

La lucha contra el Covid-19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales

di Roberto L. Blanco Valdés

Abstract: The fight against Covid-19 and the declaration of unconstitutionality of the first state of alarm of 2020 in Spain: on the limitation and suspension of fundamental rights – The purpose of this work is to analyze the declaration of unconstitutionality carried out by the Spanish Constitutional Court of the first state of alarm declared by the Government of Spain in 2020 in order to face the serious consequences derived from the Covid-19 pandemic. The analysis of the corresponding judgment of the Spanish Constitutional Court is of great interest for the purposes of determining the system of limitation and suspension of rights in Spain in extraordinary situations.

Keywords: Covid-19; Alarm; Rights; Suspension; Limitation.

1. Introducción

La pandemia provocada en todo el planeta por el Covid-19 ha tenido efectos sanitarios, económicos, sociales y políticos (aunque no necesariamente, en todos los lugares, en el orden de gravedad que acaba de apuntarse) que han tendido en general a ser devastadores. Obviamente, no constituye el objeto de las páginas que siguen –basta con ver su título– analizar ninguna de las manifestaciones del coronavirus que acaban de apuntarse. Y es que el Covid-19 ha estado también en el origen de respuestas en la lucha contra sus terribles consecuencias que han afectado a los ámbitos de la investigación científica, de la política sanitaria, de la economía e, inevitablemente, del derecho.

La extrema gravedad de la situación provocado por el virus, nueva por su envergadura en la mayor parte de los en los países afectados y, desde luego, en todos los desarrollados, que no recordaban nada similar desde la llamada *gripe española* de 1918-1919 (conocida como *gripe asiática* en España), ha sido (está aún siendo cuando se escriben estas páginas, en enero de 2022) de tal envergadura que, en muchos lugares, los Estados se vieron forzados a echar mano de instrumentos jurídicos de naturaleza

extraordinaria –lo que, para entendernos, solemos llamar *derecho de excepción*– como único medio de tratar de controlar y poner freno al avance de una enfermedad, que en sus primeras manifestaciones no sólo era muy contagiosa sino que presentaba también, sobre todo en determinados grupos de edad, altos índice de letalidad.

En sociedades –las Occidentales– donde las limitaciones de derechos venían siendo excepcionales tanto en el espacio como en el tiempo desde después del final de la Segunda Guerra Mundial, tras el establecimiento en ellas de sistemas constitucionales altamente garantistas de las libertades democráticas¹, hubo de recurrirse de pronto a medidas restrictivas de no pocos derechos y libertades: limitaciones, de diversa naturaleza, de la libertad personal, como las vacunaciones obligatorias; de la libertad de circulación, como los confinamientos masivos de la población y los denominados toques de queda; de la libertad de comercio, con cierres de establecimiento y fijación de horarios especiales; de la libertad religiosa, como consecuencia de las limitaciones para el acceso a los lugares de culto; o de los derechos de reunión y manifestación, para prevenir los contactos y, en consecuencia, los contagios. Limitaciones todas, debe subrayarse, para cuya adopción resultó necesario en algunos países, y en función de las exigencias establecidas al respecto en cada ordenamiento jurídico (con rango constitucional o no), adoptar estados excepcionales que alteraban el régimen de normal ejercicio de los derechos y libertades.

Fue este, como es de muchos especialistas bien conocido, el caso de España, que declaró entre el 14 de marzo de 2020 y el 9 de mayo de 2021 hasta tres estados de alarma: el primero, que afectó a todo el territorio nacional, fue prorrogado en seis ocasiones por el Congreso de los Diputados y estuvo vigente entre el 14 de marzo y el 21 de junio del mismo año; el segundo, vigente entre el 9 y 24 de octubre de 2020 afectó sólo a nueve municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, entre los que se incluía la capital de España; el tercero se declaró en todo el territorio nacional, al igual que el primero, el día 25 de octubre de 2020 y, en medio de un formidable escándalo político, se prorrogó el 3 de noviembre, por una sola vez, y por un período de ¡seis meses!, hasta el 9 de mayo de 2021². Más allá de los debates políticos y jurídicos que en su día provocaron, y en alguna medida siguen provocando, las tres aludidas declaraciones del estado de alarma –debates que se refieren a su eficacia, a la coherencia entre los medios adoptados y los fines perseguidos, al control político sobre el Gobierno o al grado coordinación y colaboración entre la administración general del Estado y las administraciones autonómicas en la lucha contra el

¹ Véase, por todos, P. Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en *Revista Española de Derecho constitucional*, n° 25 (1989), 35-62.

² Puede consultarse, al respecto, la información oficial contenida en la página web de la Presidencia del Gobierno español en <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx> (enero de 2022).

coronavirus³— lo cierto es que una vez que España superó esa situación de alarma excepcional, en la que el país vivió durante 11 de los 14 meses transcurridos entre mediados de marzo de 2020 y principios de mayo de 2021, se produjo un hecho que, ya casi sin consecuencias jurídicas, iba a tenerlas inevitablemente desde el punto de vista político: la declaración, por parte del Tribunal Constitucional español, de que el primer estado de alarma decretado por el Gobierno era inconstitucional, por motivos que tenían que ver directamente con la violación, en los términos que veremos más abajo, del sistema de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas contenido en la Constitución española de 1978.

En las páginas que siguen me referiré precisamente a esta cuestión, lo que exigirá que proceder a analizar tres cuestiones diferentes: en primer lugar la regulación contenida en la Constitución española respecto de los tres estados excepcionales que en ella se contemplan (alarma, excepción y sitio); en segundo lugar, el contenido del decreto por el que el gobierno procedió a declarar el primer estado de alarma en marzo de 2020 y las medidas que, referidas a lo aquí tratado, se contienen en él; en tercer y último lugar, las razones por las cuales, en una importantísima sentencia para la interpretación del sistema de protección de los derechos y libertades contenido en nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional entendió que esta había sido violado por el primer estado de alarma de los tres declarados por el Gobierno.

