



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS OF INTERNATIONAL EXCELLENCE

**¿Estado de alarma o estado de excepción?
Estudio de la situación jurídica de los derechos
fundamentales durante el estado de alarma**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2020-2021

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Constitucional

Adrián Mateos Moro

Tutorizado por Mercedes Iglesias Bárez

RESUMEN

El Derecho de excepción es aquel sector del ordenamiento jurídico que pretende resolver situaciones de crisis constitucional, para las que no tiene solución el derecho ordinario, mediante la concentración de poderes en manos de una autoridad y la limitación o suspensión de derechos fundamentales. La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha hecho que se ponga en marcha los estados excepcionales en toda Europa y en nuestro país, en particular. En este trabajo, pretendemos tras analizar el Derecho de excepción, hacer un estudio de cuál ha sido la situación de los derechos fundamentales durante la pandemia. En concreto, analizaremos si procedía haber declarado un estado de alarma o un estado de excepción y, consiguientemente, veremos si los derechos fundamentales se han limitado o suspendido. Haremos un estudio más detallado del derecho a la libertad de circulación reconocido en el artículo 19 Constitución Española debido a la gran controversia jurídica, política y social que ha girado en torno a él.

PALABRAS CLAVES: Derecho de excepción, estado de alarma, estado de excepción, limitación y suspensión de derechos fundamentales, libertad de circulación.

ABSTRACT

Exceptional law is that sector of the legal system that seeks to resolve situations of constitutional crisis, for which ordinary law has no solution, by concentrating powers in the hands of an authority and limiting or suspending fundamental rights. The health crisis caused by COVID-19 has led to the implementation of exceptional states throughout Europe and in our country, in particular. In this paper, after analyzing the law of exception, we intend to make a study of the situation of fundamental rights during the pandemic. Specifically, we will analyze whether it was appropriate to have declared a state of alarm or a state of emergency and, consequently, we will see whether fundamental rights have been limited or suspended. We will make a more detailed study of the right to freedom of movement recognized in Article 19 of the Spanish Constitution due to the great legal, political and social controversy that has revolved around it.

KEY WORDS: Exception law, state of alarm, state of emergency, limitation and suspension of fundamental rights y freedom of movement.

ABREVIATURAS

Constitución Española de 1978 → CE

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa → LOLR

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

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión → LODR

Ley Orgánica 31/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública → LOMESP

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad → LGS

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública → LGSP

Real Decreto → RD

Artículo → ART.

Sentencia Tribunal Constitucional → STC

Auto Tribunal Constitucional → ATC

Tribunal Superior de Justicia → TSJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia → STSJ

Auto Tribunal Superior de Justicia → ATSJ

Fundamento Jurídico → FJ

ÍNDICE

1. El Derecho de excepción.....	5
1.1 Significado constitucional	5
1.1.1 Conceptualización del Derecho de excepción	5
1.1.2 Modelos constitucionales del Derecho de excepción	7
1.2 El Derecho de excepción en la historia del constitucionalismo español	8
1.3 El Derecho de excepción en la Constitución española de 1978. Breve estudio de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio	10
1.3.1 Constitución española de 1978.....	10
1.3.2 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio	12
1.3.3 Garantías previstas durante el derecho de excepción	17
2. ¿Estado de alarma o estado de excepción? ¿Limitación o suspensión de derechos fundamentales?.....	21
2.1 Presupuesto de hecho	22
2.2 Análisis de las medidas adoptadas durante el estado de alarma y sus sucesivas prórrogas	24
2.2.1 Libertad de religiosa y de culto	25
2.2.2 Derecho de reunión y manifestación	28
3. Régimen de la libertad de circulación durante la pandemia ocasionada por el COVID-19. 32	
3.1 Régimen de la libertad de circulación durante el primer estado de alarma	33
3.2 Régimen de la libertad de circulación en el periodo de «entre estados de alarma»	37
3.3 Régimen de la libertad de circulación durante el segundo estado de alarma	47
4. Conclusiones.....	50

1. El Derecho de excepción

1.1 Significado constitucional

1.1.1 Conceptualización del Derecho de excepción

El Estado constitucional, que nace a raíz de las revoluciones francesas y norteamericanas del siglo XVIII, tenía entre otros objetivos lograr un equilibrio entre los distintos poderes, el ejecutivo, legislativo y judicial; y el reconocimiento de una serie de derechos y libertades, rodeados de una serie de garantías. Sin embargo, el legislador constituyente, pronto, superó la idea de que la Constitución iba a regir de igual forma en todas las circunstancias. De esta manera, empezó a contemplar la idea de que es posible que se produzcan una serie hechos que pusieran en peligro la existencia propia del Estado.

Poco a poco, los legisladores constituyentes decidieron ir incorporando al articulado de sus Constituciones una serie de cláusulas excepcionales que se resumen en dos ideas: concentración del poder en manos del detentador gubernamental y la limitación o suspensión de los derechos previstos en la propia Constitución¹.

Estas cláusulas excepcionales que recogen los mecanismos para la defensa de la comunidad política es lo que se denomina *Derecho excepcional* o *Derecho de excepción*. Se llama así porque se utiliza frente a situaciones excepcionales para las cuales el Derecho ordinario no puede responder². Así, cuando existan amenazas o ataques que pongan en peligro el orden constitucional, el Estado en cuestión no puede quedarse inmóvil, sino que tendrá que recurrir a estos mecanismos para acabar con dicha amenaza o peligro. Por tanto, el Derecho de excepción pretende proteger, frente a peligros internos o externos, los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho: imperio de la Ley, reconocimiento de derechos y libertades y separación de poderes.

No obstante, no todos los sectores doctrinales han estado a favor del reconocimiento del Derecho de excepción como fuente del Derecho y, consecuentemente, de la necesidad del establecimiento de un Derecho de excepción en el ordenamiento jurídico³.

¹ FERNANDEZ SEGADO, F. “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho político*, nos. 18-19, 1983, p. 31-32

² ABA CATOIRA, A. “El Estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 28, 2011, p. 316.

³ LAFUENTE BALLE, J. M.^a “Los Estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho político*, no. 30, 1989, p. 25.

Entre los autores que se han mostrado favorables al establecimiento de un Derecho de excepción se encuentran MAURICE HAURIOU y CARL SCHMITT. Esta es la postura seguida por la mayoría de la doctrina española, cuyos argumentos señalaré más adelante.

Por el contrario, existe una corriente doctrinal que niega la necesidad de un Derecho de excepción, que suspenda la vigencia de preceptos constitucionales. Aquí tenemos la teoría de la fuerza mayor de PIERRE WIGNY. Según este autor, el acto jurídico, a través del cual se responda a una situación de crisis, será válido en tanto en cuanto dicho acto responda a una fuerza mayor. Así, es necesario cumplir tres condiciones. En primer lugar, que exista de verdad una fuerza mayor que imposibilite la observancia de la Constitución. En segundo lugar, que se respete en la medida de lo posible la Constitución. Por último, el alcance de la inobservancia de la Constitución debe ser limitado⁴.

Por último, el jurista LUIGI ROSSI niega que el Derecho de excepción tenga un carácter excepcional, al considerar que tanto las situaciones de normalidad democrática como las de anormalidad democrática deben estar sujetas a unas reglas jurídicas. Según él, las normas jurídicas previstas para las situaciones ordinarias dejan de aplicarse en el momento en que se aplican las previstas para situaciones excepcionales⁵.

La mayoría de la doctrina española ha seguido la corriente que defiende la necesidad de establecimiento de un Derecho de excepción. Entre estos autores, se encuentran el profesor FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y PEDRO CRUZ VILLALÓN. Así, FERNÁNDEZ SEGADO⁶ considera que es necesario el Derecho de excepción para la defensa política de nuestra norma suprema, la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos y la protección del Estado de Derecho.

Por su parte, PEDRO CRUZ VILLALÓN⁷, parte de que la organización del poder político es limitada. Este carácter hace que sea imposible la defensa de la Constitución ante situaciones no previstas, es decir, situaciones de crisis. Según CRUZ VILLALÓN, podríamos por incorporar una organización del poder de una forma distinta para acabar con esta situación de crisis o, por el contrario, dejar que la situación fáctica supere a la propia Constitución. Si optamos por la primera opción, aceptaríamos la necesidad de tener

⁴ LAFUENTE BALLE, J. M.^a, *op. cit.*, 1989, p. 27

⁵ LAFUENTE BALLE, J. M.^a, *op. cit.*, 1989, p. 27

⁶ FERNANDEZ SEGADO, F. "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio". *Revista de derecho político*, no. 11, 1981, p. 86-87.

⁷ CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 17-19.

un Derecho de excepción en nuestro ordenamiento jurídico, consiguiendo la vigencia de la Constitución durante la situación de crisis y la vuelta a la organización *normal* del poder una vez acabe la misma.

En conclusión, dos son las características que revolotean al Derecho de excepción. En primer lugar, las medidas que se adopten para acabar con la situación de crisis sólo durarán el tiempo necesario para volver a la normalidad (*principio de temporalidad*). El segundo rasgo sería, como ya hemos señalado, que las medidas que se adopten deben estar dirigidas a acabar con la situación de crisis para restablecer la situación anterior⁸.

1.1.2 Modelos constitucionales del Derecho de excepción

Como he señalado anteriormente, no todos los sectores de la doctrina están a favor de la necesidad de un Derecho de excepción. Trasladando este problema a su engranaje constitucional, podemos diferenciar distintos modelos constitucionales, entre aquellos modelos que no prevén un Derecho de excepción y los modelos constitucionales que sí lo regulan.

Si se opta por el primero de los modelos, estamos hablando de una Constitución que no prevé expresamente mecanismos para la defensa del orden democrático en caso de situaciones de crisis. En este caso, no estamos ante un supuesto de laguna jurídica en esta materia, sino que se trata de una Constitución que no admite la posibilidad de que sea suspendida. El claro ejemplo de este modelo es la Constitución belga de 1831, cuyo artículo 130 señala que la Constitución no puede ser suspendida total o parcialmente.

Optar por este modelo no significa que, llegado el momento en de que se dé una situación de crisis, no haya una respuesta por parte de los poderes públicos. En este caso, se aplica la cláusula de «exoneración parlamentaria»⁹. Esta cláusula exime de cualquier tipo de responsabilidad a los poderes públicos, de manera que éstos pueden adoptar todas las medidas que estimen oportunas para acabar con la situación de crisis, aunque con estas medidas se produzca un quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

Dentro de los modelos constitucionales que sí establecen un Derecho de excepción, podemos diferenciar dos *submodelos*, que son la dictadura constitucional y el estado

⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F. “El estado de excepción en el Derecho constitucional español. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978 (J. L. Hernández Conesa).” *Documentación Administrativa*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978, p. 467.

⁹ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 29.

excepcional. En primer lugar, analizaremos la dictadura constitucional. La dictadura constitucional es aquel modelo por el cual todos los poderes del Estado se concentran en una única institución, normalmente el Jefe del Estado o el Jefe del Gobierno. Esta institución podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para acabar con la situación de crisis, sin necesidad de que estas se encuentren enumeradas taxativamente en el ordenamiento jurídico («cláusula general»).

El ejemplo de dictadura constitucional sería el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958 que indica:

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional.

El último modelo que analizaremos es el estado excepcional. Define el profesor CRUZ VILLALÓN¹⁰ al estado excepcional como «el derecho de excepción basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos». Es esencial en este modelo la tipificación de las situaciones de crisis. Una vez que se definan las situaciones, habrá que fijar quien tiene la competencia para valorar la situación de crisis y cuál es el procedimiento a seguir para la declaración del estado excepcional. Por último, será necesario que se delimiten taxativamente cuales son las medidas que se pueden adoptar en el estado excepcional para acabar con la situación de crisis. He aquí la gran diferencia con la dictadura constitucional. Mientras que en el caso de la dictadura constitucional se pueden adoptar cualesquiera medidas que sean necesarias para acabar con la situación de crisis, en el estado excepcional, las medidas quedan prefijadas en el ordenamiento jurídico, de manera que sólo se pueden adoptar esas medidas para acabar con la situación de crisis. Este es el modelo seguido por la Constitución española de 1978.

1.2 El Derecho de excepción en la historia del constitucionalismo español

El Derecho de excepción, a lo largo del constitucionalismo español, se puede dividir en dos etapas. Una primera etapa hasta la Constitución de 1869, que se caracteriza por la

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 31

suspensión de una serie garantías, sobre todo de carácter penal. Una segunda etapa, a partir de la Constitución de 1869, que introdujo por primera vez el principio de reserva de ley, del que hablaremos más adelante. En cualquier caso, la historia de nuestro constitucionalismo se ha caracterizado por prever expresamente un Derecho de excepción.

Nos centraremos en el análisis de las constituciones de 1869 en adelante por dos motivos. En primer lugar, el Derecho de excepción contenido en las constituciones anteriores no fue respetado en la práctica, produciéndose numerosos abusos por parte de los poderes del Estado, ya que se declaró en numerosas ocasiones un estado de excepción de carácter militar, denominados estados de sitio o guerra, no previsto constitucionalmente en aquel momento. El segundo motivo es que no fue hasta esta Constitución cuando se produjo una verdadera regulación de los estados excepcionales.

Así, el artículo 31 de la Constitución de 1869 opta por que el Derecho de excepción se someta a una doble reserva de ley. Este precepto señala que una serie garantías constitucionales podrán ser suspendidas, de forma temporal, mediante la promulgación de una ley. Una vez que se promulga dicha ley, el territorio al que se aplique se regirá por la Ley de Orden Público que se promulgue al efecto. Por tanto, es necesario elaborar una ley que regule el Derecho de excepción. De esta manera, se promulgo la Ley de Orden Público de 1870, que prevé dos estados excepcionales: por un lado, el estado de prevención y de alarma y, por otro lado, el estado de guerra.

