma, a pesar del instrumento formal empleado, revisten fuerza o valor de ley, y ello en la medida en que establecen modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas disposiciones legales que, sin ser derogadas o modificadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria.

En otras palabras, tales normas establecen el estatuto jurídico del estado que se declara, integrando, junto con la Constitución y la LOAES, el sistema de



fuentes del mismo, que constituye fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos y que desplaza durante su ámbito temporal la legalidad ordinaria en vigor. Puntualizaba, además, que se trata de normas dictadas por el Gobierno en su condición de órgano constitucional y no en la de órgano superior de la Administración.

Por todo ello, la sentencia desestimó el recurso interpuesto aunque, a tenor de la doctrina contenida en la misma, debería haberlo inadmitido, pues no entró a conocer del fondo del asunto, sino únicamente a confirmar la improcedencia de recurrir en amparo las disposiciones que constituyeron su objeto, habida cuenta de su rango normativo.

- iii) El tercero y último es el ATC 40/2020, de 30 de abril, que presenta la particularidad de haber sido dictado, no ya en relación con el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, sino con el ocasionado por la pandemia por coronavirus. Concretamente, este auto inadmitió el recurso de amparo 2056-2020, formulado por el sindicato Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) frente a la sentencia n.º 136/2020, de 28 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 152/2020) que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra relativa a la celebración de una manifestación en Vigo el 1 de mayo de 2020.

Paradójicamente, y contrariamente a lo que sucede con la STC 83/2016, en este caso se trata de una inadmisión que más bien debió ser una desestimación, puesto que el auto entra a examinar la cuestión de fondo y rechaza el recurso por motivos sustantivos y no por vicios procedimentales³⁵.

En efecto, tras afirmar que el estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, recuerda que el derecho de reunión no tiene —al igual que ningún otro— carácter ilimitado, entrando a ponderar la proporcionalidad de la decisión administrativa, que considera justificada, toda vez que *«la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado»*.

³⁵ Este parecer es compartido por PRESNO LINERA, Miguel Ángel, para quien *«Lo primero que llama la atención es que se trata de un Auto de inadmisión que se parece mucho en su extensión (los fundamentos jurídicos ocupan 15 páginas) y, sobre todo, en sus argumentos a lo que podría ser una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo previamente admitido a trámite»* [«El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, v. 6, n.º 3, 2020, p. 986].

Dicho auto no solo examina la cuestión de fondo sino que, además, viene a validar *obiter dictum* el confinamiento domiciliario que posteriormente declarará inconstitucional, cuando manifiesta que «*Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverdado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981*».

b) Sentencia n.º 148/2021, de 14 de julio de 2021

Sin más antecedentes que los anteriores³⁶, ha sido dictada la STC n.º 148/2021, de 14 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020³⁷, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox en el Congreso contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, con las prórrogas y en la redacción resultante de las modificaciones operadas por los Reales Decretos 465/2020, de 17 de marzo; 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, así como 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 contagio por el COVID-19 (Orden SND/298/2020, en lo sucesivo).

La sentencia inadmite parcialmente el recurso en lo que respecta a esta última Orden SND/298/2020, por tener un rango reglamentario que imposibilita su impugnación a través de un procedimiento de inconstitucionalidad.

Examinada la causa de inadmisión parcial, la sentencia comienza realizando en su FJ 3 una serie de consideraciones generales en relación con la extensión y límites de los derechos fundamentales, en lo que a su respeto y efectividad se refiere, durante los estados excepcionales y, en particular, durante el estado de alarma. De este modo, constata —siendo esta una cuestión que difícilmente admite discusión— que,

³⁶ Como reconoce el propio ATC 40/2020, «*es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esa magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente*».

³⁷ Este recurso fue interpuesto con fecha de 28 de abril de 2020 y admitido a trámite por acuerdo adoptado en la sesión plenaria del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2020, que fue celebrada de forma no presencial debido a las restricciones derivadas de la pandemia, durante la vigencia del anterior acuerdo del Pleno de 16 de marzo de 2020, en el que se resolvió interrumpir los plazos para realizar cualesquiera actuaciones procesales o administrativas durante la vigencia del Real Decreto 463/2020 y sus prórrogas.



a diferencia de los estados de excepción y de sitio, el estado de alarma no permite suspender derechos fundamentales³⁸, todos los cuales *«siguen vigentes, y no quedan desplazados por la ordenación singular que dispone al efecto la LOAES (arts. 16 a 23, 26 y 32.3, sobre todo)»*. No obstante, matiza a continuación que lo que la LOAES sí puede atribuir al poder político son *«potestades extraordinarias que puedan deparar la constricción temporal de determinados derechos fundamentales, con modificación, por tanto, de su régimen jurídico ordinario»*.

Partiendo de la reconocida posibilidad de limitación del régimen ordinario de determinados derechos, se trazan dos límites (uno genérico, igual para todos los supuestos, y otro específico, que habrá de ser objeto de análisis casuístico) para que las restricciones que puedan acordarse no devengan inconstitucionales:

- El límite genérico consiste en que las restricciones acordadas no supongan una auténtica suspensión de los derechos, residiendo, por ende, el *quid* de la cuestión en determinar cuál haya de ser la línea divisoria que distinga la limitación de la suspensión, para lo cual la sentencia acude a un criterio material, de intensidad de la restricción. En palabras del Tribunal, *«La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico»*.
- El límite específico respecto de las medidas que pudieran adoptarse consiste, de conformidad con lo señalado por la sentencia, en (i) que concurren las circunstancias extraordinarias que amparan su adopción, cifradas en el artículo 4 de la LOAES, (ii) que su contenido efectivo se atenga a las medidas abstractas amparadas por los artículos 11 y 12 de la LOAES para los estados de alarma, y (iii) que resulten proporcionadas, según el triple juicio —de idoneidad, necesidad y razonabilidad— sentado por reiterada doctrina constitucional. En realidad, aunque la sentencia no lo diga, el primer punto constituye un presupuesto para la declaración del estado de alarma, en tanto que el segundo y el tercero sí que son verdaderos límites que habrán de ser apreciados respecto de cada una de las medidas que se adopten bajo su cobertura³⁹.

³⁸ Esta premisa es congruente con lo ya señalado en la STC 83/2016, cuyo FJ 8 afirmó taxativamente que *«A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu)»*. Ídem en el ATC 40/2020.

³⁹ Tal vez por ello, no se acierta a sistematizar estos límites específicos en la sentencia cuando, en su pág. 39, manifiesta que los mismos se derivan *«(i) ...del obligado respeto a los principios de legalidad (ii) y (iii) de proporcionalidad»*. La omisión en la calificación del segundo punto quizá se deba a que tanto el primer como el segundo límite específico derivan ambos del respeto al principio de legalidad, parametrizado en este caso por la LOAES —en el primero, respecto de las causas o presupuestos para la declaración del estado de alarma de su art. 4 y, en el segundo, respecto de sus efectos o medidas permitidas según sus arts. 11 y 12.