2. El régimen regulador de los estados excepcionales en la Constitución de 1978

Tal régimen se compone de dos elementos: los previstos en los artículos 116 y 55.1 de la Constitución, a los que me referiré seguidamente.

2.1. El artículo 116 de la Constitución: los estados de alarma, excepción y sitio

Tras establecer, en su apartado primero, que una ley orgánica⁴ regulará los estados de alarma, excepción y sitio y las competencias y limitaciones correspondientes, el artículo 116 de la Constitución española opera de una

³ Ha tratado sobre la última de las cuestiones apuntadas en un breve comentario publicado en medio de la polémica sobre la participación de las diferentes administraciones en la lucha contra el Covid-19, en *La crisis del coronavirus y la dinámica institucional del Estado autonómico, Anuario Joly Andalucía 2021*, 59-60. Para un estudio en profundidad varios de los diversos trabajos contenidos en el libro editado por J. Tudela Aranda (Coord.), *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza, 2021.

⁴ Sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas en el ordenamiento constitucional español puede verse mi *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 2016. Existe una traducción al italiano, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, editada por M. Iacometti, Torino, 3ª edición, 2017.

forma peculiar, pues, al tiempo que disciplina algunos de los aspectos esenciales de los tres estados excepcionales que en ella se prevén para hacer frente a circunstancias que se producen fuera de la normalidad (alarma, excepción y sitio)⁵, guarda un silencio sorprendente sobre las situaciones de hecho que pueden justificar en cada caso su respectiva declaración. Apuntaré, pues, primero, lo que se prevé en el citado precepto de la Constitución, para pasar a ver después cómo ha colmado el legislador orgánico –en la ley 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio– el referido silencio de la ley fundamental.

El constituyente dejó cerradas dos cuestiones esenciales, una y otra dirigidas a evitar la que había venido siendo práctica habitual en la materia durante la historia constitucional europea: el abuso de los estados excepcionales por el poder gubernativo –muy frecuentemente, incluso, por el mando militar actuando al margen del Gobierno– con la finalidad de restringir los derechos y las garantías constitucionales de los ciudadanos⁶. Se establece, así, en la Constitución, por una parte, qué órgano del Estado, y en cuáles condiciones, es competente para proceder a la declaración de cada uno de los estados establecidos en su artículo 116: el de alarma, «será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo», debiendo determinar el decreto referido «el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración» (art. 116.2); el de excepción, «será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados», disponiéndose, además, que «la autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos» (art. 116.3); y el de sitio, finalmente, «será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno», debiendo el propio Congreso determinar «su ámbito territorial, duración y condiciones» (art. 116.4).

El mismo precepto constitucional fija, además, por otro lado, un sistema mínimo de garantías de funcionamiento de los poderes del Estado durante la vigencia de los tres estados referidos, que se concreta en cinco disposiciones al respecto (art. 116.5 y 6): a) que el Congreso no podrá disolverse mientras estén declarados algunos de los estados del artículo 116; b) que las Cortes quedarán automáticamente convocadas si no

⁵ Al respecto, por todos, P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

⁶ Es indispensables, en la materia, el excelente estudio de historia constitucional comparada de P. Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1980.

estuvieran en período de sesiones; c) que ni el funcionamiento de las Cortes, ni el de los restantes poderes del Estado, podrá interrumpirse durante la vigencia de los estados excepcionales; d) que la declaración de los estados excepcionales no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos constitucional o legalmente; y, por último, e) que si el Congreso estuviera disuelto o hubiera expirado su mandato y se produjeran cualquiera de las situaciones que dan lugar a los estados excepcionales, las competencias del Congreso corresponderán a su Diputación Permanente. El artículo 169 de la Constitución añade a todas ellas que no podrá iniciarse la reforma constitucional durante la vigencia de cualquiera de los estados previstos en su artículo 116.

Aunque, tal y como es fácil de apreciar, el nivel de garantías que el constituyente establecía en cada caso indicaba ya, con claridad, una gradación respecto del nivel, digamos de *gravedad*, de los tres estados excepcionales previstos en el artículo 116 de nuestra ley fundamental (de menor a mayor gravedad: alarma, excepción y sitio), el silencio de la Constitución en relación con los diferentes supuestos de hecho que respectivamente podrían habilitar al órgano constitucionalmente competente para proceder a declararlos, permitía al legislador orgánico interpretar las previsiones del constituyente de dos modos diferentes: bien concibiendo los tres estados como respuestas de grado, digamos *cuantitativamente*, diferente para la misma situación especial, respuesta que se iría intensificando en función de la creciente gravedad de los hechos que justificasen la declaración; o bien configurándolos como estados cualitativamente diferentes, a través de los que se hacía frente a situaciones de diversa naturaleza.

Esta última fue la decisión del legislador, que en la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio procedió a definirlos como respuestas diversas a situaciones de hecho diferentes. El de alarma podrá ser declarado cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: catástrofes, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias; paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad; el de excepción, «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 restablecerlos y mantenerlo»; y, por último, el de sitio, «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios». La ley orgánica citada constituye, por lo demás, una norma que regula rigurosamente el

régimen jurídico de los estados excepcionales, estableciendo las garantías materiales y procedimentales necesarias para impedir su utilización abusiva.

2.2. El artículo 55.1: la suspensión de los derechos fundamentales

Pero la regulación que hemos apuntado debe completarse en todo caso con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución en relación con la suspensión de los derechos y libertades⁷. Su apartado primero, que es el que ahora aquí nos interesa, enumera, en primer lugar, los derechos que podrán ser objeto de suspensión; detalla, en segundo lugar, la circunstancia bajo la que aquella podrá tener lugar; y, añade, en tercer lugar, una excepción concreta en relación con las dos disposiciones anteriores. Veamos las tres cuestiones en el mismo orden en que ahora acaban sucintamente de exponerse.