Por su parte, la Constitución de 1876 supuso un cambio importante. Esta constitución no previó que fuera necesario la promulgación de una Ley de Orden Público para la regulación del Derecho de excepción. La principal novedad es que se posibilita a que el Gobierno, en casos de urgencia grave y bajo su responsabilidad, acuerde la suspensión de garantías, sometiendo el acuerdo del Gobierno a la aprobación por el poder legislativo.

Por su parte, la Constitución de la II República mantuvo el esquema de suspensión de garantías de la Constitución de 1869, siendo necesaria la promulgación de una ley de Orden Público, que se aprobaría en 1933. El artículo 42 de la Constitución recogió una diferencia con la Constitución de 1869, ya que el plazo máximo de duración de la suspensión de garantías decretada por el Gobierno era de 30 días. La suspensión de garantías decretada por el Gobierno debía ser sometida a ratificación parlamentaria. La Ley de Orden Público de 1933 reguló tres estados excepcionales distintos de naturaleza

civil, el ordinario, el de prevención y de alarma, y otro de naturaleza militar, el estado de guerra¹¹.

Además de ello, el artículo 76 d) reguló una segunda modalidad de Derecho de excepción, acogiéndose al modelo de dictadura constitucional. Así, el Presidente de la II República tenía competencia para adoptar las medidas que fueran estrictamente necesarias para la defensa de la integridad de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución.

1.3 El Derecho de excepción en la Constitución española de 1978. Breve estudio de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

1.3.1 Constitución española de 1978

El Derecho de excepción en la Constitución Española de 1978 se encuentra en dos preceptos. Por un lado, el artículo 55 CE que se encarga de regular la suspensión general de derechos y libertades durante los estados de excepción (apartado primero) y la suspensión individual de derechos y libertades (apartado segundo). Por su parte, el artículo 116 CE que se encarga de regular los estados excepcionales. Centraremos el análisis conjunto de los artículos 55.1 CE y 116 CE.

En primer lugar, analizaremos el artículo 116 CE. Cabe decir que este artículo especifica los distintos estados excepcionales, diferenciándose de otras constituciones españolas. Los estados excepcionales son tres: estado de alarma, de excepción y sitio. Pero no habla de la naturaleza de cada uno de ellos, sino que se limita a señalar quien tiene competencia y cuál es el procedimiento a seguir para su declaración¹².

Entre los diferentes modelos constitucionales, dictadura constitucional o estado de excepción, el legislador constituyente de 1978 opta por el estado de excepción. Por tanto, nuestro legislador constituyente no decide establecer una «cláusula general» por la cual se puedan limitar o suspender cualesquiera derechos fundamentales, si de esta manera se consigue acabar con la situación de emergencia, sino que señala taxativamente qué derechos pueden verse limitados o suspendidos llegada la situación de crisis concreta. Esta concreción se recoge en el propio artículo 55.1 CE al señalar que:

¹¹ ABA CATOIRA, A., *op cit.*, 2011, páginas 322 y 323.

¹² CRUZ VILLALÓN, P. “EL nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol.1 no.2, 1981, p. 95

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.

Estamos ante un listado *numerus clausus*, de manera que ningún otro derecho de los previstos en este precepto puede ser suspendido por ningún procedimiento excepcional¹³. Se recoge aquí el principio estructural de nuestro derecho de excepción: *principio de enumeración*¹⁴.

Además de ello, la suspensión de derechos fundamentales no está prevista en todos los estados de excepción previstos del artículo 116 CE, sino que sólo es posible en dos de ellos, el estado de excepción y el estado de sitio. Por tanto, la declaración del estado de alarma no producirá nunca la suspensión de derechos fundamentales. Esto se debe a la diferente naturaleza de los estados de excepción. Mientras que el estado de excepción y sitio son de naturaleza política, el estado de alarma responde ante hechos naturales y circunstancias sociales.

De una lectura del artículo 116 CE se podía señalar que los estados excepcionales son *graduales*, en el sentido de que solo hay una emergencia, crisis de orden público o seguridad interna del Estado a la que responder y será la gravedad de esa emergencia o crisis la que indique cuál de los estados hay que aplicar. Otra lectura del artículo 116 CE diferente, que es la que sigue nuestra Ley Orgánica 4/1981, atribuye a cada estado excepcional una naturaleza distinta, de manera que cada uno de ellos responde a una situación de emergencia diferente¹⁵. Por tanto, se trata de un derecho de excepción diversificado.

El legislador constituyente ha optado por un sistema de doble reserva de ley para nuestro derecho de excepción. Una *primera reserva de ley* vendría dada por el hecho de que para declarar un estado excepcional es necesario que exista una ley que se encargue de regular el contenido del derecho de excepción. Este derecho puede venir dado por una norma solo, que es la posibilidad de que la propia Constitución recoja todo el contenido del derecho de excepción, caso de la Constitución francesa vigente. O bien, este derecho

¹³ FERNANDEZ SEGADO, F., *op cit.*, 1983, p. 42

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 49

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 96

puede venir recogido en dos fuentes diferentes: norma constitucional y norma legal. Esta ha sido la opción dada por nuestro legislador constituyente en su artículo 116.1 CE, al señalar que será una ley orgánica la que regule los estados de alarma, excepción y sitio.

La *segunda reserva de ley* viene dada por el hecho de que para la declaración de los estados excepcionales es necesaria la intervención del Parlamento, salvo para el estado de alarma inferior a quince días. Aquí se ve el carácter parlamentario nuestro derecho de excepción¹⁶. Esto quiere decir que el Congreso de los Diputados, en particular, intervendrá en la declaración y el contenido de cada uno de los estados excepcionales. Por tanto, la intervención de la Cámara baja no se limita a permitir de la declaración de los estados excepcionales, sino que aprobará el estatuto jurídico del estado excepcional en cuestión.

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

Los estados de alarma, excepción y sitio, previstos en el artículo 116 CE, no son inmediatamente aplicables, ya que, como hemos dicho, era necesario que se promulgara una ley orgánica que se encargara de regular los diferentes estados, y las competencias y limitaciones de cada uno de ellos. Por tanto, mientras no se promulgara dicha ley orgánica no sería posible la declaración de ninguno de los estados excepcionales. La razón principal de que no se pudiese aplicar este precepto es que se trata de un artículo *incompleto*, en el sentido de que falta el presupuesto habilitante para su aplicación, es decir, las situaciones de emergencia a las cuales debe responder cada uno de los estados excepcionales¹⁷. El mandato constitucional contenido en el artículo 116.1 CE se cumplió el 1 de junio de 1981, cuando se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio.

1.3.2.1 Principios generales

El primero de los principios ya lo hemos adelantado, que es el principio de temporalidad. Como hemos visto, el derecho de excepción responde a situaciones de excepcionalidad o de anormalidad democrática, de manera que una vez acabe la situación de excepcionalidad que dio lugar a su declaración, también quedarán sin efecto las medidas adoptadas (art. 1.3 LOAES). La duración de los estados excepcionales vendrá

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 52

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 61-63

determinada en el contenido de la declaración, de manera que no será necesario adoptar ningún acto especial para el levantamiento de los mismos¹⁸. Lo que sí cabe es realizar un levantamiento anticipado desde el momento en que dejan de ser necesarios, sin que sea obligatorio dejar agotar el plazo de duración previsto en la declaración.

En segundo lugar, tenemos los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el artículo 1.2 LOAES. Así, las medidas que se adopten deberán ser las estrictamente necesarias para acabar con la situación excepcionalidad y regresar a la *normalidad*. De manera que, si durante el tiempo que esté vigente la declaración del estado excepcional de turno, una medida adoptada se muestra innecesaria o inútil atendiendo a la situación, ésta deberá ser levantada por la autoridad competente. Además, los poderes públicos deberán aplicar las medidas de forma proporcionada.

Después tenemos en el artículo segundo los principios de publicidad y vigencia inmediata. Así, la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio entrara en vigor de manera inmediata con la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado. Además, dicha declaración deberá ser difundida por todos los medios de comunicación públicos y privados, al igual que las disposiciones que dicte la autoridad competente durante la vigencia de los estados.

El último de los principios es el de responsabilidad, que se analizará en profundidad en el apartado de *garantías previstas durante el derecho de excepción*.

1.3.2.2 Estado de alarma

El estado de alarma era de los tres estados excepcionales el más novedoso, tanto por los supuestos de hecho que daban lugar a su declaración como por las medidas que se debían adoptar. Mientras el estado de excepción se podía identificar con el supuesto de suspensión general de derechos y libertad y el estado de sitio con el estado militar o de guerra clásico, el estado de alarma no tenía parangón en nuestro constitucionalismo.

El estado de alarma, hasta su concreción en la LOAES, estaba llamado a ser: por un lado, el instrumento frente a situaciones de grandes catástrofes y, por otro lado, la primera respuesta frente a una emergencia de orden público¹⁹. Esto es lo que se preveía en el artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana de 1979.

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 109

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 97

Esta situación fue corregida por el Congreso de los Diputados en 1981 en los debates parlamentarios para la promulgación de la LOAES. Entonces, los diputados llevaron a cabo una serie de modificaciones que dio lugar a una despolitización del estado de alarma, de manera que este ya no podría ser declarado en caso de una emergencia de orden público, sino que solo puede ser declarado cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el artículo cuarto de la LOAES. Estos son:

- Catástrofes, calamidades o desgracias públicas.
- Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- Paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

En caso de que este supuesto hubiera quedado redactado en estos términos, hubiera sido posible declarar el estado de alarma en situaciones de conflictividad social graves, como puede ser una huelga²⁰. No obstante, ya en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados se introdujo la primera modificación, añadiendo lo siguiente: "... cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución...". Por tanto, es necesario que hubieran fallado las garantías previstas en los artículos 28.2 y 37.2 CE para declarar el estado de alarma. Posteriormente, se aprobó una enmienda que dio lugar a la redacción actual: "[...] concorra alguna de las demás circunstancia o situaciones contenidas en este artículo". Por tanto, la paralización de los servicios públicos esenciales no dará lugar a la declaración del estado de alarma por sí sola, sino que será necesario que dicha paralización se produzca en el marco de cualquiera de los otros supuestos previstos en el artículo 4 LOAES.

- Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Cabe hacer una precisión sobre este último supuesto. Si la situación de desabastecimiento tiene origen en un conflicto social, no cabe la declaración del estado de alarma, sino que habrá de declararse el estado de excepción. Por tanto, la situación de desabastecimiento del estado de alarma tendrá su origen en causas naturales o situaciones internacionales, pero nunca por conflictos sociales²¹.

En cuanto al procedimiento de declaración, el estado de alarma será declarado mediante decreto por el Consejo de Ministros, cuya duración inicial no podrá exceder de los quince

²⁰ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 69-70

²¹ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 98.

días. Es el estado de alarma *gubernamental*, ya que su declaración no es necesario la intervención del Congreso de los Diputados. Únicamente, señala la ley que el Gobierno suministrará la información al Congreso que le sea requerida, así como dará cuenta de la declaración del estado de alarma como de los decretos que dicte durante su vigencia (art. 8 LOAES). A tal efecto, el artículo 116.2 CE señala que el Congreso quedará reunido de manera inmediata.

Existe un procedimiento especial cuando se quiera prorrogar la duración inicial del estado de alarma. En este caso, la prórroga del estado de alarma deberá ser autorizada por el Congreso de los Diputados. Es el estado de alarma *parlamentario*. La autorización de la prórroga no será sólo rechazar o admitirla globalmente, sino que el Parlamento podrá determinar el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Este procedimiento es igual que el que veremos para la declaración del estado de excepción.

Hay que destacar que el estado de alarma es el único estado excepcional que se ha declarado en nuestro país hasta el momento. La primera vez que se declaró el estado de alarma fue a raíz de la crisis de los controladores aéreos en el año 2010. Así, el 3 de diciembre de 2010, tras meses de conflicto laboral, los controladores aéreos decidieron dejar sus puestos de trabajo, procediéndose a cerrar el espacio aéreo español. Ese mismo día, el Gobierno de España encomienda al Ministerio de Defensa las facultades de control del tránsito aéreo (Real Decreto 1611/2010). Al día siguiente, se declara el estado de alarma mediante Real Decreto 1673/2010. En la exposición de motivos, se señala que:

Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental [a la libertad de circulación].

Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma.

Así, el artículo 1 del Real Decreto señala que la declaración del estado de alarma se realiza al amparo de los apartados a) y d) del art. 4 LOAES, es decir, se ampara en la paralización de servicios públicos y una situación de desabastecimiento. La medida principal, recogida en el artículo tercero, fue la atribución a los controladores de consideración de personal militar quedando sometidos a las leyes penales y disciplinarias militares.

La segunda y tercera vez que se declara el estado de alarma en nuestro país es debido a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Nuestro análisis se centrará en esta cuestión que abordaremos en el capítulo siguiente.

1.3.2.3 Estado de excepción

La situación de emergencia a la que responde el estado de excepción se recoge en el artículo 13.1 LOAES. Con carácter general, el estado de excepción se declara cuando se produzca una grave alteración del orden público. Dicha gravedad hace que las potestades ordinarias del poder político sean insuficientes para restablecer el orden público. Además, este estado se podrá declarar tanto cuando la alteración del orden público se haya producido como cuando la alteración del orden público sea inminente. Esto es así porque el propio precepto habla tanto de «restablecimiento» como de «mantenimiento», de manera que se podrá declarar el estado de excepción aun el objetivo sea mantener el orden público porque existe una amenaza inminente y real de alteración del mismo.