A continuación, pasa a analizar individualizadamente cada una de las posibles vulneraciones de derechos planteadas en el recurso, tarea que aborda en sus FJ 4 a 10, que pueden quedar resumidos como sigue:

- i) En el FJ 4 no considera que se hubiese vulnerado el derecho fundamental a la libertad consagrado en el **art. 17 CE**, y ello por cuanto que las restricciones derivadas del art. 7 del Real Decreto 463/2020 eran muy específicas y se circunscribían a la licitud de los desplazamientos —esto es, a la libertad de circulación del art. 19 CE—, fuera de cuyo ámbito no existió afectación a la autonomía del individuo en sus acciones y conducta.
- ii) Distinta lectura merece, en cambio, el derecho fundamental a la libertad de circulación del **art. 19 CE**, que el FJ 5 sí considera conculcado por aquella norma. A esta conclusión llega tras constatar, en primer lugar, que la regulación cuestionada no se limitó a acotar o delimitar los cauces del ejercicio de aquella libertad, *«sino que la limita o restringe de modo drástico, hasta el extremo de alterar o excepcionar pro tempore su contenido esencial»* y, en segundo lugar, que dicha restricción excede del contenido permitido por los arts. 11 y 12 de la LOAES, toda vez que esta permite «limitar» la circulación, mientras que aquella cancela el contenido inherente a la misma —que no es otro que el de la libre deambulacion y permanencia por las vías y espacios de uso público sin necesidad de tener que dar cuenta a la autoridad de las razones que la motivan—, ya que la norma impugnada planteó la libertad de circular no como regla, sino como excepción, siendo *«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)»*. En consecuencia, la regla general se convierte en la prohibición, mientras que la posibilidad de circulación pasa a ser excepcional y requiere su justificación.

Por idénticas razones, se ve igualmente afectado el derecho fundamental a elegir libremente la propia residencia, protegido en el mismo precepto constitucional, ya que dicho derecho comprende, como una de las facultades que le son inherentes, la de trasladar en cualquier momento tal residencia habitual a un lugar diferente.

Corolario de lo anterior es la vulneración que también se produce de los **arts. 18 y 21.1 CE**, relativos a mantener reuniones privadas por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica.

- iii) Por el contrario, el FJ 6 rechaza que las medidas adoptadas hubiesen supuesto la suspensión no permitida de los derechos fundamentales de reunión y de manifestación previstos en el **art. 21 CE** —no obstante la consideración



contenida en el FJ 5 a propósito de las reuniones privadas en el ámbito doméstico—. A este respecto, constata que *«ni la Constitución contempla, ni la LOAES ha previsto, la constricción genérica de la libertad de manifestación durante un estado de alarma, por lo que el decreto declaratorio del mismo no puede excepcionar o cancelar este derecho, ni el impugnado art. 7 del mismo contempla esta posibilidad»*. Por ello, considera que el derecho de manifestación permaneció incólume, al seguir abierta durante el estado de alarma la posibilidad de dirigir la comunicación previa a la autoridad para su celebración, si bien admite que en la práctica se vio *«dificultado en alto grado»* su ejercicio, pero, como se señala en sus SSTC 58/1982 y 83/2020, la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad.

- iv) El FJ 7 también rechaza que se haya producido vulneración de los **arts. 6, 7 y 23 CE**, en cuanto a la posibilidad de acudir a reuniones de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, dado que, aunque el art. 7 del Real Decreto 463/2020 no mencionaba expresamente estos casos entre los supuestos de desplazamientos permitidos, sí que amparaba la circulación al lugar de trabajo e incluía una cláusula de cierre para posibilitarla en *«cualquier otra actividad de análoga naturaleza»*, por lo que no resulta posible una interpretación excluyente. Añade también que el artículo 40.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, permitió a todo tipo de asociaciones la celebración de las sesiones de sus órganos de gobierno por videoconferencia⁴⁰.
- v) El FJ 8 se ocupa del examen del derecho fundamental a la educación contenido en el **art. 27 CE**, que tampoco considera conculcado por las medidas adoptadas en virtud del art. 9 del Real Decreto 463/2020. Así, tras constatar

⁴⁰ En cambio, en relación con la función de control de las Cortes Generales al Gobierno durante los estados excepcionales y, específicamente, a propósito del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE, resulta muy relevante la posterior STC 168/2021, de 5 de octubre, que estima el recurso de amparo 2109-2020, promovido por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados frente a la suspensión generalizada de la tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias decretada por acuerdo de la Mesa de dicha Cámara de 19 de marzo de 2020, al considerar que *«impidió a estos [diputados recurrentes] el ejercicio de su propia actividad parlamentaria y de cualquier iniciativa parlamentaria que pudieran registrar en la Cámara, entre ellas y de modo primordial la función de control al Gobierno, que forma parte del contenido esencial de su derecho de participación política»*. Y ello, considerando que el art. 116 CE, en sus apartados 5 y 6, impide interrumpir el funcionamiento del Congreso y modificar el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes durante la vigencia de tales estados de crisis, periodos estos en los que *«la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo en un sistema de democracia parlamentaria cobra especial significación»*, de manera que *«en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar»*.

que se produjo una afectación a la aplicabilidad ordinaria de normas legales —específicamente, en lo tocante a la educación presencial— recuerda, con cita a su STC 133/2010, que el precepto constitucional *«no consagra directamente el deber de escolarización entendido como asistencia personal del alumno al centro docente»*; que el art. 12.1 de la LOAES en relación con el art. 54.2 de la Ley 33/2011 permiten el cierre preventivo de instalaciones y la suspensión temporal de actividades, y que las medidas pueden considerarse adecuadas y proporcionadas en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su adopción.

- vi) Especial interés reviste el FJ 9, en el que se examina la constitucionalidad de las medidas acordadas en relación con el ejercicio de actividades y su acomodo a los derechos reconocidos en los **arts. 35.1 y 38 CE**.

Como precisión preliminar, y aun cuando la sentencia los califica en varias ocasiones de derechos fundamentales, son los únicos, de entre los que se funda el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, que se encuentran ubicados sistemáticamente dentro de la sección 2.^a del capítulo segundo del título I de la Constitución, relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos. Por ello, conviene no perder de vista que, a diferencia de lo que sucede en materia de garantías, en donde el art. 53 CE consagra un régimen de tutela diferenciado para los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.^a, a través del recurso de amparo, en el ámbito de la suspensión de su ejercicio, la interdicción contenida en el artículo 55.1 CE es consustancial a todos los derechos y deberes fundamentales del título I, sin distinción entre secciones.

Hecha la anterior observación, se descarta la vulneración del primero de los preceptos señalados, referido al derecho-deber de trabajar, ya que su contenido no comporta el derecho a desarrollar cualquier actividad sino a elegir libremente la profesión u oficio (por todas, STC 83/1984, FJ 3). Por tanto, el debate queda centrado en el segundo, en su vertiente de ejercer libremente la actividad empresarial. Respecto de este, constata que la norma recurrida *«constríñe intensísimamente»* el mantenimiento de la actividad empresarial en diversos sectores, si bien entiende que tales restricciones encuentran amparo legal en los apartados b) y e) del art. 11 de la LOAES y que, a pesar de la intensidad señalada, no puede equipararse a la suspensión apreciada en lo relativo a la libertad de circulación, ya que la suspensión de actividades *«no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos»*, con lo que *«Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general»*.



Sí declara, por el contrario, la inconstitucionalidad del apartado 6 del art. 10 del Real Decreto 463/2020, en cuanto que *«habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública»*, pues los efectos del estado de alarma han de contenerse en el decreto que lo instaure, sin remisión a disposiciones o actos ulteriores que puedan ampliar sus términos al margen de las normas que lo regulan y de los órganos competentes para dictarlas. En definitiva, no cabe apoderar o delegar en terceros la modificación de unas restricciones, para ampliarlas, que solo pueden declarar el Consejo de Ministros, con comunicación al Congreso de los Diputados, durante el plazo máximo inicial de quince días, o este último a petición de aquel para sus prórrogas.

- vii) Finalmente, el FJ 10 se refiere a la libertad religiosa y de culto consagrada en el **art. 16 CE**, que la sentencia no considera vulnerada, al contemplar expresamente el art. 11 del Real Decreto 463/2020 la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas, si bien condicionándolas a la adopción de medidas organizativas para garantizar la seguridad de los asistentes.

Una vez concluido el análisis pormenorizado, finaliza la sentencia su fundamentación con la que, sin duda, es la parte más sorprendente y, a buen seguro, polémica, de todas. Nos referimos al FJ 11, dedicado, según se enuncia en su primer párrafo, a *«determinar el alcance preciso de la controversia y, con ello, los efectos de esta sentencia»*.