En relación con la primera dispone la Constitución española que sólo podrán suspenderse en nuestro ordenamiento jurídico los derechos reconocidos en el artículo 17 (derecho a la libertad y a la seguridad, duración máxima de la detención preventiva, garantías del detenido y habeas corpus), en los apartados 2 y 3 del artículo 18 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), en el artículo 19 (libertades de residencia y circulación), en los apartados 1.a) y d) y 5 del artículo 20 (libertades de expresión e información y prohibición de secuestro de publicaciones y medios de información, salvo por resolución judicial), en el artículo 21 (derechos de reunión y manifestación), en el apartado 2 del artículo 28 (derecho de huelga) y en el apartado 2 del artículo 37 (derecho de los trabajadores y empresarios a la adopción de medidas de conflicto colectivo). La precisa enumeración de los derechos, libertades y garantías constitucionales que pueden ser excepcionalmente suspendidos supone para aquellos, como es obvio, una protección adicional que se une a los diversos mecanismos de defensa contenidos al respecto en la Constitución, pues significa, a sensu contrario, que todos los derechos, libertades y garantías constitucionales que no aparecen expresamente enumerados en el artículo 55 son siempre resistentes a la suspensión. Las aludidas previsiones se completan con lo dispuesto en el artículo 117.5 de la ley fundamental según el cual la jurisdicción militar, cuyo ejercicio deberá ser regulado por la ley en el ámbito estrictamente castrense, podrá ser extendida más allá del mismo, es decir a los civiles no sujetos a disciplina militar, solo en los supuestos de estado de sitio.

En todo caso –y esta es la segunda cuestión que dejé antes apuntada– la eventual suspensión de los derechos, libertades y garantías constitucionales que puedan serlo, según acaba de verse, queda sujeta a una limitación fundamental, que expresa el verdadero sentido de nuestro

⁷ Me he referido a la cuestión en mi comentario al artículo 55 de la Constitución, en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (Dir.), *Comentarios a la Constitución española. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, 2018, vol. I, 969-979.

derecho para situaciones de emergencia: que aquella sólo podrá producirse cuando se acuerde la declaración de los estados de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (art. 116). Y son estos términos, precisamente, los que introducen una gran limitación en la aplicación del derecho de excepción. En efecto, y como hemos visto más arriba, mientras el estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno durante un plazo máximo de 15 días (aunque su prórroga ulterior queda sujeta a autorización del Congreso) el estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, quedando sujeta tal declaración a la previa autorización del Congreso, y estado de sitio, sólo podrá ser declarado por el Congreso de los Diputados, que únicamente podrá acordarla por mayoría absoluta y a propuesta exclusiva del Gobierno.

El artículo 55 Constitución contiene, finalmente, en el último inciso de su apartado primero, una previsión especial en relación con las garantías del detenido contenidas en el apartado 3 del artículo 17: que ninguna de ellas (el derecho de toda persona detenida a ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar y el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca) podrá ser suspendida durante la vigencia del estado de excepción o, lo que es lo mismo, que sólo podrán serlo durante la vigencia del de sitio.

Sea como fuere, y hasta el comienzo de la terrible pandemia del Covid-19, lo mejor que podía decirse de las previsiones contenidas en los artículos 116 y 55.1 de la Constitución y en la ley orgánica de desarrollo del primero de los dos, es que de los tres estados excepcionales sólo uno, el de alarma –como hemos visto el menos *grave* de los tres– se habían declarado a lo largo más de tres décadas de vida democrática y, en todo caso, una sola vez. Y ello a pesar de la durísima lucha que la democracia española debió mantener, sin tregua, desde antes incluso de la aprobación de la Constitución de 1978, pero muy especialmente tras su entrada en vigor, contra diversos grupos terroristas, sobre todo contra la banda ETA, que llegó a asesinar a cerca de 900 personas, dejó cientos de heridos, casi un centenar de secuestrados (10 de ellos asesinados) y causó daños incontables en la vida política, social y económica española. Pese a todo ello no sería sino hasta la aprobación el 4 de diciembre de 2010 de un Real Decreto⁸ por el que se declaraba el estado de alarma para hacer frente a una huelga de controladores aéreos⁹, que el artículo 116 tuvo aplicación, un dato que,

⁸ 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.

⁹ La respuesta jurídica del Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero a la huelga de controladores aéreos generó un gran debate político y toda una serie de pronunciamientos judiciales, algunos muy recientes (la sentencia 213/2022 de la Audiencia provincial de Madrid, de 30 de marzo de 2022). Sobre ella, situándola en su contexto, y con

colocado en la perspectiva de la historia de España¹⁰, dejaba clara constancia, de un giro fundamental en relación con el normal ejercicio de los derechos y libertades en nuestro país. Y ello fue así hasta que comenzó la terrible pandemia del Covid-19.

3. La declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020

Tras semanas de titubeos y clara indecisión y pese a los signos evidentes de que la epidemia del Covid-19, que ya golpeaba en China y el norte de Italia con fuerza inusitada, comenzaba también a extenderse por España, no fue hasta el día 14 de marzo –seis días después de celebrarse en toda España, como si nada ocurriera, docenas de manifestaciones, algunas como la de Madrid multitudinarias, para conmemorar el 8 de marzo el Día Internacional de la Mujer– que el Gobierno de España decidió hacer frente a la expansión del coronavirus mediante la declaración de un estado de alarma. En el preámbulo del Real Decreto del Gobierno¹¹ se proclamaba que “para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma” y se subrayaba algo que andando el tiempo terminaría por ser, como veremos, la cuestión fundamental que desde el punto de vista jurídico aquella declaración vino a suscitar: “Las medidas que se contienen en el presente real decreto –añadía el preámbulo– son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”.