Ahora hay que ver que se entiende por orden público para saber cuándo procede la declaración de este estado excepcional. Ni la propia Constitución española ni la Ley 4/1981 recogen un concepto jurídico de orden público. Pero se puede desprender del propio artículo 13.1 LOAES cuando hay una alteración del orden público. En primer lugar, cuando se produzca una alteración en el ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos, es decir, el ejercicio de derechos y libertades forma parte del concepto de orden público, de manera que cuando se produce una alteración del orden público es más probable que se produzca una alteración en el ejercicio de los derechos fundamentales. En segundo lugar, habrá que declarar el estado de excepción cuando se produzca una grave alteración del funcionamiento de las instituciones democráticas y de los servicios esenciales para la comunidad.

La declaración del estado de excepción se realiza mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados (art. 116.2 CE). Para ello, el Gobierno remitirá al Congreso una solicitud de autorización cuyo contenido se especifica, exhaustivamente, en el apartado segundo del artículo 13 LOAES. El Congreso de los Diputados puede aprobar la solicitud directamente o introducir modificaciones a la misma (art. 13.3 LOAES). Aquí el legislador introdujo una

modificación fundamental, ya que el ánimo del legislador constituyente parecía ser que la solicitud de autorización fuera aprobada o rechazada de forma global²².

Formalmente, la declaración del estado de excepción se realiza mediante decreto del Consejo de Ministros, pero, según el artículo 14 LOAES, dicho decreto parece un requisito formal adicional, similar al de su publicación, ya que se trata de un acto debido del Gobierno²³. Si el Gobierno quiere modificar los términos de la declaración del estado de excepción, será necesaria una nueva autorización del Congreso, siguiendo el mismo procedimiento.

1.3.2.4 Estado de sitio

Finalmente, hablaremos mínimamente del estado de sitio por su escasa relevancia para nuestro trabajo de investigación. El estado de sitio ha quedado configurado como un supuesto de crisis de Estado. Según el artículo 32.1 LOAES, se declarará el estado de sitio cuando se produzca 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. Característica de este estado excepcional es el carácter violento del mismo, ya que habla de que se produzca o amenace con producirse un acto de fuerza o una insurrección, de manera que no es necesario que se produzca éste, sino que basta con que exista una amenaza real e inminente de que se vaya a producir para su declaración.

La declaración del estado de sitio es competencia exclusiva del Congreso de los Diputados, siendo propuesta la declaración por el Gobierno. A esta propuesta de declaración, le seguirán una serie de propuestas distintas realizadas por los distintitos grupos parlamentarios, de manera que el contenido, duración y ámbito territorial del estado de sitio corresponderá con aquella propuesta que haya obtenido la mayoría absoluta del Congreso. Únicamente el Congreso de los Diputados será sustituido por su Diputación Permanente cuando se halle disuelto, o con su mandato expirado.

1.3.3 Garantías previstas durante el derecho de excepción

1.3.3.1 Normal funcionamiento de los órganos del Estado

²² CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 107.

²³ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, 1981, p. 107.

Establece tanto el artículo 116.5 CE como el artículo 1.4 LOAES, como garantía frente al Derecho de excepción, que la declaración de cualquiera de los estados excepcionales no interrumpe el funcionamiento normal de los poderes del Estado.

En primer lugar, hay que señalar que el propio artículo 116.5 CE prevé una limitación al normal funcionamiento de los poderes públicos al señalar que no podrá disolverse el Congreso durante la declaración de los Estados de excepción. El profesor CRUZ VILLALÓN²⁴ señala la justificación de esta limitación a la facultad presidencial de disolución, prevista en el artículo 115, se debe a que es el propio Gobierno quien declara, solicita o, en su caso, propone los estados excepcionales. Por otra parte, hace extensible dicha limitación a la posibilidad de disolver el Senado durante los estados excepcionales, aunque el artículo 116.5 CE sólo hace referencia al Congreso de los Diputados, al considerar que los estados excepcionales no es el mejor momento para convocar unas elecciones.

No obstante, considero que un normal funcionamiento de los poderes del Estado implica actuar conforme a las normas, de manera que el artículo 115 seguiría siendo aplicable al Senado, ya que el artículo 116.5 CE hace referencia expresa sólo al Congreso. Si el legislador constituyente hubiera querido limitar expresamente la facultad de disolución a ambas Cámaras y no sólo al Congreso hubiera señalado como hace en el apartado segundo del artículo 115, al decir que no podrá disolverse mientras esté vigente una moción de censura. Además, en la actualidad, estando vigente el Real Decreto 956/2020, por el cual se prorroga el estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021, ha habido unas elecciones en Cataluña y otras en Madrid, ejerciendo la presidenta de la Comunidad de Madrid su facultad de disolución. De manera que el motivo señalado por Cruz Villalón para aplicar analógicamente el artículo 116.5 CE al Senado carece de sentido como hemos visto. Por tanto, conforme a lo expuesto, discrepo con el profesor CRUZ VILLALÓN y considero que la limitación a la facultad de disolución sólo se refiere al Congreso.

Una garantía que se integra a la no interrupción del normal funcionamiento de los poderes públicos es que el Congreso de los Diputados quedara convocado inmediatamente (art. 116.5 CE). De manera que en caso de que las Cortes estuvieran en periodo intersesional, no es necesario acudir a ninguno de los mecanismos del artículo 73.2 CE, ya que, con la

²⁴ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *op. cit.*, 1984, p. 132

declaración del estado de alarma, solicitud del estado de excepción o la propuesta del estado de sitio por parte del Gobierno, las Cámaras quedaran convocadas de manera automática²⁵.

Cabe señalar que la Diputación Permanente asumirá las competencias del Congreso cuando hubiera expirado el mandato del mismo o cuando éste hubiera sido disuelto (art. 116.5 CE). La mención a que el Congreso estuviera disuelto no se refiere a la posibilidad de disolución por parte del Presidente del Gobierno, ya que como hemos visto esta facultad queda limitada durante los estados de excepción. La mención es hecha al supuesto de disolución previsto en los arts. 99.5 CE, que es la disolución del Congreso porque no se ha otorgado la confianza a ningún candidato.

Por último, como garantía adicional, el art. 169 CE recoge la prohibición de iniciar el procedimiento de reforma constitucional durante la declaración de cualquiera de los estados excepcionales. No obstante, esta prohibición solo afecta a la iniciación del procedimiento de reforma constitucional, pero no afecta al supuesto de que el procedimiento de reforma constitucional estuviera iniciado antes de la declaración de los estados de alarma.

1.3.3.2 Control jurisdiccional de los estados de excepcionales

El artículo 116.6 CE recoge, como garantía adicional, el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes, de manera que los actos y disposiciones que dicten éstos durante la vigencia de alguno de los estados excepcionales serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo previsto en las leyes (art. 3.1 LOAES). Por tanto, la responsabilidad penal y patrimonial de la Administración Pública no se ve afectada por la declaración de alguno de los estados excepcionales. De hecho, el artículo 3.2 LOAES prevé la posibilidad de una indemnización de daños y perjuicios por los daños producidos de forma directa por los actos o disposiciones dictadas durante estos estados.

De especial importancia, en relación con esta garantía, es el control jurisdiccional de los actos de declaración de los estados excepcionales. Ha existido un debate doctrinal acerca de la distinta naturaleza de las decisiones excepcionales y su control jurisdiccional²⁶.

²⁵ LAFUENTE BALLE, J. M.^a, *op. cit.*, 1989, p. 49.

²⁶ Para un estudio detallado de las distintas posiciones doctrinales, véase GARRIDO LOPEZ, C. “La naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción” *Revista española de Derecho Constitucional*, no. 110, 2017, p. 43-73.

Ha sido el Tribunal Constitucional quien, en su STC 83/2016, ha determinado cual es el control jurisdiccional que procede para cada una de las decisiones excepcionales, acabando así con el debate doctrinal. No obstante, dicha sentencia ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. Esta sentencia se dictó a raíz de la primera declaración de un estado excepcional, producida por la huelga de los controladores aéreos en el año 2010. Así, se declaró el estado de alarma el 4 de diciembre, mediante el RD 1673/2010, y, autorizado por acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, el Gobierno prorrogó dicho estado de alarma hasta el 16 de enero de 2011, mediante RD 1717/2010.

El Tribunal Constitucional señala que el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita la prórroga del estado de alarma al Congreso de los Diputados no puede ser sujeto a control jurisdiccional al señalar que se trata de un acto político y no administrativo (STC 83/2016, FJ nº12)²⁷.

Por su parte, el decreto de declaración de estado de alarma y de prórroga tienen la consideración de decisiones o disposiciones con «rango o fuerza de ley». Por tanto, no pueden ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que solo cabe impugnarlos ante la justicia constitucional, mediante la interposición de un recurso de inconstitucional o de una cuestión de inconstitucional [arts. 161 y 163 CE y 27.2 b) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]. Así lo señala en los fundamentos jurídicos 10 y 11²⁸.

²⁷ Señala de forma literal: «el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como “administrativa” cuyo control corresponda ex art. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia».

²⁸ Señala de forma literal: «[L]a declaración gubernamental del estado de alarma y de su prórroga (...) al resultar aquéllos excluidos, en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 106 CE y 1 LJCA contrario sensu). Ello no supone (...) que los citados Reales Decretos resulten inmunes a todo control jurisdiccional, sino que, al poseer rango y valor de ley, pese a revestir la forma de decreto, sólo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley [arts. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC]. Sin perjuicio de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución (ATC 7/2012, FJ 3)».

Señala también el Tribunal Constitucional que las personas afectadas podrán interponer el correspondiente recurso de amparo constitucional²⁹.

Pero, el Tribunal Constitucional no se limita a pronunciarse sobre los decretos del estado de alarma, sino que para evitar posibles confusiones con el resto de estados excepcionales, en el fundamento jurídico nº11 *in fine* señala que: «todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de emergencia ex art. 116 CE quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal». En conclusión, el Tribunal Constitucional considera que todos estos actos tienen «valor de ley» o «rango de ley».

2. ¿Estado de alarma o estado de excepción? ¿Limitación o suspensión de derechos fundamentales?

La Organización Mundial de la Salud calificó el 11 de marzo la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 de pandemia internacional. Esto provocó que el 14 de marzo de 2020, por Real Decreto 463/2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional para la gestión de la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Así, en la exposición de motivos de este decreto se señala:

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.

El artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad.

²⁹ Señala de forma literal: «Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el art. 55.2 LOTC (STC 83/2016 FJ nº 11)».

El estado de alarma se declaró inicialmente por un periodo de quince días, aunque éste tuvo que ser prorrogado en hasta seis ocasiones para contener la propagación del COVID-19 en nuestro país.

En este capítulo, analizaremos de forma concisa si el presupuesto de hecho para declarar el estado de alarma hubiera servido para declarar un estado de excepción y si las medidas adoptas corresponden a un estado de alarma o a un estado de excepción.

2.1 Presupuesto de hecho

El artículo 1 del RD 463/2020 señala que el estado de alarma se declara amparándose en los apartados b) y d) del artículo cuarto de la LOAES. Estos apartados regulan los dos presupuestos siguientes: crisis sanitarias y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Cuando se elaboró esta ley, el legislador ideó que la herramienta constitucional para acabar con una situación de crisis sanitaria debería ser el estado de alarma. De ahí, su regulación como uno de los motivos para su declaración.

No obstante, aun así, cabe preguntarse si pudiera declararse un estado de excepción en lugar de un estado de alarma ante la pandemia que hemos sufrido. Existen varios juristas que consideraban que con la situación de pandemia que ha habido en nuestro país hubiera sido conveniente declarar un estado de excepción.

Así, el profesor FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA³⁰ considera que la situación de crisis sanitaria ha provocado una afectación en los derechos y libertades de los ciudadanos como son el derecho a la vida (artículo 15 CE) o el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE). Además, señala que el servicio de público sanitario se había visto desbordado por la situación de la pandemia. Por tanto, en su opinión, se producen dos hechos que, según el artículo 13 LOAES, darían lugar a activar el mecanismo del estado de excepción, ya que se ha producido una alteración en el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y en el normal funcionamiento de un servicio público *super* esencial para la comunidad. También los profesores JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA Y ANA SÁNCHEZ LAMELAS se pronunciaron en términos similares³¹.

³⁰ ÁLVAREZ GARCÍA F. J., “Estado de alarma o de excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020.

³¹ ALEGRE ÁVILA, J. M. y SÁNCHEZ LAMELA, A. (2020), “Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica”, recuperado de <http://www.aepda.es/>

Sin embargo, otros profesores se muestran contrario a que la situación de pandemia sea presupuesto para la declaración del estado de excepción. Así, el profesor ANTONIO ARROYO GIL³² considera que la situación de crisis sanitaria no ha provocado ninguna alteración del orden público constitucional y, de producirse, esta alteración derivaría de las medidas adoptadas por el Gobierno con la declaración del estado de alarma.

También el profesor ALFONSO GARCÍA FIGUEROA³³ señala que, aunque se pueda considerar que haya habido una alteración en el funcionamiento de las instituciones, no es tan grave, de manera que el presupuesto de hecho corresponde, más bien, al estado de alarma que al estado de excepción. O, el profesor MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA³⁴ que señala que no se ha producido ninguna alteración del orden público que dé lugar a una declaración del estado de excepción, sino que tenemos un problema sanitario que sólo puede ser atajado por el estado de alarma, ya que cuadra con los presupuestos previstos en el artículo cuarto de la LOAES.

Por su parte, el profesor RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ³⁵ considera que el presupuesto de hecho para controlar la pandemia era declarar el estado de alarma, aunque matiza que las medidas adoptadas han dado lugar a una clara afectación del orden público que debería dar lugar a la declaración de un estado de excepción.