La determinación del alcance y efectos de la sentencia no es algo extraño y, de hecho, el propio artículo 92 de la LOTC, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, contempla expresamente la posibilidad de que el Tribunal fije en la sentencia no solo quién haya de ejecutarla, sino también cómo ha de llevarse a efecto dicha ejecución, estableciendo en ella las medidas de ejecución necesarias. Además, es relativamente frecuente en la práctica este tipo de pronunciamientos, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo y entre otros muchos, la STC 132/2010, en la que, a pesar de declararse la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por incumplimiento de la reserva de ley orgánica, se consideró conveniente no declarar su nulidad para evitar un vacío indeseable en el ordenamiento jurídico, o la STC 59/2017, matizando que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, lo es únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

No es, por tanto, polémico el objeto de dicho Fundamento, sino la interpretación que en el mismo se hace, pues en él se aparta de la concepción diferenciadora o individualizadora de los distintos estados de crisis, que tuvimos ocasión de exponer en el apartado 2, para optar por una nueva interpretación «integradora» de los tres, llamada a «*superar una distinción radical entre tales circunstancias habilitantes*» de cada uno de los estados y, por tanto, que no constituyan «*compartimentos estancos e impermeables*», de modo que pueda justificarse el salto de uno a otro en atención a la gravedad de las circunstancias.

Partiendo de esta nueva interpretación, considera que «*tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el FJ 5) de los derechos aquí considerados*».

Tras la anterior y sorprendente digresión —sobre la que retornaremos más adelante— concluye, entonces sí, aclarando propiamente los efectos del fallo, declarando no susceptibles de ser revisadas las situaciones firmes, pero también «*las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados*», a excepción de los procedimientos penales o administrativos sancionadores, y considerando que se trató de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, por lo que la declaración de inconstitucionalidad no constituirá, *per se*, título para fundar eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

c) Votos particulares

No puede obviarse que la sentencia, lejos de haberse pronunciado por unanimidad, ha sido objeto de prolongados debates y que, tras una primera deliberación en la que no se alcanzó un acuerdo, con un Pleno dividido entre el voto favorable de cinco magistrados, el voto contrario de otros cinco —entre ellos, el de su Presidente⁴¹— y la abstención de la Vicepresidenta, fue finalmente aprobada por la mínima la ponencia del magistrado don Pedro González-Trevijano Sánchez, tras decantarse a favor de la misma la Vicepresidenta, doña Encarnación Roca Trías.

⁴¹ En caso de empate, ordinariamente hubiera bastado el voto de calidad del Presidente para dictar sentencia, tal y como resulta del artículo 90 de la LOTC. Sin embargo, la composición del actual Tribunal dejó de estar formada por un número par de magistrados tras la renuncia de don Fernando Valdes Dal-Ré el 14 de octubre de 2020, sin haber sido sustituido al tiempo de pronunciarse aquella, razón por la cual el Pleno se encontraba transitoriamente conformado por once magistrados en lugar de los doce previstos en los artículos 159 de la Constitución y 5 de la LOTC.



A pesar de que, como es sabido, los votos particulares carecen de eficacia jurídica, por su número y la variedad de argumentos que ofrecen (no ha existido ningún voto concurrente) resulta imprescindible detenerse en su examen, tanto para ayudar a comprender las discrepancias acaecidas en el seno del Pleno como por los distintos criterios que aportan cada uno de ellos, algunos de los cuales no cabe descartar que puedan incorporarse a futuros pronunciamientos en los que pueda modularse o matizarse la doctrina sentada en esta sentencia.

Voto particular del Presidente, don Juan José González Rivas: considera, a diferencia del criterio mayoritario, que la suspensión de derechos fundamentales ha de ser interpretada desde un punto de vista formal y no sustantivo. Desde esta perspectiva, el artículo 19 CE no fue formalmente suspendido, por lo que no cabría hablar de suspensión, sino tan solo de limitación, ya que «no ha perdido enteramente su vigencia, con lo que el poder público del estado de alarma no puede restringirlo de un modo ilimitado». En ese sentido, entiende que las restricciones impuestas «disminuye[n] pero no suspende[n] el ejercicio del derecho fundamental, sin hacer desaparecer las garantías constitucionales dimanantes de su contenido esencial», entre las que incluye la necesidad de ponderación por las autoridades administrativas y el control jurisdiccional ordinario. Aboga por acudir al principio de proporcionalidad para realizar dicha ponderación, desde cuya óptica cree justificadas las medidas de confinamiento, al tener su vigencia carácter temporal y resultar acordes con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. Una segunda divergencia lo es en cuanto a la aclaración realizada en el FJ 11 a propósito de la responsabilidad patrimonial derivada de las medidas adoptadas, en donde advierte que el artículo 3.2 de la propia LOAES contempla la procedencia de indemnización por los daños derivados de medidas legalmente adoptadas, cuando concurren los requisitos al efecto, sin que proceda vedar aquella de modo generalizado.

Voto particular del magistrado don Andrés Ollero Tassara: en él se sostiene la tradicional distinción entre los supuestos determinantes de la declaración de cada uno de los estados de crisis y aboga, para evaluar la legitimidad de las restricciones que puedan acordarse, por realizar un juicio de proporcionalidad a la luz de las concretas causas determinantes de la situación de excepcionalidad, de modo que «Sería precisamente la desproporción lo que podría afectar al contenido esencial de un derecho fundamental y no la suspensión de este lo que convierta en fuera de lugar todo control». En cierta medida, se trataría de un contenido esencial «flexible» de los derechos fundamentales adaptado a las circunstancias, en el que se analizase la constitucionalidad de las restricciones en atención a su adecuación al caso concreto; cuestión que ilustra

ejemplificando riesgos que puedan darse en cada uno de los supuestos (así, en un estado de alarma un tanque puede resultar inocuo, mientras que en un estado de sitio el riesgo de contagio quizá pase a un segundo plano). Con base en lo anterior, considera que *«La clave, a mi juicio, radica en que al declarar el estado de excepción se decide, a priori, afectar al contenido esencial de derechos fundamentales. Por el contrario considero que el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta a posteriori —puede que incluso de modo cautelar— que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial»*.

Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos: el más extenso y fundado de los votos particulares vuelve a ahondar en el principio de proporcionalidad como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las medidas adoptadas, defendiendo la evolución desde una concepción esencialista del Derecho, que entiende que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional desde su creación —con la necesidad de definir apriorísticamente un contenido esencial e inamovible de todos y cada uno de los derechos constitucionalmente consagrados—, hacia una posición constructivista que considera más acorde con el signo de los tiempos y la complejidad de los retos dimanantes de la sociedad actual. Al igual que el voto precedente, disiente del parecer mayoritario en la graduación de los estados de crisis en atención a la gravedad de sus efectos, insistiendo en la intención del legislador —manifestada en los debates parlamentarios y positivizada en la LOAES— de diferenciarlos en virtud de sus causas, de modo que, para que proceda su declaración, ha de concurrir el presupuesto habilitante de cada uno de ellos.