Tras proceder a declarar el estado de alarma, fijar su ámbito territorial y duración, determinar que la autoridad competente a sus efectos sería el Gobierno y fijar el régimen de colaboración con las autoridades competentes delegadas y el régimen de gestión ordinaria de los servicios, el Real Decreto establecía toda una serie de medidas de carácter excepcional, a juicio del Gobierno necesarias para luchar contra la expansión de la pandemia y coherentes, según el criterio jurídico del ejecutivo con el margen de maniobra constitucional que le otorgaba el estado de alarma declarado: requisas temporales y prestaciones personales obligatorias; medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación; medidas de

una dura crítica a la acción del Gobierno, puede verse el artículo de Pedro Gragera, presidente de la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), “Controladores: todo fue una farsa”, en diario *El Mundo*, de 26 de abril de 2022 (<https://www.elmundo.es/opinion/2022/04/26/6266a901fdddf68368b459b.html>) (mayo de 2022).

¹⁰ Véase, por todos, M. Ballbé, *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, centrado en la problemática del abuso de la legislación especial y los estados excepcionales durante la historia constitucional española.

¹¹ 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.

contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales; medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas; medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional; medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública; medidas en materia de transportes; medidas para garantizar el abastecimiento alimentario; medidas para garantizar el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural; medidas para la protección de infraestructuras críticas; medidas en relación con los medios de comunicación de titularidad pública y privada; y medidas relativas a la suspensión de los plazos administrativos y los plazos procesales y a los plazos de prescripción y caducidad. Además de determinar el carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto habilitaba al Gobierno durante la vigencia del estado de alarma a dictar sucesivos decretos que modificasen o ampliasen las medidas establecidas en él, de los cuales habría de dar cuenta al Congreso de los Diputados de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 de la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio.

A propósito, no hemos mencionado, entre todas las citadas previamente, las medidas de hecho más relevante en relación con el ejercicio de los derechos y libertades personales, por ser, precisamente, las que aquí nos interesan y las que, en consecuencia, trataremos de forma monográfica. A tales medidas se refería el artículo 7º del Real Decreto, precepto que dispuso finalmente lo que ahora veremos en relación con la limitación de la libertad de circulación de las personas. En su apartado primero establecía que durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrían circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberían realizarse individualmente, salvo que se acompañase a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10¹²; b) asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; c) desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial; d) retorno al lugar de residencia habitual; e) asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; f) desplazamiento a entidades financieras y de seguros; g)

¹² El artículo 10 se refería a las “Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”.

por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; y h) cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Añadía además, en sus apartados tres y cinco, que serían, junto con el anterior, los finalmente declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional que “igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio” (art. 7.3); y que el Ministro del Interior podría “acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos” (art.7.5)¹³.

La población iba a quedar finalmente sometida durante un largo período de tiempo –nada más y nada menos que 14 semanas: 98 días– a un estricto régimen de confinamiento en sus hogares, que sólo podría ser excepcionalmente incumplido, según acaba de verse, en los casos limitados específicamente fijados en el Real Decreto. De hecho la vulneración ilegal del régimen de confinamiento dio lugar durante el período de duración del primer estado de alarma a la imposición de un altísimo número de multas: 1.142.127 en la totalidad del territorio español entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020¹⁴. Pero el duro confinamiento impuesto, de forma paralela a lo sucedido en otros muchos países del planeta –indispensable a juicio de la mayoría de los especialistas médicos (virólogos, inmunólogos, epidemiólogos) para tratar de contener la expansión de un virus que presentaba entonces, en sus primeras variantes, incluso en los países desarrollados, con sistemas sanitarios de notable calidad, un alto índice de mortalidad– iba a plantear en España un problema legal que algunos juristas nos adelantamos a suscitar en los medios de comunicación incluso antes de que el mismo llegase al Tribunal Constitucional: el de si ese régimen de confinamiento suponía, como sostenía expresamente el Gobierno de España en el propio Real Decreto en que procedía a establecerlo, una mera *limitación* de los derechos y libertades, por más intensa que aquella pudiese resultar (limitación posible, sin duda, mediante el estado de alarma declarado por el ejecutivo) o constituía, por el contrario, una auténtica *suspensión* de los derechos y libertades afectados o de algunos

¹³ El apartado quinto del artículo 7º del Real Decreto añadía que “cuando las medidas a las que se refiere el párrafo anterior se adopten de oficio se informará previamente a las administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial” y que “las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado”.

¹⁴ Puede verse al respecto la información del diario *La Voz de Galicia*, de 22 de octubre de 2021, en <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2021/10/22/gobierno-ordena-devolver-multas-estado-alarma/00031634919011823781288.htm> (enero 2022).

de ellos, lo que hubiera exigido en todo caso, según hemos visto dispone la Constitución española en su artículo 55.1, la declaración del estado excepción y no del estado de alarma. Y esa fue finalmente la cuestión esencial que acabaría por abordar, como veremos ya para terminar este trabajo, el Tribunal Constitucional español en su importantísima sentencia de 14 de julio de 2021¹⁵.