En este apartado, se trata de analizar únicamente el presupuesto de hecho y no las medidas adoptadas, que se analizarán más adelante. Por eso, como punto de partida, hay que recordar la naturaleza política del estado de excepción, mientras que el estado de alarma sólo responde ante hechos naturales o circunstancias sociales³⁶.

Considero que, ante una situación de crisis sanitaria como la vivida, sólo cabría declarar el estado de alarma. El motivo principal es que el propio legislador quiso encuadrar una

AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-lacrisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx

³² ARROYO GIL, A. “¿Estado de alarma o estado de excepción?”, recuperado de <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>

³³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación” recuperado de <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>

³⁴ PRESNO LINERA, M. A. “¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por coronavirus?”, recuperado de <https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus-134806>

³⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. “¿Estado de alarma o estado de excepción?” *Diario La Ley*, no. 9621, 2020, p. 9-10.

³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO F., *op. cit.*, 1981, p. 96.

crisis de este tipo en los supuestos de hecho del mismo. Por tanto, no podemos declarar el estado de excepción ante crisis sanitarias, solo ante alteraciones de orden público.

Es cierto que la adopción de alguna de las medidas previstas para el estado de alarma puede producir una alteración del orden público, puesto que se prevé la limitación de derechos fundamentales (STC 83/1016, FJ nº8). Pero, esta limitación de derechos no debe dar lugar a una declaración del estado de excepción. De ser así, cada vez que se declare el estado de alarma y se adopten las medidas previstas para el mismo, consideraremos que habrá una afectación del orden público que llevaría a declarar el estado de excepción. Por tanto, se estaría vaciando de funcionalidad al estado de alarma.

Además, consideraríamos que existe una gradualidad en los estados excepcionales. Pero, como vimos en el apartado primero, el legislador ordinario quiso dejar claro que cada estado excepcional responde a una situación de crisis diferenciada, de manera que cada uno de ellos tiene una naturaleza distinta, no siendo necesario, por tanto, para declarar un estado de excepción la previa declaración del estado de alarma.

Además, como último motivo, el propio artículo 13 LOAES señala que, para declarar el estado de excepción, esa afectación de derechos y libertades no puede ser resuelta por las potestades ordinarias del Gobierno. En este caso, al venir la afectación de derechos y libertades por la declaración del estado de alarma, bastaría con levantar las medidas del estado de alarma para que dicha afectación no existiera. Por tanto, no podemos considerar que sea necesario declarar el estado de excepción al ser una situación en la que se puede atajar con las potestades ordinarias del Gobierno.

Otra cuestión es que, en el caso que nos ocupa, las medidas adoptadas bajo el estado de alarma supongan una suspensión *de facto* de los derechos fundamentales. En este caso, habría una utilización exorbitante del estado de alarma. Pero, esto no debe llevarnos a pensar que es necesario la declaración del estado de excepción para dar cobijo a esas medidas, sino sería conveniente adaptar las mismas a lo que el estado de alarma permite.

2.2 Análisis de las medidas adoptadas durante el estado de alarma y sus sucesivas prórrogas

De las medidas adoptadas por el Gobierno durante el estado de alarma nos interesan destacar dos, ya que son aquellas que pueden suponer una limitación o suspensión de derechos fundamentales:

- Limitación de la libertad de circulación de las personas (artículo 7 RD 463/2020).

- Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (artículo 11 RD 463/2020).

El punto de partida es el artículo 55.1 CE. Según este precepto, sólo los estados de excepción y sitio permiten la suspensión de los siguientes derechos fundamentales: derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17 CE) inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE) libertad de circulación (art. 19 CE), libertad de expresión y de información [art. 20.1 a) y d) CE], derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE) y derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto (art. 37.2 CE). Estos derechos no podrán ser suspendidos por la declaración del estado de alarma. Esto ha querido ser remarcado por nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico octavo de la STC 83/2016, al señalar que:

«[L]a declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

De las medidas adoptadas, la que ha dado lugar a una discusión doctrinal ha sido la de la *limitación* de la libertad de circulación. A partir de ella, se ha puesto en entredicho la situación jurídica de otros derechos fundamentales, como son la libertad de reunión y manifestación. También analizaremos la libertad de culto que, a tenor del artículo 55.1 CE, no puede ser en ningún caso suspendida.

2.2.1 Libertad de religiosa y de culto

La libertad religiosa y de culto es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos recogido en el artículo 16 de nuestra carta magna. Además, también ha sido considerada por parte de la doctrina como uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico al contener una idea o definición del Estado³⁷. Estas libertades se encuentran reguladas en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

La libertad religiosa posee una doble vertiente: positiva y negativa. En su vertiente positiva, incluye el derecho de todo ciudadano a profesar las creencias religiosas que libremente elija, manifestar dichas creencias, practicar actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de

³⁷ PAREJO GUZMÁN. M.ª J., “Los estados de alarma en España durante la pandemia del COVID-19 en relación al derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 55, 2021, p. 8.

toda índole (artículo 5 LOLR). Por su parte, la vertiente negativa de la libertad religiosa abarca tanto el derecho a no profesar ninguna religión como el derecho a no ser obligado a practicar actos de culto ni declarar sobre su religión o creencias³⁸.

Por su parte, la libertad de culto es el derecho de los ciudadanos a profesar su religión de forma pública. Es la dimensión externa de la libertad religiosa³⁹. Así, el profesor JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ⁴⁰ ha considerado que no se tratan de derechos distintos, sino que la libertad de culto es un aspecto de la libertad religiosa.

El artículo 11 del RD 463/2020 regula las medidas de contención en relación con los lugares de culto y las ceremonias civiles y religiosas. Dicho precepto señala que:

La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro.

Por tanto, según el mismo, está permitido acudir a los lugares de culto siempre que se garanticen las medidas de seguridad.

No obstante, para acudir a los lugares de culto es necesario salir a la calle. Por tanto, hay que analizar las causas del artículo 7 RD 463/2020 que permiten a los ciudadanos circular por las vías. Ninguna de estas causas habla de la asistencia a lugares de culto o ceremonias civiles y religiosas. Aun así, una interpretación sistemática de la norma, llevaría a considerar que el desplazamiento para acudir a lugares de culto o ceremonias religiosas se encuentra comprendido en el apartado h) del artículo 7.1, que recoge: “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”⁴¹.

En este sentido, el profesor JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ considera que actuaciones policiales llevadas a cabo durante el estado de alarma en las cuales se desalojaban las iglesias, o bien, no dejaban acudir a los feligreses a ellas son desproporcionadas⁴². Así, el Juzgado de lo Penal nº1 de A Coruña, por sentencia de 30 de abril de 2020, absolvió a

³⁸ PAREJO GUZMÁN. M.ª J., *op. cit.*, 2021, p. 8.

³⁹ PAREJO GUZMÁN. M.ª J., *op. cit.*, 2021, p. 10.

⁴⁰ SOLER MARTÍNEZ, J. A. “Estado de alarma y libertad religiosa y de culto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 53, 2020, p. 23.

⁴¹ SOLER MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, 2020, p. 23.

⁴² SOLER MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, 2020, p. 28.

una persona acusada de un delito de desobediencia por entrar a un templo a realizar actos de culto, habiendo sido interceptado por la Guardia Civil. Argumenta el Juzgado de lo Penal nº1:

«[E]l acusado debe ser absuelto ya que podía asistir a lugares de culto, lo que en principio no está prohibido por el decreto que establecía en el estado de alarma. Puede ser dudosa la redacción de su artículo 7, pero en materia de limitación de derechos, y más cuando se trata de derechos fundamentales, hay que considerar que lo que no está expresamente prohibido está permitido»

Por su parte, la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, prohíbe los velatorios, las actuaciones sobre los cadáveres y las ceremonias fúnebres. La participación en el enterramiento de los fallecidos se limita a la presencia de tres familiares o allegados y un ministro de culto.

Durante la fase de desescalada, las medidas se flexibilizaron. Así, se permitió la asistencia a lugares de culto siempre que no se superara un determinado porcentaje del aforo, yendo desde un tercio hasta el 75% del mismo. Se permitió, además, la presencia de personas en velatorios y enterramientos, variando el número de personas en función de si se realizaba en un lugar cerrado o al aire libre y en función de la fase de desescalada.

Una vez expuestas las medidas referentes a la libertad religiosa y de culto, es necesario analizar su encaje en el estado de alarma. Como hemos advertido, este es uno de los derechos que no puede ser suspendido en ningún estado excepcional. No obstante, sí podrá ser limitado por la declaración de cualquiera de ellos. La LOAES no se pronuncia al respecto sobre qué limitaciones puede sufrir este derecho durante el estado de alarma.

Por tanto, para que la limitación establecida sea constitucional es necesario que encuentre su justificación en alguna de las limitaciones previstas en el propio artículo tercero de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Su apartado primero señala como un límite al ejercicio de estos derechos la salvaguardia de la salud. Así, podemos considerar que este límite, en una situación de pandemia mundial como la provocada por el COVID-19, es causa suficiente para establecer limitaciones a la libertad de culto y religiosa.

Cabe señalar que las limitaciones al ejercicio de la libertad de culto y religión versan sobre un de sus extremos, como es la celebración de actos de cultos externos. De hecho, el derecho a tener una religión y a realizar actos de cultos privados no se encuentra suspendido ni limitado por las medidas adoptadas durante el estado de alarma. Así, a

modo de ejemplo, una persona cristiana ha podido seguir realizando sus oraciones desde casa, el propio presidente de la Conferencia Episcopal decidió realizar a misa a través de medios electrónicos para evitar que las personas acudieran a los templos⁴³; por su parte, un musulmán rezar en dirección a la Meca, cumplir el Ramadán, etc.

Por tanto, no se puede considerar que las medidas adoptadas durante el estado de alarma hayan dado lugar a una suspensión de los derechos a la libertad religiosa y de culto, sino que solamente se ha visto sometido a limitaciones en su vertiente de actos de culto externos.

2.2.2 Derecho de reunión y manifestación

El derecho de reunión y manifestación se regula en el artículo 21 CE. El Tribunal Constitucional considera que el derecho de reunión se caracteriza por ser una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas. Existe una vinculación entre este derecho y el de libertad de expresión. Por tanto, el derecho de reunión se convierte en uno de los ejes vertebradores de un Estado social y democrático (STC 193/2011, de 12 de diciembre).

Este es uno de los derechos que puede ser suspendido por los estados de excepción y sitio (artículo 55.1 CE). No obstante, como todo derecho fundamental se encuentra sometido a límites, de manera que no es absoluto o ilimitado⁴⁴. Dentro de las limitaciones a este derecho se encuentran las previstas en el propio artículo 21.2 CE, alteración del orden público con peligro para personas y bienes, y también tenemos límites derivados de evitar que un ejercicio extralimitado de este derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero).

El decreto de declaración del estado de alarma ni sus prorrogas se pronunciaron acerca del derecho de reunión y manifestación. Únicamente, tenemos el artículo séptimo del RD 463/2020 sobre la libertad de circulación. El análisis sobre la limitación o suspensión de este derecho debe realizarse a partir de las resoluciones judiciales acontecidas durante el estado de alarma.

⁴³<https://www.europapress.es/sociedad/noticia-juan-jose-omella-presidente-obispos-espanoles-coronavirus-nos-puesto-jaque-todos-20200320145908.html>

⁴⁴ PRESNO LINERA, M.A. “El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por covid-19”. *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 5.

Varias organizaciones sindicales convocaron manifestaciones en distintos territorios de España con motivo de la festividad del 1 de mayo. La respuesta de los tribunales de justicia fue distinta. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁴⁵ revocó la decisión de la subdelegación del Gobierno de prohibir la manifestación convocada en Zaragoza. Argumentó que el estado de alarma no puede ni suspender ni limitar el derecho de reunión y manifestación *ex art. 11 LOAES*. Destaca que la regla general es el favorecimiento del derecho de reunión, que sólo debe verse exceptuado si, previo juicio de proporcionalidad, concurren datos y circunstancias que permiten su limitación, en garantía de un interés constitucional o público superior. También revocó la decisión de la Administración el TSJ de Navarra.

Por su parte, los TSJ de Madrid, Castilla y León y Galicia decidieron no revocar la prohibición de manifestación. Bastante polémica fue la resolución del TSJ de Galicia que señaló que, al no ser una actividad permitida, ha de considerarse prohibida, cambiando así la máxima de todo Estado de Derecho: *permissum videtur id omne quod non reperitur prohibitum*, es decir, todo lo que no está prohibido está permitido⁴⁶.

La organizadora de la manifestación convocada en Galicia, al no ver satisfecha su demanda por la sentencia del TSJ Galicia, decidieron interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho de reunión y manifestación y de la libertad sindical. El Tribunal Constitucional decidió inadmitir a trámite el recurso por ATC 40/2020. La Sala aplica el test de proporcionalidad y considera que la prohibición de la manifestación tiene cobertura constitucional en los arts. 15 y 43 CE. Por tanto, considera que ha de primar la protección del derecho a la salud, conectado con el derecho a la vida y a la integridad física, y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria que podría colapsar por la propagación del virus⁴⁷.

Posteriormente, el partido político Vox decidió convocar manifestaciones en todas las capitales de provincia para el 23 de mayo. Muchas Delegaciones del Gobierno decidieron permitir dichas manifestaciones. Otras Delegaciones, sin embargo, optaron por

⁴⁵ STSJ Aragón 151/2020, de 30 de abril de 2020 (ECLI:ES: TSJAR:2020:224).

⁴⁶ BILBAO UBILLOS, J.M. “La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia”. *Los Efectos horizontales de la COVID sobre el sistema Constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 7

⁴⁷ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, 2021, p. 12.

prohibirlas, caso de Castilla y León y Cataluña. Las decisiones fueron revocadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas comunidades.