Partiendo de las anteriores premisas, considera que la suspensión y la limitación de derechos son instituciones jurídicas diferentes, cuya distinción —y en este punto coincide con el voto particular del Presidente— reviste carácter formal y no material o de intensidad de la restricción. Atendiendo a este criterio, la suspensión únicamente tendría lugar si así se acuerda por la autoridad competente a través del procedimiento legalmente establecido, que solamente se encuentra previsto para los estados de excepción y sitio, con los límites dimanantes del art. 55 CE. En estos casos, el derecho fundamental *«se desconstitucionaliza»*, de modo que deja de existir como tal y solo tendrá el alcance que le otorguen las normas que regulen tales estados. Por el contrario, en la limitación, el derecho fundamental continúa vigente pero, dado que su contenido no es absoluto, su ejercicio podrá verse más o menos constreñido en cuanto que entre en colisión con otros derechos o bienes jurídicos que se consideren



merecedores de mayor protección. Atendiendo a esta posición constructivista anteriormente mencionada, el contenido esencial del derecho tendrá un alcance variable en atención a las circunstancias (de donde, por ejemplo, resulta constitucionalmente admisible la privación de libertad derivada del ingreso forzoso a un enfermo conforme al art. 763 LEC, cuando resultaría inadmisibile en caso de personas con sus facultades mentales íntegras). Consecuencia de lo anterior es que las limitaciones pueden llegar a ser tan intensas como la suspensión si el juicio de ponderación lo justifica, por lo que *«pueden conllevar un «vaciamiento de hecho» del contenido de este derecho, no por ello estas limitaciones determinan la suspensión del referido derecho, pues la norma iusfundamental, esto es, el art. 19 CE, no ha sido privada temporalmente de eficacia»*.

De conformidad con dicha posición, las medidas de confinamiento acordadas durante el estado de alarma no tendrían carácter suspensivo, sino limitativo de la libertad de circulación y, por ende, no habrían devenido inconstitucionales, ya que las potestades exorbitantes derivadas del art. 116.1 CE habilitan al Gobierno para adoptar medidas que incidan temporalmente en el régimen jurídico del derecho, *«llegando incluso a restringir intensamente su contenido esencial o incluso, en determinadas circunstancias, impedir su ejercicio»*, siempre dentro de la cobertura de la LOAES. A propósito de esta, admite que el confinamiento decretado tendría difícil encaje en el primer inciso de su artículo 11.a), que permite limitar la circulación *«en horas y lugares determinados»*, pero sí obtendría cobertura suficiente en su segunda premisa, consistente en *«condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos»*. Por último, considera que se satisfaría el juicio de proporcionalidad, al desconocerse al tiempo de su adopción la existencia de otras medidas igualmente idóneas pero menos restrictivas para impedir la propagación del virus, encontrándose las decretadas en consonancia con las recomendaciones sanitarias y con las adoptadas por otros muchos países de nuestro entorno.

Voto particular del magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón: al igual que los anteriores, critica la concepción gradualista de los estados de crisis que se realiza en la sentencia y defiende asimismo que la distinción entre suspensión y limitación de los derechos ha de tener carácter formal y no material, de modo que *«ni la intensidad de la restricción, ni su generalidad, ni ambas conjuntamente, pueden determinar la transformación de una restricción en una suspensión»*, sino que la suspensión a que se refiere el art. 55.1 CE exige una declaración expresa y *«no es sino la supresión temporal del derecho y de sus garantías constitucionales, y su sustitución por lo dispuesto en la normativa de excepción»*. Como consecuencia de ello, una medida como

la de confinamiento domiciliario podría ser igualmente adoptada en los estados de alarma y de excepción, pero lo que variaría sería su régimen jurídico y las garantías de los derechos afectados. Y, como parte de ese régimen, el control en el estado de alarma pasaría por la verificación (i) de la concurrencia de alguno de los presupuestos que habilitan a su declaración, (ii) de la sujeción de las medidas aprobadas a la LOAES y (iii) de la proporcionalidad de dichas medidas. Concluye el argumentario con una, a mi juicio, descontextualizada y desafortunada cita al primer presidente del Tribunal Constitucional, D. Manuel García Pelayo, *«quien señaló que la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos»*⁴².

Voto particular de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón: disiente nuevamente del parecer mayoritario al considerar que el instrumento elegido por el Ejecutivo —estado de alarma— fue el constitucionalmente adecuado, rechazando la posibilidad apuntada en el FJ 11 de declaración del estado de excepción, que considera que *«subvierte la intención del legislador»*, que quiso diferenciar en la LOAES entre los presupuestos habilitantes para la declaración de uno y otro estado, de modo que *«la naturaleza del riesgo para el sistema constitucional es distinta en el estado de alarma y en el estado de excepción»*. En ese sentido, comparte que la Constitución no realiza tal distinción, pero considera que la interpretación mayoritaria *«ignora que el legislador —en la misma legislatura constituyente— completó esa ausencia de regulación al redactar la LOAES»*, que forma parte integrante del bloque de constitucionalidad

⁴² Considero desafortunada la cita por cuanto que puede inducir a equívoco acerca del sentido de una afirmación que, en la forma en que se pronuncia, puede parecer opuesta a su espíritu originario. Así, en su primera intervención como Presidente del Tribunal Constitucional, en el acto solemne de constitución del órgano, que tuvo lugar el 12 de julio de 1980, don Manuel García Pelayo destacó *«el alto grado de independencia del Tribunal»*, para el que *«la defensa de la Constitución (...) es su única razón de ser y de existir»* y, en ese sentido, *«la defensa confiada al Tribunal se concentra en la dimensión jurídica y se lleva a cabo por métodos y formas jurisdiccionales (...) Solo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos»*. No obstante, atendida la especial naturaleza de la Constitución como norma de carácter político, afirmaba que *«El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas. Es claro, sin embargo, que estas controversias (...) son, en consecuencia, controversias políticas en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituye el núcleo de la política. En ese sentido, pero solo en ese sentido, es nuestra jurisdicción una jurisdicción política. Porque es política la materia que ha de conocer; no, en modo alguno, porque haya de sustituir la razón del Derecho por la razón política, entendida como pura razón de oportunidad o libre apreciación, instrumentalmente determinada, de lo que en cada caso concreto es justo o injusto. Si, como antes dijimos, la jurisdicción constitucional es un desarrollo lógico y un perfeccionamiento técnico de la idea del Estado de Derecho, esta jurisdicción implica necesariamente un alto grado de sumisión de la política del Derecho. Asegurar esta sumisión y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado»* (Acto solemne de constitución del Tribunal Constitucional, Madrid, 1980).



a la luz del cual deben ser enjuiciadas las normas impugnadas. Por ello, considera que la declaración, dentro de los distintos estados de crisis, del estado de alarma, fue correcta y que, dentro del mismo, resultaba admisible el confinamiento decretado, puesto que, de una parte, contemplaba *«un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio»* y, de otra, satisfacía el juicio de proporcionalidad en atención a las circunstancias, en las que se produjo una colisión de derechos dentro de la cual debía darse prevalencia a la protección de la salud, a la vida y a la integridad física (arts. 43 y 15 CE) frente a la libertad de circulación.

d) Consideraciones finales en torno a la STC 148/2021

Tras varios meses de espera se dictó la tan anhelada sentencia del Tribunal Constitucional. Como sucede en muchos asuntos de relevancia jurídica y/o mediática, antes de darse a conocer su contenido se publicó una nota de prensa⁴³ mediante la que se adelantaba tan solo su parte dispositiva y la existencia de cinco votos particulares.

Admito que, en ese primer anuncio y con ese reducido ámbito de conocimiento, sentí cierto alivio y alegría por el sentido del fallo, a la par que cierto rechazo hacia las posiciones discrepantes y favorables a la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, tras un estudio sereno del contenido íntegro del texto —que se dio a conocer unos pocos días después a través de la página web del Tribunal, sin perjuicio de su ulterior y preceptiva publicación en el BOE⁴⁴—, no puedo sino matizar esa impresión inicial, toda vez que, por un lado, la fundamentación de la sentencia contiene aspectos que pueden resultar discutibles, arrojando algunos interrogantes importantes que habrán de ser resueltos en pronunciamientos posteriores, al tiempo que los distintos votos particulares realizan consideraciones de gran interés y formulan observaciones y advertencias que merecen ser tomadas en especial consideración.