4. La sentencia del TCE 148/2021, de 14 de julio y el régimen de ejercicio de los derechos y libertades en España

Con fecha de 28 de abril de 2020 más de 50 diputados del Grupo parlamentario Vox, tercera fuerza en número de escaños en el Congreso de los Diputados español, tras el PSOE y el PP, presentó un recurso de inconstitucionalidad (2045/2020) contra varios de los preceptos del Real Decreto por el que el Gobierno procedió a declarar el estado de alarma el 14 de marzo de 2020, así como contra una norma de modificación de la anterior y los Reales Decretos de prórroga del estado de alarma aludido. Aunque el recurso planteaba un gran número cuestiones, me centraré a continuación exclusivamente en la que convirtió de hecho a la sentencia del Tribunal Constitucional español en una resolución muy relevante para el ejercicio en España de la libertad de circulación y para la distinción entre la limitación y la suspensión de aquella libertad y de los derechos en general¹⁶.

a) Los *recurrentes* sostenían, al respecto, entre otras cosas, que el citado artículo 7º del Real Decreto 463/2020 era inconstitucional al vulnerar los artículos 55.1 y 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981 en relación con varios derechos fundamentales en ella

¹⁵ Sentencia 148/2002, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. *Boletín Oficial del Estado* [BOE] nº 182, de 31 de julio de 2021, 93561 a 93655.

¹⁶ Aparecidos antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, de 2021, a la que me referiré a continuación, sobre la cuestión limitación o suspensión puede verse los trabajos de I. Gómez Fernández, *¿Limitación o suspensión?* Una teoría de los límites de los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales, F.J. Díaz Revorio, *Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales* y L. Cotino Hueso, *(La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente al Covid*, este último con un buen resumen de las posiciones de varios autores españoles al respecto. Todos en C. Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021, 75-195.

contemplados: entre otros, y por lo que aquí nos interesa, los previstos, en el artículo 19 de la Constitución (libertades de residencia y circulación).

En efecto, el artículo 7º del Real Decreto 463/2020 suponía, según los diputados de Vox, “una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia (art. 19 CE), pues mediante este precepto el Gobierno ha impuesto el confinamiento de la totalidad de la población residente en el territorio nacional y, con ello, una suspensión del derecho fundamental contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981”. En tal sentido era suficiente, seguían sosteniendo los citados diputados, con “acudir a la Ley Orgánica 4/1981 (integrante del bloque de constitucionalidad a los efectos del artículo 28.1 LOTC), cuyo artículo 11 a) solo permite, para el estado de alarma, «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos», sin que se autorice restricción alguna respecto de la libertad fundamental de residencia. Solo en los estados de excepción o de sitio cabe acordar la suspensión de los derechos fundamentales del artículo 19 CE y, a estos efectos, lo que entiende la Ley Orgánica 4/1981 por suspensión son las limitaciones autorizadas en su artículo 20”.

En consecuencia con todo ello, a juicio de los recurrentes, la “derogación” del derecho fundamental proclamado en el artículo 19 de la Constitución era “de tal intensidad que incluso sería discutible su adopción en los estados de excepción o de sitio (art. 20, ya citado, de la Ley Orgánica 4/1981), pues en estos estados la suspensión de estos derechos se entiende como la imposición de restricciones parciales de movimiento, limitadas bien espacialmente, bien subjetivamente, en cuanto referidas a determinadas personas por fundados motivos, en razón a la peligrosidad para el mantenimiento del orden público. Frente a ello, lo que opera el artículo 7º es una verdadera derogación, durante la vigencia del estado de alarma, de la libertad de circulación en todo el territorio nacional y para la totalidad de la ciudadanía. Además, para determinados grupos de personas la ablación del derecho fundamental no conoce excepción alguna (niños o personas dependientes que no puedan salir del domicilio por sí solos), lo que supone un absoluto confinamiento que queda confirmado por la Orden SND/370/2020, de 25 de abril¹⁷, que permite, a partir de su publicación, un paseo diario de menores de 14 años en las condiciones allí establecidas. De lo expuesto resulta la vulneración, por los reales decretos impugnados, de los artículos 116 y 55.1 CE, en relación con el derecho fundamental a la libertad de circulación”. Además de todo ello, los recurrentes defendían igualmente “la vulneración del derecho fundamental a la libertad de residencia, también reconocida en el art. 19 CE, que protege la conducta del individuo consistente en elegir libremente su residencia en territorio

¹⁷ Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

español, entendido como derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente”.

b) El *Gobierno*, por su parte, y a través del abogacía del Estado, respondió a las consideraciones de los recurrentes reconociendo en primer lugar 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)” pero añadiendo de inmediato que sí era posible “la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio.” A ese respecto, la abogacía del Estado manifestaba que “no existe una gradualidad entre los estados de alarma, excepción y sitio, respondiendo cada uno de ellos a diferentes causas. Así, el estado de excepción se relaciona con razones de tipo político que afectan a los derechos fundamentales, al funcionamiento de las instituciones democráticas, etc., no de crisis sanitarias, donde no existe subversión alguna o peligro de crisis constitucional. En el caso del estado de alarma, se trata siempre de crisis naturales, sanitarias o tecnológicas, que tienen en común el rasgo de no afectar al orden público, y de ser susceptibles de una valoración técnica y científica, no política. Detrás de ello se encuentra la opción del legislador orgánico de dejar el estado de alarma al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, reservándolo para supuestos de catástrofes naturales. Y la situación ante la que nos encontramos, y que los recurrentes no discuten, responde exactamente a la previsión del artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, pues se trata de una epidemia grave a la que no se puede dar respuesta por los cauces ordinarios, por lo que el Gobierno procedió a la declaración del estado de alarma como el único instrumento posible y constitucionalmente previsto para proteger la integridad física, la vida, la salud y el bienestar de los ciudadanos frente a la propagación de la COVID-19”.