Una vez expuesta la situación, podemos anticipar que el derecho de reunión y de manifestación no se ha visto suspendido por la simple declaración del estado de alarma. No se puede considerar esto por el hecho de que se han podido celebrar manifestaciones durante del estado de alarma, aunque otras se hayan prohibido. Para saber cómo podría ser la suspensión de este derecho habría que acudir al art. 22 LOAES, que se encarga de regular el régimen de suspensión permitido durante la declaración del estado de excepción.

Pero, como hemos visto, ni se ha impuesto un régimen de autorización previa ni ha habido prohibición generalizada de reuniones y manifestaciones, sino que se ha seguido con los tramites previsto en la propia Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, cuyo artículo octavo señala habrá que comunicar a la autoridad gubernativa la celebración de la manifestación y, como señala el artículo décimo, si existen alteraciones del orden publico con peligro para personas y bienes podrá prohibirse su celebración o proponer una modificación de la misma.

A pesar de ello, considero que la decisión de nuestro Tribunal Constitucional sobre el recurso de amparo ha sido cuanto menos cuestionable. Para sostener esta afirmación, quiero traer aquí parte de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional relativa al derecho de reunión y manifestación.

El Tribunal Constitucional señala que para prohibir una manifestación o reunión es necesario que existan razones fundadas de alteración del orden público. No basta la mera sospecha de que se vaya a producir dicha alteración, sino que es necesario que la autoridad gubernativa tenga datos objetivos suficientes (STC 301/2006). Por tanto, la prohibición sobre las meras sospechas no sería admisible. De hecho, el TSJ de Aragón, siguiendo correctamente esta doctrina, decidió revocar la prohibición de manifestación porque la autoridad gubernativa la había prohibido en base a meras sospechas⁴⁸. Cosa que no hizo

⁴⁸ Señala expresamente en el fundamento jurídico nº5: «La Administración sostiene su decisión en dos valoraciones genéricas que son dos conjeturas. La primera es que, en las circunstancias actuales, es un hecho notorio que es completamente seguro que se produzcan contagios entre las personas participantes que luego puedan extenderse entre sus círculos de amistad, profesionales y familiares, incrementando de esta manera la crisis sanitaria por más que se adopten medidas de seguridad [...]. En cuanto a la afirmación de que podría haber problemas de orden público por parte del resto de los ciudadanos, confinados, es una mera conjetura».

el propio Tribunal Constitucional al considerar que era adecuada la prohibición por el hecho de prevenir contagios sin indicar como se producirían los mismos si los participantes en la manifestación iban cada uno en su coche, con mascarilla y guantes y, además, abiertos a adoptar otro tipo de medidas para garantizar la salud.

Uno de los motivos por los que se prohibió la manifestación en Galicia fue que: “el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales”. El Tribunal Constitucional ha señalado que la afectación de la libertad de circulación o la ocupación de espacios públicos no puede ser motivo para prohibir una manifestación, sino que se requiere un plus⁴⁹. No obstante, sí considera afectado el orden público cuando la ocupación de espacios públicos imposibilita la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias (STC 59/1990). En este sentido, en mi opinión, el Tribunal Constitucional tendría que haber mención de la posibilidad que tiene la autoridad gubernativa de modificar la manifestación convocada, señalando otro itinerario o reduciendo el tiempo de manifestación, si así se hubiera garantizado el derecho de manifestación de los convocantes.

Por último, el ATC 40/2020 destaca que falta de motivación de la resolución administrativa a la hora de prohibir la manifestación habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial. En este sentido, la propia doctrina del Tribunal Constitucional destaca que el déficit de motivación de un acto de la Administración no

⁴⁹ Dice la sentencia: «Las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por las vías de tránsito público sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes. (...) la propia naturaleza el ejercicio de este derecho requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. En suma, la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión. En una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación. Precisamente, para hacer compatibles estos dos usos de los lugares de tránsito público, el art. 21.2 C.E. ha establecido la exigencia de la comunicación previa (...). Concretamente desde la perspectiva del art. 21.2 C.E., para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que (...) provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación (STC (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ nº3)».

puede ser suplido por los tribunales, que son los encargados de controlar si la motivación es o no suficiente⁵⁰.

Por ello, a pesar de que el derecho de reunión y manifestación no se ha visto suspendido por el estado de alarma, la decisión de nuestro máximo garante de la Constitución no ha sido la más acertada, en un momento donde existía un gran debate acerca de la limitación o suspensión de derechos fundamentales, debiendo haber optado en su resolución porque primara el principio de *favor libertatis* y, por tanto, permitiendo que se celebrara dicha manifestación, al no haberse seguido con su propia doctrina constitucional a la hora de prohibir la misma.

3. Régimen de la libertad de circulación durante la pandemia ocasionada por el COVID-19⁵¹

La libertad de circulación se regula en el artículo 19 CE. Este precepto integra cuatro derechos o libertades distintas, tal y como señala el Tribunal Constitucional⁵². Mientras que parte de la doctrina española señala que el contenido del artículo 19 CE solo hace referencia a un único derecho, que abarca o incluye cuatro libertades o vertientes distintas⁵³. Posicionarse entre una y otra consideración, nos llevaría al mismo resultado: aseverar que el artículo 19 CE no sólo regula el derecho que tienen los españoles a circular libremente por el territorio nacional, sino que, junto a él, contiene el derecho a elegir libremente la residencia, el derecho a entrar en España y el derecho a salir del territorio nacional.

El análisis del derecho a la libertad de circulación por parte de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, dejando a un lado cuestiones de extranjería, es escaso. Las controversias más recurrentes se han dado con el derecho de reunión y manifestación analizado previamente. Como ya vimos, el Tribunal Constitucional ha otorgado

⁵⁰ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, 2021, p. 11.

⁵¹ Por motivos académicos, tales como un estudio más detallado y centrado en el régimen jurídico de este derecho fundamental durante la declaración de los estados de alarma en España y el periodo que transcurre entre la declaración del primero y del segundo, el análisis del régimen jurídico de este derecho se limitará a la finalización del segundo estado de alarma.

⁵² «El art. 19 CE reconoce a "los españoles" cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional (STC 72/2005, FJ n°5)».

⁵³ DURÁN ALBA, J.F. "Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis «COVID-19»" F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 3.

prevalencia al derecho de reunión y manifestación sobre la libertad de circulación⁵⁴. De hecho, reiteramos que el Tribunal Constitucional considera que para prohibir el ejercicio del derecho de reunión y manifestación por afectación de espacios públicos es necesario un plus, no valiendo «invocarse una genérica conflictividad circulatoria» (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ nº3).

Una vez contextualizado este derecho fundamental, procederemos a analizar el régimen jurídico de este derecho durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

3.1 Régimen de la libertad de circulación durante el primer estado de alarma

El artículo 7 del RD 463/2020 regula la *limitación* de la libertad de circulación de las personas. Este precepto señala que las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.

Los siguientes apartados se refieren a la manera en que puede realizarse los desplazamientos y a las autoridades que se encargan de velar por el cumplimiento de la norma. Este precepto fue modificado por el RD 465/2020, que trasladó la mención a las

⁵⁴ DURÁN ALBA, J.F., *op. cit.*, 2020, p. 3

personas con discapacidad al enunciado del precepto y la letra h) quedo redactada de la siguiente manera: “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”.

Esta medida fue adoptada bajo la habilitación del artículo 11 a) LOAES, que señala que durante el estado de alarma se podrá acordar, entre otras medidas:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

Por su parte, el artículo 20 LOAES señala cuál sería el régimen de suspensión de este derecho (*ex art. 55.1 CE*). Así, señala que, durante el estado de excepción, se podrá: “podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir”. No obstante, LORENZO COTINO HUESO⁵⁵ considera que este precepto no es un buen parámetro para fijar cuando queda suspendida la libertad de circulación, ya que, según él, muchas de las medidas relatadas podrían adoptarse bajo la legislación ordinaria, sin recurrir al Derecho de excepción. Tales medidas serían señalar el itinerario a seguir para llegar a un lugar de destino, la acreditación de la identidad, etc. Por el contrario, señala que sí implicarían una suspensión de este derecho las medidas que se refieren a la exigencia de autorización previa para el desplazamiento y la de prohibición absoluta de desplazamientos.

Para averiguar si la medida supone una limitación o una suspensión del derecho a la libertad de circulación, hay que analizar si se considera afectado el contenido esencial de este derecho o no. Las limitaciones a un derecho fundamental deben respetar el contenido esencial (*ex artículo 53.1 CE*). A la hora de conceptualizarlo, el abogado del Estado GUILLERMO ENRÍQUEZ MALAVÉ ha señalado que el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye un muro que no se debe sobrepasar a la hora de establecer limitaciones a los mismos.⁵⁶ En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha definido el concepto contenido esencial de un derecho fundamental:

⁵⁵ COTINO HUEOS, L. “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus” *Diario la Ley*, no. 9608, 2020.

⁵⁶ ENRÍQUEZ MALAVÉ, G. “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” *Diario la Ley*, no. 9620, 2020.

«Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose (...). Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, Fundamento Jurídico nº8)».

Autores como MIGUEL PRESNO LINERA⁵⁷, LORENZO COTINO HUESO⁵⁸ o GUILLERMO ENRÍQUEZ MALAVÉ⁵⁹ consideran que el derecho a la libertad de circulación se va visto sometido a una suspensión durante la declaración del primer estado de alarma. Entre los argumentos que sustentan su posición, MIGUEL PRESNO LINERA señala que el contenido del artículo 7 del RD 463/2020 se asemeja más a lo que prevé el estado de excepción que al estado de alarma. Por tanto, considera que este precepto constituye una prohibición generalizada de la libertad de circulación y no una limitación de este derecho.

En términos similares, LORENZO COTINO HUESO señala que las medidas alcanzan una intensidad tan importante que “desdibujan el contenido esencial de este derecho”, haciendo que la libertad de circulación no sea reconocible, afectando a la parte del contenido del derecho necesaria para que los intereses jurídicos protegibles resulten protegidos y sometiendo a este derecho a limitaciones que “la hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Por tanto, estas medidas estarían reservadas, en principio, a la suspensión de este derecho. No obstante, finaliza, señalando que estas medidas eran adecuadas y necesarias en el momento sanitario en el que no encontrábamos. Por su parte, GUILLERMO ENRÍQUEZ MALAVÉ señala que no se cumple el canon del contenido esencial establecido por el Tribunal Constitucional, con argumentos similares a los de Lorenzo Cotino Hueso.

⁵⁷ PRESNO LINERA, M. “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (4): la libertad de circulación.”. Disponible en: <https://presnoliner.wordpress.com/2020/04/01/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-4-la-libertad-de-circulacion/>

⁵⁸ COTINO HUEOS, L. *op. cit.*, 2020.

⁵⁹ ENRÍQUEZ MALAVÉ, G., *op. cit.*, 2020.

Autores como FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO⁶⁰, MARIANO BACIGALUPO⁶¹ O ALFONSO GARCÍA FIGUEROA⁶² se muestran contrarios a esta posición.

Bastida Freijedo señala que para suspender un derecho fundamental es necesario excluirlo del catálogo de derechos, de manera que sólo existirá ese derecho en los términos que señale el régimen jurídico que decreta su suspensión. Por tanto, su posición se sustenta en que no cabe hablar de una suspensión porque el artículo 7 RD 463/2020 permite algunas formas de ejercicio del derecho de la libertad de circulación.

Otra posición, similar a la anterior, es la que adopta Alfonso Garcia Figueroa al señalar que la existencia de una cláusula analógica abierta rompe con la consideración de que la medida contenga un principio general, o como él lo denomina, una *regla* de prohibición.

Finalmente, Mariano Bacigalupo considera que no hay suspensión porque las medidas adoptadas tienen habilitación legal en otras leyes como son el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. De manera que si estas leyes permiten adoptar una medida de este calado, como no podrá adoptarse bajo el estado de alarma, que permite adoptar medidas más extraordinarias que las que se pueden adoptar en situaciones de normalidad.

A pesar de estas opiniones, las medidas contenidas en el artículo 7 del RD 463/2020 suponen una suspensión del derecho a la libertad de circulación y no tanto una limitación de este derecho. Conviene precisar que, entre ambos conceptos, es decir, entre suspensión y limitación, la diferencia existente es de grado o intensidad y no de naturaleza o esencia, como sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Guzzardi contra Italia, de 6 de noviembre de 1980). A la hora de determinar cuándo se produce la suspensión de un derecho fundamental y cuando no es necesario averiguar si la medida en concreto que se pretende analizar ha afectado el contenido esencial de este derecho o no. Para ello,

⁶⁰BASTIDA FREIJEDO, F. J., “La cuarentena de los derechos”. Disponible en: <https://www.lne.es/opinion/2020/04/05/cuarentena-derechos-14677329.html>

⁶¹BACIGALUPO, MARIANO “Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito”. Disponible en: https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html

⁶² GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>

acudiremos a los dos criterios fijados por el Tribunal Constitucional en la célebre STC 11/1981, el de la reconocibilidad y el de los intereses jurídicamente protegidos.

En primer lugar, el derecho a la libre circulación se puede considerar como el derecho a deambular por el territorio nacional sin que sea necesario que la circulación este supeditado a algún fin o causa, ya que, de lo contrario, no sería un derecho autónomo sino un derecho instrumental dirigido a la satisfacción de otros intereses. Por tanto, si definimos así a este derecho, la medida establecida por el artículo 7 RD 463/2020 dejaría al derecho irreconocible, vaciado de contenido y desnaturalizado, ya que se estaría supeditando el ejercicio del derecho a una serie de actividades tasadas, pasando a ser un medio destinado a la satisfacción de otros intereses y no un derecho autónomo. No sería reconocible este derecho ya que la regla general es la prohibición y la excepción poder hacerlo, siempre que se realicen alguna de las actividades previstas en el precepto.