Así, entre los aspectos más cuestionables de la sentencia se encuentra, sin duda, el relativo a la velada sugerencia de utilización del estado de excepción para posibilitar la suspensión —concebida como suspensión material— de derechos fundamentales en crisis sanitarias como la vivida. Esta consideración, contenida en el FJ 11, podría haberse omitido, en mi muy humilde opinión, por diversos motivos.

El primero de ellos es que su omisión no habría afectado en absoluto a la fundamentación del fallo, pues a través de dicho razonamiento no se justifica el sentido

⁴³ Nota de prensa n.º 72/2021, de 14 de julio de 2021.

⁴⁴ Dicha publicación tuvo lugar en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 182, de 31 de julio de 2021.

anulatorio del mismo, sino que se señalan alternativas constitucionales acerca de cómo pudo hacerse y no se hizo. Y, si bien no existe interdicción formal para la introducción de esta suerte de recomendaciones o pautas a seguir, e incluso pudiera llegar a parecer aconsejable en algunos contextos, parece innecesario hacerlo cuando ello conlleva la necesidad de retorcer y forzar innecesariamente la interpretación de la LOAES y genera un reproche generalizado en las opiniones de los magistrados disidentes del sentir mayoritario. Retomando la cita a don Manuel García Pelayo, *«no es función del Tribunal pronunciarse sobre (...) si los medios elegidos son los más adecuados para la consecución de tal objetivo. Lo único que el Tribunal puede determinar, cuando alguien lo cuestione, es si el objetivo y los medios para alcanzarlo están dentro de los parámetros constitucionales»*.

Estrechamente relacionado con lo anterior, y si bien es cierto que el Tribunal Constitucional está llamado a ser el intérprete supremo de la Constitución, como así proclama expresamente el artículo 1.1 de la LOTC, no deja de sorprender que este haya decidido apartarse no solo del tenor de la LOAES (llegando a afirmar que las causas tasadas que posibilitan, de conformidad con su artículo 4, la declaración del estado de alarma, se incluyeron *«a título de ejemplo»*) sino de la interpretación auténtica que de esta norma resulta de los debates parlamentarios, dotándola de un sentido opuesto al que sus «padres» quisieron conferirle⁴⁵.

Por si no fuera suficiente, mediante la inclusión de este argumento, la sentencia se aleja de la apariencia garantista y *pro libertate* que podría inferirse del contenido de su parte dispositiva, aspecto que coinciden en destacar una buena parte de los votos particulares emitidos. Expresa ese sentir con gran claridad la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón cuando afirma que se trata de *«una sentencia que puede producir cierta perplejidad y que, a mi juicio (...) genera más inseguridad jurídica de la que intenta combatir y, añadido, resulta menos garantista de lo que pudiera intuirse al leer el fallo parcialmente estimatorio»*. Afirmación que debe suscribirse plenamente porque, si bien es cierto que la sentencia sostiene que no cabe la suspensión material de derechos durante el estado de alarma, al mismo tiempo ampara que pueda declararse el estado de excepción ante situaciones de pandemia, lo que posibilitaría la suspensión formal y material de aquellos, con lo que el medio resul-

⁴⁵ Baste leer la defensa del estado de alarma realizada por el diputado de la UCD, don Luis Apostúa Palos, cuando aseveraba que *«el concepto y el alcance del estado de alarma ahora introducido en nuestra legislación 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, de la voluntad objetiva de la ley (...) Es decir, resulta completamente imposible una aplicación o una interpretación por criterios políticos del estado de alarma»* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 38, 13 de julio de 1978, p. 4238).



taría más lesivo que el declarado inconstitucional para combatir exactamente el mismo fin; amén de generar una previamente casi inexistente incertidumbre en cuanto a los presupuestos habilitantes de cada estado excepcional.

Por último, la sentencia parece desconocer la sujeción del estado de emergencia a un plazo máximo de duración, dado que, como expusimos en el apartado 2, es el único de los tres estados cuya extensión temporal se ve constitucionalmente constreñida a treinta días, prorrogables por otro plazo igual. Dicha limitación encuentra sentido en su utilización para los supuestos para los que fue concebido, pues cabe esperar que las alteraciones del orden público no excedan del perentorio lapso fijado en la Carta Magna, debiendo ser atajadas durante el mismo gracias a los medios extraordinarios que se confieren al efecto, so riesgo de definitivo desmoronamiento del orden constitucional. En cambio, no puede descartarse que las crisis sanitarias puedan extenderse mucho más tiempo de los escasos dos meses admisibles para el estado de excepción, como efectivamente ha sucedido con la pandemia por coronavirus, en cuyo caso la sentencia no aclara qué sucedería una vez transcurrido dicho plazo.

Una segunda cuestión de gran relevancia que tampoco llega a aclarar plenamente la sentencia es la relativa al alcance de las restricciones admisibles dentro y fuera de los estados excepcionales pues, aunque sí que se aborda esta cuestión en el plano teórico, no resulta fácil trasladar esta distinción a la práctica.

De entrada, resultan dudosos los umbrales entre la suspensión y la limitación material de derechos. Ciertamente, la labor aplicativa del derecho requiere una apreciación casuística, en la que la fijación de los límites puede devenir particularmente compleja, especialmente cuando intervienen conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, parecen haberse empleado parámetros diferentes para distintas libertades. El ejemplo más notorio de cuanto se quiere evidenciar surge de la comparativa entre las libertades protegidas en los artículos 19 y 38 CE. Así, mientras que la primera se considera que fue efectivamente suspendida y, por tanto, la medida de confinamiento devino inconstitucional, la segunda se califica de «limitación muy intensa», y ello porque *«la "suspensión de actividades" que la misma ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de actividad»*. Justifica, por tanto, que la «suspensión» de actividades no tuvo tal carácter por no haber afectado a todos los sectores, razón que lleva a concluir que no tuvo carácter general. En otras palabras, frente al criterio objetivo considerado a propósito de la libertad de circulación, respecto de la que se censuró que constituyó un vaciamiento del derecho en cuanto a su contenido, en el caso de la libertad de empresa se atiende a un criterio subjetivo de extensión de la restricción. Aplicando este razonamiento, cualquier restricción de un derecho, por intensa que fuera, dejaría de

ser suspensión para convertirse en una limitación en el momento en el que se acotase su aplicación a determinados sujetos, aunque se tratase de colectivos o pluralidades indeterminadas de personas (y, por tanto, con idéntica vocación de generalidad de la norma); y ello, aun cuando sus destinatarios viesan vaciado su contenido respecto de ellos, porque existirían otros sectores o ámbitos en los que podría continuar ejerciéndose el derecho o la libertad en cuestión.

No queda tampoco clara la diferencia entre las limitaciones que pueden adoptarse durante el estado de alarma o en situaciones de normalidad constitucional. Concluimos indiciariamente a este respecto al final del apartado 2 que el estado de alarma no afectaba tanto a las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas cuanto al órgano competente y procedimiento para su adopción, así como a la necesidad de ratificación y régimen de control jurisdiccional. Parece oponerse a esta conclusión lo señalado en los FJ 3 y 4, cuando afirma que *«el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis»* y que *«una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esa libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales»*. A pesar de lo cual, continúan sin ofrecérsenos ejemplos concretos de medidas susceptibles de ser acordadas durante el estado de alarma y que no puedan serlo al amparo de la normativa sanitaria fuera del mismo, bajo el paraguas del correspondiente juicio de proporcionalidad, en la medida en que el confinamiento domiciliario no tiene cabida en ninguno de los dos supuestos y las restantes medidas (toques de queda, confinamientos perimetrales, restricciones de horario y aforos, etc.) han sido validadas no solo bajo la vigencia de aquel, sino también, precisamente, bajo *«la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales»*.