En definitiva, concluía la abogacía del Estado, la declaración del estado de alarma “no permite la suspensión de derechos fundamentales, pero sí su limitación. El artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y que su aplicación se hará de forma proporcionada a las circunstancias. En los Reales Decretos que han acordado las sucesivas prórrogas se han incluido modificaciones del Real Decreto 463/2020 mediante las que se ha precisado, ampliado o rebajado el alcance de las medidas iniciales, lo que muestra que las limitaciones a los derechos fundamentales se han ido reduciendo y adaptando de forma proporcionada a la evolución de la pandemia, sin que en ningún caso se hayan suspendido derechos fundamentales. Y en todo momento se ha mantenido el control del Congreso y la tutela judicial efectiva”. “Limitar un derecho –añadía el abogado del Estado en defensa de la norma recurrida–

no equivale a suspenderlo, y en cada uno de los derechos fundamentales que los demandantes consideran suspendidos, lo que se ha producido es una limitación del mismo. Existen conflictos entre derechos fundamentales que se resuelven con la determinación del que resulta prevalente y tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admiten la limitación de los derechos cuando se respeta el principio de proporcionalidad”.

A tal respecto, y “en el marco del estado de alarma”, seguía manifestando la abogacía del Estado “el Gobierno puede imponer límites o restricciones a las libertades individuales (arts. 11 y 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981 y STC 83/2016, FJ 8). En concreto, el artículo 11 a) de la Ley Orgánica dispone que el decreto de declaración del estado de alarma podrá, entre otras medidas, limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarla al cumplimiento de ciertos requisitos; en tanto que el artículo 12.1 prevé que en los supuestos de los apartados a) y b) del artículo 4, la autoridad competente podrá adoptar por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. A partir de esta premisa, debe señalarse la diferencia cualitativa entre los conceptos de «limitación» y «suspensión» de los derechos fundamentales, *conceptos que no se distinguen por una relación de intensidad o grado, sino que responden a lógicas constitucionalmente distintas*”¹⁸.

La abogacía del Estado insistirá, como ya ha podido verse, no sólo en el hecho de que la limitación (que no suspensión, a su juicio) de los derechos operada por el estado de alarma no solo era proporcional a los objetivos que con aquel pretendían conseguirse en la lucha contra una terrible pandemia, sino también en que el estado que la ley 4/1981 ha previsto para tales supuestos era precisamente el de alarma y no el de excepción. Según la abogacía “el presupuesto que habilita para declarar el estado de alarma es un infortunio natural, no un grave riesgo para el orden constitucional o la soberanía nacional, que sí puede desencadenar, con el estado de excepción, la suspensión de ciertos derechos fundamentales, es decir, la exclusión absoluta de su disfrute, conforme a lo establecido en el artículo 55.1 CE, y que debe interpretarse de forma restrictiva, pues constituye una dispensa formal del contenido de ciertos derechos fundamentales. *Es un mecanismo intrínsecamente distinto al de una limitación o restricción de los derechos fundamentales, que cabe en el estado de alarma, diferenciación que responde a una lógica que excluye cualquier grado de intensidad o graduación entre suspensión y restricción*”¹⁹.

La abogacía del Estado, sostendrá, en conclusión, frente a la impugnación por inconstitucional del artículo 7º del Real Decreto de

¹⁸ Las cursivas son mías.

¹⁹ Las cursivas son mías.

declaración del estado de alarma, que aquel “en sus diversas redacciones, establece una limitación de la movilidad de los ciudadanos, necesaria para evitar la propagación de la enfermedad, que limita el ejercicio del derecho a la libertad de circulación sin suspenderlo. Ciertamente es que las medidas han sido especialmente intensas, pero se han adoptado, como en el resto de los países, con criterios científicos por la rápida e intensa capacidad de contagio, siendo una restricción no de origen político, sino sanitario, que se subsume en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981. Algunas de las medidas adoptadas figuran en el estado de excepción, pero desde una perspectiva distinta, esto es, el mantenimiento del orden público. Las medidas no han sido absolutas, sino que han permitido, desde el primer momento, la movilidad de las personas en los casos previstos en los reales decretos para poder atender las necesidades básicas. Por eso debe declararse inadmisibles la impugnación del precepto en su conjunto, pues también se extendería a los supuestos en que, precisamente, no se ha puesto obstáculo alguno a la libertad de movimientos [...] En suma, estas limitaciones en ningún caso constituyen una suspensión de derechos como la prevista en el artículo 55 CE; hallan cobertura legal suficiente en los artículos 11 y 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981; persiguen una finalidad plenamente legítima; cumplen con los tres requisitos del principio de proporcionalidad y no vulneran el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE), pues no lo convierten en irreconocible, al configurar de modo amplio las condiciones que permiten seguir ejerciendo libremente el derecho. En consecuencia, este motivo debe ser desestimado”.

c) El *Tribunal Constitucional*, en fin, precisará en su sentencia, el asunto esencial que le corresponde dilucidar, en relación con la constitucionalidad del Real Decreto de alarma que se somete a su consideración: “En qué medida el «derecho a [...] circular por el territorio nacional» garantizado en el art. 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa *pro tempore* en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado de alarma «las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [...] ciertas actividades» allí definidas; especificando, además, que tales actividades «deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada»”.

Y así, tras dejar sentado el Tribunal con toda precisión que “no es esta la sede adecuada para resolver cuestiones teóricas que han suscitado y siguen suscitando polémicas doctrinales, por importantes que sean, pero sí para establecer, [...] «pautas importantes en la interpretación y aplicación» de la norma impugnada, que se pueden «traducir en la enunciación de criterios de actuación» para el futuro”, manifiesta el supremo intérprete de la Constitución que “el juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario

que se hiciera con ocasión del estado de alarma. Ello conlleva que la limitación por defecto de la libertad deambulatoria consignada en el artículo 7 sería inconstitucional si, por entrañar una cesación de este derecho fundamental, solo pudiera adoptarse mediando tal suspensión de vigencia del mismo. Para determinar esta controvertida cuestión procederemos a analizar en qué consiste la limitación que prescribe el art. 7 y hasta qué punto procede calificarla de constricción tan intensa de esa libertad constitucional que solo cabe mediando la suspensión de su vigencia” (Fto. Jco 5).