También se cumple el segundo de los criterios, el de los intereses jurídicos protegidos, ya que éste rebasa cuando las limitaciones impuestas hacen que el ejercicio del derecho sea impracticable. Consideramos que las limitaciones, siendo pocas y únicamente las tasadas por la ley, han hecho que los ciudadanos solo salieran a la calle para, por ejemplo, hacer la compra o a comprar medicinas. Por tanto, no podemos afirmar que el hecho de que se permita a la población realizar una serie de actividades tasadas en el artículo suponga únicamente una limitación de la libertad de circulación, sino que debe considerarse como una auténtica suspensión de este derecho.

Cabe, además, para sostener nuestra posición, señalar que, si esta es la medida para una limitación del derecho a la libertad de circulación, ¿cómo sería la medida prevista para una suspensión del mismo? La única forma de agravar esta medida sería no dejarte salir de casa para la realización de ninguna actividad. Por tanto, la suspensión del derecho sería de tal calado que no tendría encaje en el propio artículo 20 LOAES.

3.2 Régimen de la libertad de circulación en el periodo de «entre estados de alarma»

El 21 de junio de 2020 finaliza el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020. Con él, se levantarían todas las medidas que suponían una restricción de derechos fundamentales. No obstante, ello no significó la superación de la pandemia y, por ende, la cesación de medidas para hacer frente al COVID-19. El marco jurídico previsto por el Gobierno nacional para hacer frente al virus una vez finalizado el estado de alarma se

recogió en el Real-Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, convalidado por Congreso de los Diputados el 25 de junio de 2020. En él, no se contenía ninguna medida que supusiera una limitación a la libertad de circulación.

Sin el paraguas jurídico del estado de alarma, para adoptar nuevas medidas restrictivas de derechos fundamentales con el fin de evitar la propagación del COVID-19, fuera del derecho de excepción, tenemos una legislación administrativa de salud pública formada por tres leyes: Ley 3/1986 Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986 General de Sanidad y Ley 33/2011 General de Salud Pública y un abanico de leyes autonómicas en esta materia.

Tanto la Ley General de Salud Pública como Ley General Sanidad permiten adoptar medidas que no impliquen una afectación a los derechos fundamentales de las personas. Así, el artículo 26.1⁶³ LGS permite, entre otras medidas, la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones.

Por su parte, el artículo 54.2⁶⁴ LGSP, en sintonía con el anterior precepto, permite el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias [letra c)] o la suspensión del ejercicio de actividades [letra d)].

Por tanto, la única Ley que habilita a la adopción de medidas que limiten derechos fundamentales es la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Su artículo primero permite adoptar medidas de este tipo tanto a las Comunidades Autónomas como al Gobierno Central, cada una dentro del ámbito de sus competencias.

⁶³ Reza este precepto: “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”.

⁶⁴ Señala el artículo: “2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”.

Esta ley, que consta únicamente de cuatro preceptos, había sido utilizada con anterioridad a la crisis del COVID-19 para la hospitalización forzosa de enfermos *ex art. 2 LOMESP* o para ordenar la cuarentena de enfermos o la vacunación forzosa de personas *ex art. 3 LOMESP*. Las medidas adoptadas a la luz de esta ley que impliquen una afectación de los derechos fundamentales de las personas deben ser ratificadas judicialmente.

Al principio de la crisis sanitaria, eran competentes para la ratificación de las medidas judiciales que implicaran una limitación de derechos fundamentales los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en virtud del art. 8.6 Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No obstante, por Ley 3/2020⁶⁵, de 28 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, fue modificada esta cuestión, otorgando la competencia tanto los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencia Nacional cuando la medida o medidas implicasen la limitación de derechos fundamentales de una pluralidad de personas indeterminadas. De manera que la competencia de los Juzgados de lo Contencioso

⁶⁵ Señala la disposición final segunda: “Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 6 del artículo 8, que queda redactado de la siguiente manera: «6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.»

Dos. Se modifica el artículo 10, que queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 11, que queda redactado de la siguiente manera:

«1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

(...)

i) De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.»

Administrativo se limitaba a aquellas medidas supusieran la restricción de derechos fundamentales a particulares «concretos e identificados individualmente».

Con ocasión de la pandemia, el artículo tercero⁶⁶ LOMESP ha sido utilizado por las Comunidades Autónomas para adopción de medidas que afecten a los derechos fundamentales con el fin de evitar la propagación del virus en el territorio de su comunidad. Las medidas referentes a la libertad de circulación se resumen en dos: confinamientos perimetrales de territorios y toque de queda. La doctrina se encuentra dividida, ya que mientras unos abogan porque este precepto sí permite limitar derechos fundamentales a una pluralidad indeterminada de personas, otros abogan porque está pensado solo para adoptar medidas referentes a enfermos y contactos estrechos y no para una generalidad de personas, en cuyo caso habrá que recurrir al estado de alarma o excepción, según la gravedad de la situación.

Tampoco ha habido unanimidad por parte de la jurisprudencia cómo veremos a continuación. En relación con las medidas de confinamiento de territorios, existe una disparidad de opiniones en función del órgano judicial al que le haya tocado ratificar o autorizar judicialmente las medidas limitativas de derechos fundamentales.

De especial interés es la STSJ de Madrid 594/2020⁶⁷, que fue la que definió el ámbito de la *cognitio judicial* a la hora de resolver sobre la ratificación judicial de medidas y que sirvió de base para el resto órganos judiciales. Dicha sentencia señala en su fundamento jurídico quinto que la intervención de los jueces en este tipo de procedimientos «se limita únicamente a aprobar y ratificar aquellas medidas que puedan implicar una privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Por tanto, el pronunciamiento del juez de turno debe ceñirse a la ponderación entre el derecho fundamental limitado, como puede ser la libertad de circulación, y las variables salud/enfermedad, de manera que cualquier pronunciamiento que vaya más allá de este extremo «supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter

⁶⁶ Señala: «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».

⁶⁷ STSJ M 594/2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:7439).

general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano».

Una vez señalado esto, en primer lugar, hablaremos de aquellos Tribunales Superiores de Justicia o Juzgados Contencioso Administrativos que sí consideraron que podía adoptarse un confinamiento perimetral en virtud de la LOMESP. Así, el TSJ de Castilla y León que, en los autos nº 229/2020, 245/2020 o 247/2020, consideró que las medidas por las cuales se limitaba la entrada y salida de los ciudadanos de determinados municipios «eran idóneas para evitar la propagación de la enfermedad y, con ello, preservar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y la integridad física» (ATSJ CyL 229/2020, 1 de octubre de 2020, FJ nº6).

Dichos autos autorizan o ratifican las medidas dictadas por la comunidad autónoma en relación con la salida y entrada de los ciudadanos de un determinado municipio, en el caso del Auto nº 229/2020 se trataba de Miranda de Ebro, considerando que la medida es proporcionada, ya que establece una serie de supuestos por los cuales sí se permite la entrada y salida de los mismos y, además, la medida tiene una duración limitada en el tiempo. No obstante, el Tribunal no autoriza una de las medidas, referente a la suspensión de las salidas de los residentes de centros de personas mayores al exterior. Señala que el hecho de que estas personas representan un colectivo vulnerable por razón de la edad no puede conllevar a que estas personas vean suprimidos uno de sus derechos fundamentales, como es la libertad de circulación, es decir, considera que esta medida no es una limitación del derecho a la libertad de circulación, sino que constituye una auténtica suspensión. Por tanto, decide no ratificar esta medida porque la propia Constitución no lo permite *ex art. 55.1 CE*.

Pocos días más tarde, este mismo Tribunal decidió ratificar una medida similar, que prohibía la salida de los residentes al exterior, salvo por motivos justificados, al considerar la medida «necesaria y proporcional ya que es notorio que en estos centros se alojan sectores de población especialmente vulnerables, en los que la enfermedad COVID-19 ha incidido de modo virulento, ocasionando altos índices de mortalidad y colapso de los servicios sanitarios» (ATSJ CyL 245/2020, de 9 octubre 2020, FJ nº6). En este sentido, considero que decidió ratificar la medida al no ser una auténtica supresión del derecho a la libertad de circulación como ocurría en el supuesto del auto 229/2020.

Anteriormente, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Burgos, por auto nº 68/2020, ratificó las mismas medidas, aunque, en este caso, sin ampararse en la Ley Orgánica 3/1986, que es la única que habilitaría, en su caso, a una limitación de derechos fundamentales al tener el carácter de ley orgánica, a diferencia de la LGS o LGSP. El propio auto se limita a señalar que «esas medidas se consideran urgentes y necesarias para la salud pública atendiendo a las circunstancias concurrentes, todas ellas relacionadas con la situación de emergencia producida por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2/COVID-19, siendo, además, proporcionadas atendiendo al espacio territorial al que afectan, a las personas a las que se aplica y a la duración temporal de esa aplicación». Considera proporcionadas estas medidas porque la situación de Aranda de Duero se encontraba en una situación de transmisión comunitaria donde los focos de contagios no habían podido ser determinados por las autoridades sanitarias de Castilla y León y, por ello, era necesario la adopción de estas medidas que reduzcan la posibilidad de contagios entre los ciudadanos del municipio. El juzgador también quiso condicionar la ratificación a que estas medidas decayeran si antes del plazo por el que se ratificaban, la Junta consiguiera conocer o averiguar el origen de todos los focos de contagio.

De igual manera se pronunció el TSJ de Andalucía en los autos nº 91/2020 y 92/2020. Su argumentación en ambas resoluciones es escueta, limitándose a señalar que: «resulta preciso además apreciar Ja debida proporcionalidad de las medidas, en cuanto imprescindibles para garantizar Ja salud pública de los vecinos de dicha localidad, erradicando el alto riesgo de contagio inminente que existiría de contrario, y con un alcance temporal que se extiende durante diez días naturales» (ATSJ AND 91/2020, 8 de octubre, FJ nº3).

En una posición contraria se encuentra el TSJ de Aragón, que no ratificó medidas similares en los autos nº 87/2020 y 89/2020.

En la primera de las resoluciones, el Tribunal comienza reflexionando sobre si los efectos de las medidas se producen al tiempo de su publicación o si entran en vigor una vez que haya pronunciamiento judicial. Para poner solución a esta cuestión, el Tribunal parte de la siguiente premisa: «la restricción de derechos fundamentales exige, en los preceptos que expresamente se menciona en la Constitución, la previa autorización judicial, pudiendo citarse al respecto el 18.2 CE, inviolabilidad del domicilio, o el 18.3 CE secreto de las comunicaciones». (ATSJ Aragón 87/2020, de 5 de octubre, FJ nº3). Por tanto, la restricción de derechos fundamentales con posterior ratificación judicial es la excepción,

de manera que sólo tiene lugar en aquellos casos donde la medida es extremadamente urgente que de no adoptarse de manera inmediata perdería su razón de ser. Señala como ejemplos el art. 763 LEC sobre internamiento de enfermos psíquicos o el caso de la inviolabilidad del domicilio que sólo debe ser alterada sin medida autorización judicial en caso de delito flagrante. El Tribunal, por ello, considera que, cuando hablamos de confinamientos perimetrales de localidades donde se limita el derecho a la libre circulación de muchos ciudadanos por el simple hecho de residir en un determinado lugar, procedería la autorización judicial previa y no la ratificación judicial, de manera que las medidas adoptadas no producirían efectos hasta el momento en que se dicte la resolución judicial. En resumen, la regla general es la autorización judicial previa y la ratificación a posteriori es la excepción, procediendo en aquellos casos donde existe una urgencia inaplazable, no siendo el supuesto de la adopción de confinamientos perimetrales que se acuerdan tras advertencias de las autoridades sanitarias, de manera que no existe ningún motivo de urgencia que justifique la ratificación judicial en estos casos. Tras este análisis, el Tribunal decidió no ratificar las medidas restrictivas de la libertad de circulación, ya que su entrada en vigor se produjo sin haber obtenido la autorización judicial previa y sin haberla solicitado, de manera que este hecho supone que las medidas sean ilegítimas.

En la segunda de las resoluciones, el auto nº 89/2920, el Tribunal decide no ratificar la medida de confinamiento del municipio de la Almunia de Doña Godina. La cuestión central del auto es determinar si la medida de tal intensidad, que afecta a la libertad de circulación, tiene cobertura legal en la legislación sanitaria o no. En primer lugar, la Sala duda sobre la aplicación del art. 26 LGS por considerar que está pensado para atajar actividades públicas o privadas que tengan consecuencias negativas para la salud. Por tanto, no tiene por objeto combatir una enfermedad, sino que trata de «evitar todo peligro para la salud proveniente de una actividad que pueda ser desarrollada, sea pública o privada, por un ciudadano» (ATSJ AR 89/2020, de 10 de octubre, FJ nº3). Tampoco considera aplicable el art. 54.3 LGSP puesto que su apartado tercero establece como requisito *sine qua non* para la adopción de las medidas la audiencia de los interesados⁶⁸. Por tanto, como la medida afecta a una pluralidad de personas indeterminadas no procede la aplicación del precepto. A continuación, analiza si la medida tiene cabida en el art. 3 LOMESP. Este Tribunal señala, en primer lugar, que el presupuesto del precepto es el

⁶⁸ Define el Tribunal al interesado como: «una persona concreta, con una determinada relación con el objeto de la medida adoptada».

control de enfermedades transmisibles y no de acometer situaciones de crisis sanitarias, epidemias o pandemias, como es el caso de la situación vivida por el COVID-19. Además de ello, el precepto se aplica a una serie de personas concretas y determinadas como son los enfermos y personas que han estado relacionadas con ello, sin que quepa decir que el hecho de vivir en el mismo municipio suponga considerar a los ciudadanos del mismo como personas relacionadas con el enfermo. Ni tampoco que pueda incluirse estas personas dentro de la cláusula abierta del artículo tercero: "*las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*", ya que la limitación de un derecho fundamental requiere de una interpretación restrictiva de la norma en virtud del principio de *favor libertatis*.