Tampoco resulta clara la limitación de los efectos derivados de la declaración de inconstitucionalidad y consecuente anulación de algunos de los preceptos impugnados, ni en lo tocante a la responsabilidad patrimonial ni en lo referente a la posibilidad de revisión de actos y procedimientos. Respecto de la primera, en dos de los votos particulares se reprocha la generalidad de la afirmación, que deberá ser valorada a la luz de los artículos 116.5 CE y 3.2 LOAES. En cuanto a la segunda, genera incertidumbre la interdicción de revisión de *«las demás situaciones jurídicas generadas por aplicación de los preceptos anulados»*, tanto en lo relativo a qué situaciones se refiere (¿se trata de todos los actos que no hayan adquirido firmeza, dado que anteriormente se prohíbe la revisión de *«las actuaciones administrativas firmes»*?)



cuanto en lo referente a las razones de dicha limitación y su encaje en el ordenamiento jurídico, como se pone de manifiesto en los expositivos 49 a 53 del voto particular formulado por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

Son, pues, diversos los interrogantes que quedan aún abiertos a propósito de una cuestión tan compleja y delicada como la relativa a la restricción de derechos y libertades por razones de salud pública, en estados de crisis y fuera de ellos, y que, a buen seguro, irán aclarándose y puliéndose en ulteriores pronunciamientos, a través de la experiencia acumulada a lo largo de estos últimos tiempos. Téngase en cuenta que se encuentran pendientes de resolución varios procedimientos constitucionales interpuestos sobre el particular (por todos, la cuestión de inconstitucionalidad 6283/2021, planteada a propósito del artículo 10.8 de la LJA o el recurso de inconstitucionalidad 1975-2021, formulado en relación con la reforma de la normativa sanitaria gallega ante situaciones de urgencia y necesidad), y otros pendientes de admisión, como el planteado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón mediante Auto de 28 de septiembre de 2021 (rec. 426/2020), amén de las numerosísimas resoluciones que continúan dictándose por los tribunales ordinarios, y que están contribuyendo de un modo esencial a perfilar su alcance y límites.

Con vistas a dicha delimitación, conviene poner de manifiesto dos reflexiones finales que no han de pasar desapercibidas a propósito de la sentencia de 14 de julio de 2021:

- i) Tanto en el parecer mayoritario como en los votos particulares parece subyacer un deseo de buscar un encaje jurídico al confinamiento domiciliario, en la medida en que, con el estado de los conocimientos al tiempo de acordarse, parecía razonable, eficaz, acorde con las recomendaciones de la OMS y en línea con lo decretado en otros países —y, por supuesto, como cautela para eventuales, y esperemos que inexistentes, situaciones futuras que puedan requerirlo— y, para ello, buscan el amparo de diferentes fórmulas: bien sea el recurso al estado de emergencia en el caso de la mayoría, la ponderación a través del principio de proporcionalidad para algunos de los votos particulares o la consideración de la suspensión prevista en el artículo 55 de la Constitución como suspensión formal en lugar de material para otros. Sin embargo, tal vez en un deseo de anteponer la posible conveniencia práctica con la realidad jurídica, parece existir una resistencia a plantearse la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se encuentra actualmente configurado, no ampare el confinamiento para los supuestos de crisis sanitaria.

Desde luego, a este resultado se llega indefectiblemente si se opta por la interpretación del artículo 55 como una suspensión material y no formal de

derechos. Bajo dicha óptica, al considerarse el confinamiento como un vaciamiento del contenido de la libertad de circulación, no resulta posible su adopción ni durante el estado de alarma ni, consecuentemente, sin la vigencia de ningún estado de crisis, al tiempo que, si se atiende a una interpretación literal, auténtica, doctrinal, sistemática, lógica e, incluso, teleológica de la norma, tampoco cabe declarar los estados de excepción y sitio para los supuestos de crisis sanitarias, por lo que aquella medida nunca podría adoptarse para combatir estas, cuando, quizá en los casos más extremos (que esperemos que no vuelvan a producirse, pero que un ordenamiento completo debería prever), pudiera resultar necesaria.

Esta insuficiencia ha sido reconocida por otros órganos constitucionales, entre los que se incluyen el Consejo de Estado, que en la consideración IV.^a de su dictamen 213/2021, de 22 de marzo, apuntaba que *«la legislación sanitaria estatal no contiene seguramente los mecanismos adecuados para hacer frente a una crisis de esta envergadura»*, y el Tribunal Supremo, que en el FJ 4.D) de su sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo, considera deseable *«que, en vez de conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia»*. Tal vez por ello sea necesario insistir en la conveniencia de una reforma legislativa en lugar de acudir a interpretaciones más o menos artificiosas para paliar esta carencia.

- ii) Estrechamente vinculado con la expresada necesidad de dotar de entidad propia y diferenciada a las medidas que puedan adoptarse bajo el paraguas del estado de alarma, parece desprenderse un temor a constatar la inutilidad de este que, en el FJ 3 de la sentencia llega a plasmarse expresamente, cuando sostiene que *«de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis»*. Temor que, según se advirtió, viene de antiguo pues, como tuvimos ocasión de exponer con anterioridad, en los debates parlamentarios de la LOAES e incluso en los propios debates constituyentes se llegó a proponer su supresión por este motivo; circunstancia que también ha puesto de manifiesto la doctrina en más de una ocasión, habiéndose afirmado por Antonio CARRO MARTÍNEZ⁴⁶ 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 periodo de normalidad»*.

Aun cuando así fuera, este planteamiento supone obviar una virtualidad muy relevante de dicho instrumento en un estado tan descentralizado como es España, cual es la de conferir la posibilidad de lograr una reacción coordina-

⁴⁶ «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional». En *Comentarios a la Constitución Española* (coordinada por ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), tomo IX, Ed. Edersa, 1998, p. 253.



da y homogénea, en todo el territorio nacional, ante cualquier catástrofe o crisis de las que amparan su declaración. Lógicamente, ello no garantiza el acierto de las medidas que puedan adoptarse, tanto desde el punto de vista político como sanitario, pero esta es ya una cuestión que trasciende del ámbito del presente análisis, que ha de ceñirse al plano estrictamente jurídico, desde cuya óptica la conveniencia de un instrumento que pueda llegar a permitir en situaciones extremas aquella armonización es indudable.

e) Sentencia n.º 183/2021, de 27 de octubre de 2021

Si la STC 148/2021 tiene por objeto el primer estado de alarma, la posterior STC n.º 183/2021, de 27 de octubre, examina el recurso de inconstitucionalidad 5342/2020, interpuesto en relación con las disposiciones que declararon y prorrogaron el tercer estado de alarma; concretamente, los arts. 2.2, 2.3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, de declaración de dicho estado; los apartados segundo, cuarto y quinto de la Resolución de 29 de octubre de 2020, por la que se ordenó la publicación del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados que autorizó su prórroga, y el art. 2, la DT única y los apartados uno, dos y tres de la DF 1ª del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que prorrogó el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020 por un plazo de seis meses. De su contenido, merecen destacarse los siguientes aspectos:

- i) Con carácter general, la sentencia insiste en desdibujar la distinción entre estados excepcionales, continuando la línea iniciada por la STC 148/2021, cuando en su FJ 8.C) cita textualmente el FJ 3 de aquella, y ello, tal y como expusimos en el apartado 2, a pesar del contenido de su normativa reguladora y de los debates parlamentarios, a los que, sin embargo, sí acude con detenimiento en el FJ 10 para enjuiciar la constitucionalidad de la designación de autoridades competentes delegadas, a la que se hará alusión más adelante.
- ii) En lo tocante a la protección de los derechos fundamentales, merece detenerse en las medidas de limitación de circulación en horario nocturno y en los cierres perimetrales, cuya afectación se analiza en sus FJ 4 y 5.
 - Respecto de la primera, y a diferencia de lo que sucedió con el confinamiento domiciliario, declarado inconstitucional en la STC 148/2021 por considerarlo contrario a la libertad de circulación del art. 19 CE, el FJ 4 de la STC 183/2021 valida la limitación nocturna de la circulación, a pesar de que la fórmula empleada es análoga a la del referido confinamiento domiciliario (esto es, una prohibición general de circulación en horario

nocturno, que resulta de aplicación a todas las personas, matizada por una serie de excepciones tasadas), al considerar que la medida, más allá de la cobertura formal del art. 11.a) de la LOAES, satisfacía el triple canon de proporcionalidad, resultando adecuada, necesaria —al haberse adoptado previamente otras medidas que se habían revelado insuficientes para frenar el alza de los contagios— y proporcionada para un fin constitucionalmente legítimo y de interés social, como era el de la preservación de la vida y la salud pública. La diferencia fundamental estribaría, a juicio del Tribunal, en que, mientras que el confinamiento domiciliario del primer estado de alarma restringía la libertad de circulación de forma permanente, en el caso del confinamiento nocturno del tercer estado de alarma, *«se trataba de un horario reducido en relación con el total de la jornada (siete horas). Además, la limitación tuvo lugar en un curso horario en que, para la generalidad de la población, la vida diaria queda de ordinario atenuada en intensidad»*. Y ello, aun cuando *«la restricción del derecho a circular libremente fue particularmente intensa en las horas de la noche citadas anteriormente, hasta el punto de alcanzar la prohibición general, salvo excepciones tasadas en la norma, de poder utilizar las vías públicas en aquel intervalo de horas»*.

- En relación con el segundo, se califica igualmente de limitación muy intensa a la libre circulación que, sin embargo, tampoco llega a considerar como una verdadera suspensión material del derecho. Y ello, por cuanto que *«a diferencia de lo acontecido en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 y prorrogado ulteriormente por sucesivas autorizaciones del Congreso, no quedó de facto interrumpido temporalmente el derecho de las personas a realizar movimientos para ir de un lugar a otro, pues, en el caso de autos, la totalidad de la población disponía de libertad para desplazarse dentro de su ámbito territorial (comunidad autónoma, ciudad con estatuto de autonomía o entidad territorial inferior) en horas que no fueran las del horario nocturno»*, pudiendo extenderse los desplazamientos a otros lugares cuando se dieran alguna de las causas excepcionales que los amparaban.
- Por lo demás, las restantes alegaciones de vulneración de otros derechos fundamentales por concretas medidas adoptadas en las normas impugnadas, como son la limitación de permanencia de personas en espacios públicos y privados (FJ 6) y la limitación de permanencia en lugares de culto (FJ 7), corren idéntica suerte desestimatoria.

iii) A pesar de lo anterior, lo más relevante y novedoso de su contenido, sin duda, es lo relativo a la extensión de la prórroga del estado de alarma, al control



parlamentario del Gobierno durante la misma y al nombramiento de autoridades competentes delegadas, cuestiones que se abordan en sus FJ 8 a 10, respectivamente.

- En cuanto a la duración de las prórrogas del estado de alarma (FJ 8), la sentencia rechaza que se encuentren normativamente limitadas en abstracto por un tiempo máximo de quince días, pues dicho límite, en efecto, no resulta ni del art. 116.2 CE ni de su posterior desarrollo por la LOAES, que únicamente exige en su art. 1.2 que su duración no vaya más allá de lo *«estrictamente indispensable»* para el restablecimiento de la normalidad. Es en este último aspecto en donde se sitúa el reproche constitucional, concretado en un cuádruple parámetro de enjuiciamiento que el Tribunal considera que el Congreso de los Diputados no observó. En este sentido, según señala, la Cámara, en su función de control, debió examinar los argumentos ofrecidos por el Gobierno para solicitar la prórroga, analizando (i) la necesidad de dicha prolongación del estado de alarma, (ii) la fijación del periodo de tiempo que, previsiblemente, se estime imprescindible para revertir la situación, (iii) la procedencia de las medidas a aplicar en el periodo de prórroga y (iv) la prudencia al establecer su plazo de duración, de modo que permita al Congreso hacer efectivo el control periódico en su labor revisora de la actuación gubernamental. Pues bien, de los cuatro anteriores elementos, tan solo considera cumplido el primero, afirmando respecto de los demás que *«No puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió»*.
- En lo que se refiere a la rendición de cuentas del Gobierno al Congreso de los Diputados (FJ 9), el art. 14.3 del Real Decreto 956/2020 contemplaba una comparecencia bimensual del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso y una comparecencia mensual del Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo de dicha Cámara *«para dar cuenta de los datos y gestiones (...) en relación a la aplicación del Estado de Alarma»*, fórmula que la sentencia valida, al entender que no difiere de otras modalidades de comparecencia de miembros del Gobierno ante las Cámaras, limitándose a establecer un marco temporal de regularidad que se ajusta a lo previsto en el art. 110.2 CE y en el Reglamento del Congreso, y sin que su contenido tampoco quede limitado por la expresión *«datos y gestiones»*, al tratarse de una expresión con un alcance general.

- Finalmente, en cuanto al nombramiento de las autoridades competentes delegadas (FJ 10), considera que la designación como tales de los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía no se encuentra amparada por el art. 7 LOAES, al no tratarse de una verdadera delegación, que requiere que el delegante, como titular de la competencia, establezca los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado, supervisando su actuación y respondiendo de la delegación. Al no haberse actuado así, *«se dio lugar a una disociación, que la Constitución no admite, entre la declaración del estado de alarma y la autorización de su prórroga, de una parte, y la respectiva definición gubernamental y parlamentaria, de la otra, de las medidas que habrían de ser aplicadas; medidas en las que precisamente consiste el estado de alarma y cuya implantación, selección, modificación y eventual suspensión se dejó aquí, sin embargo, del todo en lo incierto»*, de modo que *«el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciante, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas»*.

Como consecuencia de lo razonado, la sentencia declara inconstitucionales y nulos la prórroga por seis meses del tercer estado de alarma (no por su duración, *per se*, como se ha visto, sino por la falta de justificación del establecimiento de dicho plazo) y el nombramiento de las autoridades competentes delegadas, al cancelar *de facto* el régimen de control al Gobierno que corresponde al Congreso de los Diputados. Por el contrario, desestima el recurso en lo demás, validando —a diferencia de lo que hizo la STC 148/2021 con el confinamiento domiciliario— las limitaciones de circulación en estado nocturno y los cierres perimetrales, que califica de limitaciones muy intensas del derecho fundamental a la libre circulación, pero que no llega a considerar como suspensiones materiales del mismo.

6. Epílogo

Desde prácticamente el comienzo de la crisis sanitaria, ha existido una poco deseable tendencia a contraponer la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas a las necesidades de protección de la salud, como si no resultara



posible armonizar ambos, de manera que el cuidado de la segunda no fuese compatible con el respeto y la observancia de los primeros.

La ausencia de precedentes bajo la vigencia del actual marco constitucional dificultó sobremanera la gestión de una pandemia de estas dimensiones, singularmente en sus albores, lo que, unido a la acuciante necesidad de adopción de medidas de protección ante un riesgo de magnitud y características desconocidas, condujo a la búsqueda de soluciones cuyo encaje normativo resultaba, en ocasiones, ciertamente cuestionable. Podríamos llegar a afirmar que, sobre todo al principio, se produjo una índole de estado de necesidad que, debido a la inexperiencia en pandemias, llevó a una gran parte de la sociedad, incluidas personas en el mundo del Derecho, a mirar hacia otro lado, en una suerte de «todo vale» para combatir una severa amenaza en cuya ponderación de bienes jurídicos protegidos habían de prevalecer incondicionalmente los derechos a la vida y a la protección de la salud (arts. 15 y 43 CE) frente a cualquier otro derecho o valor constitucional.