Resulta justamente en ese sentido en el que Tribunal se pronuncia con toda claridad, al sostener que “en lo que aquí ahora interesa destacar, es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las «vías o espacios de uso público» a los que se refiere el artículo 7.1, con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del por qué de su presencia en tales vías y espacios. Y esto es, precisamente, lo que queda en general cancelado mediante la medida que se controvierte, pues los apartados 1 y 3 de ese artículo acotan las finalidades que pueden justificar, bajo el estado de alarma, la circulación por esos ámbitos de ordinario abiertos; mientras que el número 5 habilita al ministro del Interior a cerrarlos con carácter general. Y ello, aun cuando el acotamiento concluya con dos cláusulas generales [«fuerza mayor o situación de necesidad», o cualquier «otra actividad de análoga naturaleza», en los puntos g) y h)], y al margen de que la relación de «actividades» excluidas de la limitación no constituya, conforme al propio real decreto, un exhaustivo *numerus clausus*” (Fto. Jco. 5).

Añade el Tribunal, continuando con el razonamiento anterior, que “basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad («podrán») de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad («únicamente [...] para la realización» de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias («individualmente», de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de «circular por las vías de uso público», y la «única» salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g] y h]) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite «limitar» para el estado de alarma [«la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados»: art. 11, letra a)] (Fto. Jco. 5).

De tales consideraciones deduce el Tribunal Constitucional español una evidente conclusión respecto de las aludidas restricciones, tanto por lo

relativo a sus destinatarios, como en lo referido a su intensidad: que la contenidas en el artículo 7 del Real Decreto del Gobierno aparecen, en consecuencia, “más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto” (Fto. Jco. 5).

Por todo lo cual, sigue el Constitucional, el “tribunal no puede compartir la tesis del abogado del Estado, para quien esta medida no haría «irreconocible» el derecho y resultaría acorde con la garantía que enuncia el artículo 53.1 CE frente a cualquier regulación legislativa del ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Norma fundamental. A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término «suspensión», parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscrito como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de «suspensión» utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter «meramente» restrictivo, y no suspensivo” (Fto. Jco. 5).

Afirmado todo lo anterior –que las restricciones establecidas en el artículo 7 del Real Decreto de alarma suponen una suspensión y no una mera limitación de la libertad de circulación prevista en el artículo 19 de la Constitución –“todo lo cual conduce a declarar la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del precepto impugnado”–, se ocupa el Tribunal Constitucional de la otra cuestión planteada por la abogacía del Estado, es decir, la relativa a que es el estado de alarma y no ninguno otro de los previstos en el artículo 116 de la Constitución, el que según su ley orgánica de desarrollo (4/1981) procede en el caso de una grave pandemia como la que con la adopción de dicho estado de alarma trataba de combatirse:

“Ahora bien –apunta el intérprete de la Constitución a ese respecto–: es cierto que el legislador de 1981 incluyó, a título de ejemplo, en el art. 4 LOAES una serie de circunstancias fácticas como *causas* que legitimaban la declaración del estado de alarma (catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos, desabastecimientos), y que todas ellas tienen en común –en línea con los argumentos expuestos en los debates constituyentes– la ausencia de motivación política. Pero no lo es menos que, al prever en el art. 13.1 las circunstancias justificativas de la declaración del estado de excepción, el mismo legislador omite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los *efectos perturbadores* provocados en la sociedad para invocar dicho estado como respuesta ante situaciones en que «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» (Fto. Jco. 11).

Y será precisamente, a juicio del Tribunal Constitucional, esa descripción del estado de excepción que se contiene en la ley 4/19881, la que hubiera posibilitado la declaración de tal estado para hacer frente a la pandemia de una forma respetuosa con las medidas adoptadas en el artículo 7 del Real Decreto de alarma: “Así las cosas, resulta claro que, aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia [lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma *ex* art. 4 b) LOAES], la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un «estado de excepción». Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas «dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles» para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa. Como apunta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su mencionada decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheş c. Rumanía*, «no cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 puede tener efectos muy graves no solo para la salud, sino también para la sociedad, la economía, el funcionamiento del Estado y la vida en general» (§ 39). Cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado

de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad. En definitiva, 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 fundamento jurídico 5) de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la «previa autorización del Congreso de los Diputados» prevista en el art. 116.3” (Fto. Jco. 11).

5. Conclusión

Dada la conflictividad de la cuestión, que afectaba a medidas sanitarias de gran importancia en la lucha contra el Covid-19, la sentencia –que, según ya se ha apuntado, estimó parcialmente el recurso presentado por los diputados de Vox y que, en lo que aquí nos interesa, declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7º del Real Decreto de alarma– fue aprobada por 6 votos a 5, al estar vacante, por dimisión de un magistrado, uno se los 12 que conforman el Tribunal Constitucional. Cada uno de los cinco magistrados discrepantes firmó, por su parte, un voto particular a la sentencia²⁰. Nada que no pueda considerarse normal en un órgano colegiado que decide por mayoría y que lo ha hecho de ese modo en muchas ocasiones anteriores y en relación con asuntos de muy relevante trascendencia²¹.

Por lo demás, y como dejó sentado el juez Marshall en su celeberrima sentencia sobre el caso *Marbury v. Madison* (1803), el asunto objeto de decisión del Tribunal en relación con la cobertura constitucional de las limitaciones a la libertad de movimientos derivadas de la declaración del estado de alarma no era “de dificultad proporcional a su interés”²². En efecto, y dada la claridad de la norma constitucional que impide *suspender* determinados derechos salvo mediante la declaración del estado de

²⁰ Formularon votos particulares el entonces presidente del Tribunal, Juan José González Rivas y los magistrados, Andrés Ollero Tassara, Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón. Todos pueden verse en *Boletín Oficial del Estado* nº 182, de 31 de julio de 2021, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13032> (enero 2022).