Por tanto, la Sala considera que la medida no tiene encaje legal en el art. 3 LOMESP, apuntando que: «es igualmente dudoso y por lo mismo que ninguna Administración pueda adoptar la medida que ahora es pretendida por la Consejería de Sanidad, ni siquiera el Estado, se entiende en régimen ordinario, y sin perjuicio del encaje que en el derecho de excepción deba tener por razón de la descripción concreta de la medida adoptada». En definitiva, considera que el confinamiento perimetral de un municipio supone la afectación del derecho a la libertad de una pluralidad de personas que no tiene cabida en la legislación sanitaria administrativa, sino que únicamente podría adoptarse bajo el amparo del derecho de excepción.

En relación con el TSJ de Madrid, dos son únicamente las resoluciones que analizaremos debido a la novedad que aportan en relación con el estudio de la cuestión. En primer lugar, el auto nº115/2020 de 24 de septiembre de 2020 se centra en si la limitación de derechos tiene cobertura en la LOMESP o si es necesario acudir a LOAES. Así, señala que tratándose de suspensión de derechos fundamentales debe adoptarse bajo el amparo de la LOAES, en concreto, de los estados de excepción o sitio *ex art. 55.1 CE*. Pero si hablamos únicamente de la limitación de derechos fundamentales es posible sin acudir a la LOAES, siempre que su previsión se contenga en una Ley Orgánica, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 104/2000, de 13 de abril, 112/2006, de 5 de abril y 76/2019, de 22 de mayo, entre otras). La Sala afirma que en el supuesto que resuelve se cumplían los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional: previsión en una Ley Orgánica y que la limitación este justificada en la protección de otros bienes y derechos constitucionales, que son la salud pública y la integridad física.

Una vez sentado esto, tratan de analizar si la medida de la autoridad sanitaria cumple con el test de proporcionalidad exigido por el Tribunal Constitucional (STC 207/1996, de 16 de diciembre, 49/1999, de 5 de abril, 159/2009 de 29 de junio, entre otras). Para ello, la medida debe cumplir tres condiciones: que sea idónea para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), que sea necesaria, es decir, que no exista otra menos lesiva para la consecución de estos fines (juicio de necesidad) y que si la medida es equilibrada o ponderada al derivarse mas beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La finalidad de la limitación de la movilidad no es otra que la protección de la salud, evitando la propagación de unas zonas a otras. Por tanto, la Sala considera que esta finalidad cumple con los juicios de necesidad e idoneidad para el fin perseguido. También considera cumplido el juicio de proporcionalidad en sentido estricto porque la limitación se hace de la manera menos gravosa posible al contemplar una serie de excepciones a la limitación de la movilidad. Con todo ello, la Sala acuerda ratificar las medidas. De manera que este tribunal introduce argumentos nuevos a la hora de resolver sobre la autorización o ratificación judicial de las medidas.

Además de ello, la resolución incorpora un voto particular en contra de la ratificación de las medidas. Las discrepancias se basan en tres motivos: implantación, de facto, de un estado de alarma parcial, la limitación de un derecho fundamental como es la libertad de circulación sin motivación suficiente por la autoridad sanitaria y la limitación del aforo de los lugares de cultos sin cumplir con el criterio de proporcionalidad. De los tres motivos, nos centraremos únicamente en los dos primeros. En relación con la implantación, de facto, de un estado de alarma parcial, la magistrada que emite el voto particular señala que la clausula abierta del art. 3 LOMESP no habilita a la autoridad sanitaria a restringir la libertad de circulación de muchos ciudadanos, sino que la habilitación está prevista para otros derechos fundamentales que no contienen la protección reforzada que el art. 55.1 CE le confiere a la libertad de circulación. Además de carecer habilitación el art. 3 LOMESP, pone de manifiesto que, si el legislador previó como supuesto de hecho para la declaración del estado de alarma la crisis sanitaria, se debe aplicar el mismo, ya que existe las razones de urgencia que exige la aplicación del derecho de excepción. De hecho, la propia autoridad sanitaria alega estas razones de urgencia y necesidad para adoptar la medida restrictiva de la libertad de circulación.

En relación con el segundo de los motivos, se limita a señalar que la autoridad sanitaria, a la hora de justificar las medidas limitativas de la libertad de circulación, entra en contradicciones porque, al mismo tiempo que señala que es necesaria esta medida para evitar la propagación a otras zonas de salud, permite a los ciudadanos salir para cumplir con sus obligaciones laborales, profesionales y empresariales, siendo junto a la transmisión entre familiares uno de los principales medios de transmisión del virus.

Otra de las resoluciones importantes es el auto nº 128/2020, de 8 de octubre de 2020. En este caso, el Tribunal decide no ratificar las medidas debido a que no existe cobertura legal. Las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria vienen a cumplir con una Orden Comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre. Esta Orden se dicta al amparo del art. 65 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En este marco legal, se sitúa las medidas adoptadas que limitan el derecho a la libre circulación. Afirma la Sala que los derechos fundamentales pueden ser limitados, pero es necesario que se respete la reserva de ley prevista en los arts. 81.1 y 53.1 CE y reiterada por la jurisprudencia constitucional. Una vez sentado esto, la Sala concluye que: «el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, no contiene habilitación legal alguna para el establecimiento de medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas por el territorio nacional (art. 19 CE), o de cualquier otro derecho fundamental. Ninguna mención se hace en el precepto, ya sea de forma directa o indirecta, a la posible limitación de derechos fundamentales con motivo del ejercicio de las funciones legalmente encomendadas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud» (ATSIJ M 128/2020, de 8 de octubre, FJ nº6).

En relación con la medida de *toque de queda*, sólo existen dos resoluciones que han abordado esta cuestión. En primer lugar, el auto nº 273/2020 del TSJ de Castilla y León decide no ratificar la medida del *toque de queda* amparada en la LOMESP y ello, a pesar de que en otras ocasiones sí había ratificado medidas restrictivas de la libertad de circulación. Considera que esta medida rebasa el supuesto habilitante del art. 3 LOMESP por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que deja sin posibilidad de ejercerse durante un periodo de tiempo amplio y afecta a la totalidad de la población de la comunidad. Por tanto, deja en suspenso el derecho a la libertad de circulación durante una franja horaria y para toda la población, de una forma indiferenciada y sin distinción, a diferencia de lo que habían decidido con

los confinamientos perimetrales donde los municipios estaban más o menos afectados por la enfermedad transmisible. De manera que no ratifica esta medida ya que «exige una ley que la posibilite [el toque de queda] con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia».

Por su parte, el TSJ de la Comunidad Valenciana sí ratifica esta medida. En primer lugar, señala que la situación epidemiológica de la comunidad exige adoptar un nivel mayor de medidas que impida la propagación del virus y proteja la salud de las personas, medidas exigibles y legitimadas por la defensa de la salud pública. De esta manera, tras analizar que las causas más frecuentes de contagios se producían en el marco de las relaciones sociales y el ocio nocturno no reglado por las fiestas en pisos y casas, y que, en ese momento, la epidemia estaba afectando con mayor intensidad al grupo de edad comprendido entre los 15 y 29 años, considera que la limitación de la libertad de circulación en una franja horaria proclive es la medida más idónea para la protección de las personas. Esta medida se considera adecuada y proporcional con la situación epidemiológica del momento, suponiendo un mayor beneficio para el interés general, en el cuidado de la salud pública, que perjuicios sobre otros bienes o valores que puedan entenderse en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

3.3 Régimen de la libertad de circulación durante el segundo estado de alarma

El Gobierno declaró el 25 de octubre de 2020 el tercer estado de alarma mediante Real Decreto 926/2020 para evitar que medidas garantes de la salud no pudieran adoptarse por falta de norma jurídica habilitante. Señala, en la exposición de motivos, que las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse. Por tanto, si existen tribunales que sí permiten estas medidas, pero otros no, en aras de la seguridad jurídica, el Gobierno decidió declarar, de nuevo, el estado de alarma en nuestro país.

Las medidas adoptadas bajo el segundo estado de alarma relativas a la libertad de circulación son dos:

- Limitación de la circulación en horario nocturno (artículo 5 RD 926/2020). Es el *toque de queda*.

- Restricción de entrada y salida de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía y habilitación para que la autoridad competente delegada⁶⁹ pueda restringir la entrada y salida de ámbitos territoriales a la provincia (artículo 6 RD 926/2020).

Estas medidas comportan una restricción de derechos fundamentales, aunque no son equiparables a las adoptadas durante el primer estado de alarma. Para analizar si supone una limitación o una suspensión de la libertad de circulación, volveremos a utilizar los dos criterios establecidos por el Tribunal Constitucional al definir el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales.

Siguiendo con el criterio de la reconocibilidad, la libertad de circulación se encuentra sometido a dos limitaciones, que es la de circular en periodo nocturno y circular fuera de la comunidad autónoma donde resides. A pesar de estas dos limitaciones, las medidas impuestas configuran a la libertad de circulación un derecho autónomo sin que sea necesario acreditar la realización de una determinada actividad para su ejercicio. Por su parte, si tenemos en cuenta el segundo criterio, el de los intereses jurídicos protegidos, vimos como durante el primer estado de alarma eran tales las restricciones que hacían el derecho impracticable. En este caso, la libertad de circulación se puede ejercer con *plena normalidad*. Es cierto que no se puede realizar ninguna actividad durante determinadas horas, pero durante el resto del día nadie se ha visto sometido ningún límite a la movilidad, más allá de la restricción de poder salir de tu comunidad autónoma.

Por tanto, la regla general es la libertad de circulación y la excepción es prohibición, mientras que, con el otro estado de alarma, la regla general era la prohibición y la excepción, el ejercicio. En conclusión, podemos afirmar que la libertad de circulación, durante el segundo estado de alarma, se ha visto únicamente limitada y no suspendida.

De hecho, no eran pocos los autores que, durante el análisis de las medidas adoptadas durante el primer estado de alarma, consideraba que las medidas permitidas por el artículo 11 a) LOAES eran estas que se han adoptado durante el segundo estado de alarma. Así, JOSÉ LUIS ÁLVAREZ DE MORA señala expresamente: “De tal suerte que, de entre el abanico de posibles supuestos fácticos inferibles de la ley, guardando estrictamente el art.

⁶⁹ El artículo 2.2 establece quien tiene la consideración de autoridad competente delegada, recayendo esta cualidad en quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía.

11 a), pudieran haberse aplicado, por ejemplo, el toque de queda (o sea, condicionar la circulación a cierto rango horario diurno), el aislamiento de zonas determinadas, limitando entradas y salidas (esto es, confinar ciertas zonas permitiendo la circulación interna) ⁷⁰”.

⁷⁰ ALVAREZ DE MORA, J. L. “Razones de una prohibición general deambulatoria”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/razones-de-una-prohibicion-general-deambulatoria>

4. Conclusiones

El Derecho de excepción pretende la salvaguarda del orden constitucional en aquellas situaciones excepcionales mediante la concentración del poder en manos de la autoridad gubernamental y la limitación o suspensión de los derechos previstos en la propia Constitución. No todos los Estados gozan del Derecho de excepción como fuente del Derecho. No obstante, son la inmensa mayoría los que si han optado por el reconocimiento del Derecho de excepción en su ordenamiento jurídico.

Una vez que un Estado reconoce al Derecho de excepción como fuente del derecho, éstos deben optar por implantar cualquiera de los dos siguientes modelos: la dictadura constitucional y los estados excepcionales. España, a lo largo de su historia constitucional, ha optado por el segundo de los modelos, aunque con notables abusos de poder por parte de los poderes del Estado, de manera que convertían al Derecho de excepción en algo ignoto.

Una vez que llega la democracia a España con la Constitución de 1978, se siguió optando por el modelo de los estados constitucionales. Dentro de la Constitución española de 1978, dos son los preceptos que conforman el Derecho de excepción. Por un lado, tenemos el artículo 116 CE, que regula los estados excepciones: alarma, excepción y sitio y, por otro lado, el artículo 55 CE que regula la suspensión general e individual de los derechos y libertades fundamentales. Aparte de estos dos preceptos, tenemos la última norma que completaría el Derecho de excepción, que es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio. Esta ley cumple con el mandato del legislador constituyente y desarrolla el contenido de cada estado excepcional, estableciendo los presupuestos de declaración, así como las medidas a adoptar en cada uno de ellos.

No obstante, como contrapeso al Derecho de excepción, tenemos una serie de garantías previstas. La primera de ellas es que la declaración de los estados excepcionales no supone una alteración del normal funcionamiento de los poderes del Estado. En segundo lugar, tenemos el control jurisdiccional de los estados excepcionales. Así, la STC 83/2016 reconoció que los actos que sirvan para declarar, autorizar o prorrogar cualquiera de los estados excepcionales podrán ser recurridos ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad.

Tres han sido las veces que, en España, se ha declarado el estado de alarma, una a raíz de la huelga de los controladores aéreos y dos de ellas con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. La primera vez que se declaró con la crisis sanitaria fue el 14 de marzo de 2020 por Real Decreto 463/2020. Este decreto fue objeto de debate por su posible inconstitucionalidad, ya que una parte de la doctrina señalaba que debía de haberse declarado el estado de excepción.