Examinando el fenómeno con retrospectiva, no puede juzgarse con excesiva severidad esa tendencia, observada en un momento en el que tantas personas —a quienes queremos dedicar un especial recuerdo— fallecieron, muchas de forma singularmente triste, y otras tantas desarrollaron graves síntomas, incluso perdurables en el tiempo. Y es cierto que la vida, la integridad física y la salud constituyen algunos de los bienes más valiosos que puedan existir, hasta el extremo de abrir los dos primeros el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestro texto constitucional. Pero no es menos cierto que, en un contexto en el que no existe nada absoluto (porque «*lo absoluto es justamente opuesto a la vida misma*»⁴⁷) y ningún derecho fundamental tiene carácter ilimitado (como recuerda la propia STC 148/2021), los juristas tenemos la obligación, aun a riesgo de suscitar incompreensión y desde el dolor de quien, como tanta gente, ha visto irse a personas cercanas durante la pandemia, de defender y explicar —en estas situaciones más, si cabe— el necesario respeto a las garantías y cauces procedimentales, así como de ponderar y proteger no solo los restantes derechos fundamentales y libertades públicas, sino también los demás principios y valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, entre los cuales la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la libertad y la justicia (art. 1.1 CE) ocupan una posición preponderante.

Porque tampoco puede olvidarse que, al igual que la omisión del deber de actuar habría resultado seguramente dramática, cualquier exceso es susceptible de producir

⁴⁷ REQUENA LÓPEZ, Tomás. «Sobre el derecho a la vida». *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 12, 2009, p. 324.

efectos —no solo jurídicos, sino también prácticos— sumamente perniciosos e indeseables. Toda medida normativa tiene su plasmación en la vida cotidiana, y situaciones como las padecidas por tanta gente, que durante meses no pudo ver a sus familiares o amigos cercanos, visitar a sus enfermos o incluso velar y enterrar a sus muertos; que no pudieron acudir a sus segundas residencias, algunas de las cuales fueron allanadas u ocupadas o sufrieron deterioros por falta de cuidados; que perdieron sus empleos o cerraron sus negocios; o las personas sin hogar que fueron encarceladas por desobediencia al no poder respetar los confinamientos⁴⁸, por poner algunos ejemplos, constituyen sacrificios individuales y colectivos de suma gravedad, que únicamente pueden resultar tolerables cuando resulten absolutamente imprescindibles y no existan otras opciones menos lesivas para evitar un mal mayor.

Moviéndonos como nos movemos en el campo de los derechos fundamentales, resulta muy pertinente la invocación a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo conocido artículo 16 proclamaba que *«Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución»*. Dos siglos después, nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978 dio cumplida satisfacción a dicha exigencia, configurando España como un Estado de Derecho y consagrando principios tan imprescindibles para la adecuada protección de aquellos como los de legalidad y seguridad jurídica, pues en su ausencia difícilmente pueden existir las garantías, tutelarse los derechos y ejercerse las libertades.

Llegados a este punto, conviene asimismo recordar que, durante la vigencia de la Constitución de 1978, se han producido importantes retos y vivido situaciones de especial gravedad, en ámbitos propios tanto del estado de alarma (catástrofes naturales y crisis sanitarias) como del de excepción (ámbitos social y político). Baste citar el frustrado golpe de estado de 1981⁴⁹, las décadas vividas bajo la amenaza de la banda terrorista ETA, los atentados del 11 de marzo y otros ataques terroristas, graves inundaciones e incendios forestales o la propagación de enfermedades y virus diversos, algunos de gran mortalidad como el ébola. Y en todos ellos, han sido suficientes las armas proporcionadas por el ordenamiento para combatirlos, sin que, hasta la huelga de los controladores aéreos —una situación, paradójicamente, de menor gravedad que la mayoría de las precedentes—, hubiese sido necesario declarar ninguno de los estados excepcionales.

⁴⁸ Aunque pueda parecer una broma de mal gusto, esta clase de excesos, al igual que otras muchas sanciones impuestas por desobediencia y que están siendo judicialmente anuladas, se produjeron con más frecuencia de la que cabría pensar. *Vid* la sentencia n.º 28/2021, de 26 de enero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (rec. 4/2021).

⁴⁹ *Vid* nota al pie núm. 4.



En consecuencia, se trata de estados que, como resulta de su propia esencia, han de administrarse con suma cautela, como igualmente debe serlo cualquier medida excepcional que se adopte fuera de ellos al amparo de la legislación sanitaria. No quiere lo anterior decir que jurídicamente no sea viable la adopción de unos y otros, pero siempre superando el correspondiente juicio de proporcionalidad y dentro del respeto al Estado de Derecho, cuyas normas en ningún caso son inamovibles. De este modo, si aplicados los anteriores parámetros, aun así se evidenciase la existencia de insuficiencias y la consiguiente necesidad o conveniencia de reformar la actual normativa o parte de ella, nada obstará (jurídicamente, al menos) para abordar dichas modificaciones que, por la especial sensibilidad de su objeto, deseablemente habrán de serlo con el máximo sosiego, debate y consenso posibles.

Solamente de este modo lograremos aunar la aparente, pero inexistente, dicotomía entre la imprescindible protección de la salud y el respeto a las restantes garantías, derechos y libertades dimanantes del ordenamiento jurídico, que constituyen el fruto de una larga evolución, de profundos debates, lentos avances —y, en ocasiones, retrocesos—, sacrificios y desvelos, individuales y colectivos, desarrollados durante ya varios siglos de constitucionalismo, a los que no puede ni debe renunciarse. Constituyen, en definitiva, un valioso legado que hemos recibido gracias a la clarividencia y tesón de generaciones pasadas, y que nosotros hemos de esforzarnos también en preservar y afianzar para generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana (2011). «El estado de alarma en España». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, pp. 305-334.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2020). «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19». *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 55. Iustel.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (1989). «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, pp. 47 a 85.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel (2021). «Derecho constitucional de excepción y Estado de Alarma». *Diario La Ley*, n.º 9789, Sección Justicia y Sociedad.
- CARRO MARTÍNEZ, Antonio (1998). «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional». En *Comentarios a la Constitución Española* (coordinada por ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), tomo IX, Ed. Edersa, pp. 210-262.

- COTINO HUESO, Lorenzo (2020). «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus». *Diario La Ley*, n.º 9608, Sección Doctrina.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1981). «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, pp. 93-128.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Ed. Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1985). «Constitución, Ley, Juez». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, n.º 15, pp. 9 a 24.
- KHAKKEE, Anna (2009). «Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe». *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Policy Paper*, n.º 30.
- LAFUENTE BALLE, José María (1989). «Los estados de alarma, excepción y sitio». *Revista de Derecho Político*, n.º 30, pp. 23-54.
- LECUMBERRI BEASCOA, Gabriel (2020). *El derecho de excepción. Una perspectiva de derecho comparado*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.
- LEIBHOLZ, Gerard (1971). «El Tribunal Constitucional de la RFA y el problema de la apreciación judicial de la política». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, pp. 89-100.
- PASCUA MATEO, Fabio; GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando, y MANUEL MIRANDA, Luis (2003-2018). *Sinopsis artículo 116*. Congreso de los Diputados (congreso.es).
- NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA (2020). «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista, IUSTEL*, n.º 86-87, Coronavirus ...y otros problemas, pp. 22-31.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020). «El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, v. 6, n.º 3, pp. 975-993.
- RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (2018). *Los «contenidos» de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Asociación de Constitucionalistas de España (aco.es).
- RUIZ MIGUEL, Carlos (2020). «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español». *Diario La Ley*, n.º 9656, Sección Tribuna.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara (2018). «Los estados excepcionales». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, pp. 361-393.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2020). *Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020). *Estado de alarma y distribución territorial del poder*. Instituto de Derecho local.