²¹ Como subrayó con acierto el antiguo magistrado del TCE Manuel Aragón Reyes, “[...] una ley o una sentencia son perfectamente válidas si alcanzan la mayoría que se requiere para dictarlas, sin que ello reste un ápice a su validez”. En su, por lo demás, excelente artículo en defensa de la sentencia que comentamos, “El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma”, en *El País*, de 4 de agosto de 2021.

²² Me he referido a la cuestión en mi libro *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 3ª edición, 181. Hay traducción italiana, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova, 1997.

excepción o de sitio, las cuestiones que debería resolver el constitucional eran dos esencialmente.

Respecto de la primera –si las previsiones del Real Decreto de alarma suspendían o restringían la libertad de circulación de las personas en territorio español– parece evidente que, si las medidas adoptadas no constituirían una suspensión, tal situación jamás podría llegar a producirse, lo que dejaría sin sentido no sólo el contenido del artículo 55.1 de la Constitución sino un elemento esencial de nuestro sistema de protección de los derechos y libertades. Más allá de que la medida del confinamiento fuera, como reconoce el propio Tribunal, idónea, razonable, proporcionada y comparable a las adoptadas en otros países europeos para luchar contra la pandemia que se pretendía combatir ¿puede definirse como una simple limitación de la libertad de circulación un confinamiento de carácter general y universal que sólo puede ser desatendido en casos tasados relacionados con necesidades básicas de las personas como salir para comprar alimentos o medicinas o ir al médico, para ayudar a mayores o menores dependientes o para acudir al trabajo en los casos donde se desarrollaba que no estaban cerrados? Si tal regulación no constituye una suspensión del derecho a la libre circulación, y así lo aprecia a mi juicio correctamente el Tribunal (“[...]a menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término «suspensión» [...]”) la suspensión de aquel sería una mera posibilidad teórica de imposible plasmación práctica.

La solución a la segunda cuestión resulta aún, a mi parecer, más evidente: de la letra de la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma excepción y sitio, se deduce, sin duda, como sostuvo el abogado del Estado, que el legislador orgánico estableció que en casos de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” el estado que sería procedente declarar sería el de alarma. Pero nada impide que en una pandemia de una envergadura que el propio legislador orgánico no pudo ni siquiera llegar a imaginar y menos aún a prever (con un único precedente comparable en la llamada gripe española de 1918) pueda proceder a declararse el estado de excepción (que sí permite suspender los derechos previstos en el artículo 55.1 de la Constitución) siempre y cuando la situación que lleva a declarar el estado excepcional de que se trate se ajuste a las previsiones contenidas en la ley orgánica 4/1981, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución. Y tal fue precisamente el caso que según el Tribunal acabó por producirse como consecuencia de la terrible pandemia que comenzó en los primeros meses de 2020: que aquella, ajustándose a las exigencias del artículo 13.1 de la ley orgánica citada, dio lugar a que resultasen gravemente alterados el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas (con una *suspensión* del parlamento, que fue igualmente declarada

inconstitucional por el supremo intérprete de nuestra ley fundamental)²³ y el de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

En todo caso, y más allá del juicio que merezca a cada cual en estrictos términos jurídicos la sentencia del TCE 148/2021, de 14 de julio, lo verdaderamente anormal en todo el proceso político que comenzó con la presentación del recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto de declaración del estado de alarma y finalizó con la sentencia que lo estimó parcialmente fue la respuesta final del Gobierno frente al pronunciamiento llevado a cabo, dentro de su ámbito constitucional de facultades, por el supremo intérprete de la Constitución. La ministra de Justicia afirmó a finales de octubre de 2021 que el estado de alarma anulado por el Constitucional “fue avalado socialmente” por los grupos parlamentarios, añadiendo que se “trataba de una cuestión jurídicamente controvertida”, sin llegar a entender que para los poderes públicos –no, evidentemente, para la doctrina constitucional– el asunto quedó zanjado por la sentencia del Tribunal Constitucional, que es quien en nuestro ordenamiento está facultado para cerrar los conflictos derivados de la interpretación de la Constitución. Pocos días después, a principios de noviembre, el presidente del Gobierno fue mucho más allá que su ministra de Justicia y en un claro desafío institucional al supremo intérprete de la Constitución, que lo es porque así lo señala expresamente el artículo 1º de su ley orgánica reguladora (2/1979, de 3 de octubre), se reafirmó en su decisión de recurrir al estado de alarma y puso de relieve que si tuviese que volver a adoptarlo “lo haría de nuevo”. Toda una declaración, esta, de intenciones, sobre la consideración que a la segunda autoridad del Estado la merece el orden de competencias y facultades de los poderes y órganos en los que aquel se organiza y a través de los cuales actúa, sea en situaciones de normalidad, sea en situaciones de emergencia²⁴.

Roberto L. Blanco Valdés
Dip.to di Derecho Público y Teoría del Estado
Universidad de Santiago de Compostela
robertoluis.blanco@usc.es

²³ Véase la Sentencia TCE 168/2021, de 5 de octubre de 2021 (*BOE* n° 268 de 9 de noviembre de 2021. Información al respecto en www.rtve.es/noticias/20211005/constitucional-suspension-actividad-parlamentaria-pandemia/2180701.shtml (enero 2022).

²⁴ Ambas declaraciones están tomadas de informaciones aparecidas en el diario *La Voz de Galicia*, los días 29 de octubre y 8 de noviembre de 2021.