No obstante, tras el análisis realizado en este trabajo, ha quedado demostrado que se hizo bien en la declaración del estado de alarma. El presupuesto de hecho de la declaración del estado de alarma fue la crisis sanitaria. Dentro de los motivos previstos, tanto para el estado de alarma como para el estado de excepción, sólo en uno de ellos se hace alusión a una crisis de este tipo. Es en el estado de alarma *ex art. 4 b) LOAES*. Por tanto, el legislador ha querido encuadrar estas situaciones excepcionales dentro del estado de alarma. Además de ello, el presupuesto que prevé el art. 13 LOAES para la declaración del estado de excepción es la grave alteración en el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, en el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y de los servicios esenciales para la comunidad, siempre que dicha alteración no pueda restaurarse a través de las potestades ordinarias del Gobierno. Ciertamente es que con la declaración del estado de alarma se produjo una alteración de los derechos y libertades fundamentales, pero también, como hemos señalado, ha sido el estado de alarma y no la crisis sanitaria la que ha provocado esta cuestión. De manera que habría sido *fácil* restablecer la normalidad, con el levantamiento de las medidas. Por tanto, el presupuesto de hecho encaja única y exclusivamente en el estado de alarma.

De las medidas adoptadas, varias fueron las que afectaron a derechos fundamentales. Entre los derechos afectos, se encuentra la libertad de culto y religiosa. La libertad de culto es un derecho que no puede verse suspendido en ningún caso *ex art. 55.1 CE*. Tampoco se ha suspendido con la declaración del estado de alarma, sino que este derecho fundamental se ha visto sometido restringido en su manifestación de actos de culto externos. De manera que en el resto de extremos o manifestaciones, este derecho ha podido ejercerse sin limitación alguna. Además, la restricción impuesta tiene su fundamento o razón de ser en la propia Ley Orgánica de la Libertad Religiosa donde su artículo tercero prevé limitaciones a este derecho para la salvaguardia de la salud.

Otro de los derechos que se han visto limitados, es el derecho de reunión y manifestación. Muchas manifestaciones fueron prohibidas, mientras que otras sí fueron permitidas. Por

tanto, a priori, no podemos considerar que este derecho se haya visto suspendido. El derecho de reunión y manifestación, como cualquier derecho fundamental, se encuentra sometido a límites. Límites que se consagran en el propio art. 21.2 CE, como son la alteración del orden público con peligro para personas y bienes. Este fue el motivo en el que se basaron las resoluciones de las autoridades administrativas para no permitir la celebración de manifestaciones, al señalar que las manifestaciones no podían cumplir con las normas sanitarias de prevención de contagios. Aún así se cumplió con la previsión legal que permite a la autoridad modificar el itinerario o imponer otros requisitos a la hora de celebrar la manifestación, sí así se garantiza el derecho de manifestación de las personas. En definitiva, podemos considerar que este derecho fue seriamente restringido, pero en ningún momento hubo una extralimitación por parte de las autoridades a la hora de prohibir las manifestaciones. Aunque hubiera sido conveniente que éstas hubieran intentado conjugar la celebración de manifestaciones con la salvaguardia del derecho a la integridad física y la salud pública.

El debate jurídico, político y social giró en torno a un derecho fundamental, el derecho a la libre circulación consagrado en nuestro art. 19 CE. Tres son los momentos claves por los que ha pasado este derecho. En primer lugar, con la declaración del primer estado de alarma, el derecho a la libre circulación fue sometido a un régimen de suspensión y no de limitación, ya que se ha visto afectado el contenido esencial de este derecho. Ello se deduce, tras analizar los dos criterios fijados por el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, el de la reconocibilidad y el de los intereses jurídicamente protegidos. Durante este periodo, la regla general fue la prohibición de la circulación, salvo para la realización de las actividades previstas en el art. 7 RD 463/2020. La pregunta definitoria y clave en este tema es ¿cuál sería el régimen de suspensión si consideramos a este régimen como el de limitación? La única posibilidad es no permitir ningún tipo de desplazamiento a los ciudadanos. Un régimen como éste supone una suspensión de este derecho y no una limitación, como se ha defendido por un sector doctrinal. Por tanto, la suspensión del derecho a la libertad de circulación durante el estado de alarma hace que considere que tanto el decreto de declaración como las sucesivas prórrogas del mismo sean inconstitucionales por ser contrario a nuestro art. 55.1 CE, que sólo permite la suspensión de este derecho con la declaración del estado de excepción y de sitio, pero no cuando se declare el estado de alarma.

En segundo lugar, tenemos el periodo entre la finalización del primer estado de alarma y la declaración del segundo. Del análisis realizado, hay que destacar que, de las leyes sanitarias, la única que tiene habilitación para limitar derechos y libertades fundamentales es la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En mi opinión, esta ley está prevista únicamente para la limitación de derechos fundamentales, cuando se trata una serie de personas concretas que son los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Esta clausula final no debe interpretarse ampliamente para que permita la limitación de derechos fundamentales de una población entera. El principio de *favor libertatis* impide que hagamos una interpretación extensiva de una norma que restringe derechos fundamentales. De hecho, algunos tribunales y magistrados han señalado que medidas que afecten de una manera generalizada a una pluralidad de personas indeterminadas sólo tiene encaje legal en la LOAES, llegando a considerar que tales limitaciones suponen una declaración, de facto, de un estado de alarma.

No obstante, también ha habido tribunales españoles que han considerado que esta norma permite la limitación de este derecho, siempre que las medidas cumplan con el test de proporcionalidad exigido por el Tribunal Constitucional, es decir, que sean aptas para el fin que se persiguen (juicio de idoneidad), que sean necesarias, es decir, que no se puedan adoptar medidas menos gravosas (juicio necesidad) y que supongan mayores beneficios para el interés general que perjuicios (juicio proporcionalidad en sentido estricto). Aunque si el legislador constituyente previó que, para situaciones excepcionales, la única manera de limitar derechos fundamentales es el recurso a los estados excepcionales, no debemos considerar la opción seguida por estos tribunales como deseable para la garantía de los derechos fundamentales.

Finalmente, el segundo estado de alarma, declarado el 25 de octubre de 2020 por RD 926/2020 adoptó medidas menos restrictivas que el primero. Las medidas sobre la libertad de circulación fueron el toque de queda a nivel nacional y los confinamientos perimetrales entre comunidades autónomas e, incluso, entre provincias. Estas medidas sí suponen una limitación del derecho a la libertad de circulación y no una suspensión del mismo, de acuerdo con la literalidad del artículo 11 LOAES. De hecho, si valoramos estas medidas siguiendo los criterios de reconocibilidad y el de los intereses jurídicamente protegidos podemos considerar que el derecho no se ve afectado en cuanto a su contenido esencial.

En este caso, las medidas permiten circular a la población dentro de su municipio, provincia o comunidad autónoma según los casos, sin necesidad de alegar la realización de una determinada actividad, como ocurría durante el estado de alarma. Por tanto, la regla general es la libre circulación de personas y la excepción la prohibición. Esta excepción se consagra en el propio toque de queda, que no permite a los ciudadanos salir de sus casas durante una franja horaria, salvo para la realización de determinadas actividades.

Dicho esto, la situación a la que se han enfrentado los poderes del Estado durante la pandemia ha sido ardua. En caso de vivir una situación similar, que esperemos que no pase, sería necesario realizar una serie de modificaciones o recomendaciones.

En primer lugar, la LOMESP debe ser modificada en su artículo tercero. La indeterminación del mismo ha hecho que muchos tribunales no ratificaran o autorizaran las medidas limitativas de derechos fundamentales. En este sentido, la única modificación que procedería es determinar en el propio precepto qué derechos fundamentales pueden ser limitados por las autoridades sanitarias y el alcance de la limitación. No obstante, el poder legislativo deberá tener en cuenta que esta modificación no debe dejar vacío de contenido al estado de alarma, en el sentido de que no se permita limitar de la misma manera que cuando se produzca la declaración de un estado de alarma en nuestro país.

Relacionado con esto, tenemos la autorización y ratificación de medidas. Se antojaba una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debido a la disparidad de decisiones en función del Tribunal Superior de Justicia que tuviera que resolver. Así, el propio Gobierno mediante Real Decreto-ley 8/2021⁷¹, de 4 de mayo, modificó esta ley para que los autos dictados por los tribunales superiores de justicia se pudieran recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, de manera que fuera éste quien

⁷¹ **Artículo 15. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.**

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 87 con el siguiente contenido:

«1 bis. Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i) de esta ley.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 87, que queda redactado de la siguiente manera:

«2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado 1, es requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición. Sin embargo, no será requisito necesario interponer previamente recurso de reposición en los recursos de casación contra los autos a que se refiere el apartado 1 bis.

tuviera la última palabra en relación con las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Por tanto, con esta modificación, se ha conseguido que haya una unidad de actuación en la materia.

En cuanto al derecho de excepción, es cierto que ante una situación de pandemia como la vivida sólo procedería, según la regulación actual, la declaración del estado de alarma. A pesar de que se produjera la suspensión del derecho a la libertad de circulación, la medida adoptada por aquel entonces era idónea y adecuada para el fin perseguido, como es atajar la propagación del coronavirus y salvar el mayor número de vidas posibles. Por tanto, para que dicha medida fuera constitucional sería necesario realizar una modificación en el derecho de excepción. En este sentido, dos son las posibles opciones: modificar el artículo 55.1 CE o modificar la LOAES. En el primer caso, la modificación sería en el sentido de que se permita la suspensión de este derecho fundamental con la declaración del estado de alarma. Esta modificación es más difícil que se produzca, ya que requiera de una reforma constitucional. En el segundo caso, la LOAES debería reformarse en su artículo trece para permitir que las crisis sanitarias, como la acaecida, puedan tener lugar dentro del supuesto de hecho del estado de excepción. No obstante, esta última reforma provocaría que el estado de alarma perdiera una de las situaciones de emergencia por las cuales puede ser declarado.

Por último, debe realizarse una modificación en la prórroga del estado de alarma. El estado de excepción puede ser prorrogado por un periodo no superior a treinta días. Por su parte, el estado de alarma también puede ser prorrogado, una vez que finalice la declaración inicial realizada por el Gobierno, aunque sin límite temporal. El segundo estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, fue prorrogado por el Congreso de los Diputados por un periodo de seis meses, desde el 9 de noviembre hasta el 9 de mayo; de manera que una vez fue prorrogado el estado de alarma, el Congreso no pudo seguir ejerciendo un control sobre el mismo, tanto en su duración, es decir, decidir si el estado de alarma debía ser levantado con anterioridad porque se había restaurado la *normalidad*, como en el contenido, es decir, si era necesario modificar alguna medida cuando ésta no fuera necesaria. En este sentido, se antoja necesaria también una reforma en el artículo sexto de la LOAES para que la prórroga del estado de alarma no pueda superar un determinado periodo de tiempo. Así, evitaríamos que se produjera una situación similar y, por tanto, que el poder legislativo tenga un control

constante sobre el estado de alarma si éste quiere ser renovado por un periodo amplio de tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Recursos doctrinales

ABA CATOIRA, ANA “El Estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 28, 2011.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3883003>

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, “Estado de alarma o de excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020.

<https://doi.org/10.15304/epc.40.6706>

BILBAO UBILLOS, J.M. “La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia”. *Los Efectos horizontales de la COVID sobre el sistema Constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>

COTINO HUEOS, LORENZO “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus” *Diario la Ley*, no. 9608, 2020.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7316972>

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO “EL nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol.1 no.2, 1981.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1420943>

DURÁN ALBA, JUAN FERNANDO “Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis «COVID-19»” F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0010>

ENRÍQUEZ MALAVÉ, GUILLERMO “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19” *Diario la Ley*, no. 9620, 2020.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7351763>

FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho político*, nos. 18-19, 1983. <https://doi.org/10.5944/rdp.18-19.1983.8235>

FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de derecho político*, no. 11, 1981. <https://doi.org/10.5944/rdp.11.1981.8119>

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO “El estado de excepción en el Derecho constitucional español. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978 (J. L. Hernández Conesa).” *Documentación Administrativa*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978. <https://doi.org/10.24965/da.vi179.4303>

GARRIDO LOPEZ, CARLOS “La naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción” *Revista española de Derecho Constitucional*, no. 110, 2017.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6112333>

LAFUENTE BALLE, JOSE MARÍA “Los Estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho político*, no. 30, 1989.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=57009>

PAREJO GUZMÁN. MARÍA JOSÉ, “Los estados de alarma en España durante la pandemia del COVID-19 en relación al derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 55, 2021.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7754481>

PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNEGEL. “El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por covid-19”. *Excepcionalidad y Derecho: el estado*

de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/publicaciones/el-derecho-de-reunion-durante-el-estado-de-alarma-sanitaria-por-covid-19>

RODRÍGUEZ FERNANDEZ, RICARDO “¿Estado de alarma o estado de excepción?” *Diario La Ley*, no. 9621, 2020. <http://www.apajcm.com/noticias/189-estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion-1-ricardo-rodriguez-fernandez.html>

SOLER MARTÍNEZ, JOSÉ ANTONIO “Estado de alarma y libertad religiosa y de culto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 53, 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7533172>

Recursos jurisprudenciales

Sentencia Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:1981:11)

Sentencia Tribunal Constitucional 59/1990, de 12 de abril (ECLI:ES:TC:1999:59)

Sentencia Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:1995:66)

Sentencia Tribunal Constitucional 42/2000, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2000:42)

Sentencia Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril (ECLI:ES:TC:2005:72)

Sentencia Tribunal Constitucional 193/2011, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TC:2011:193)

Sentencia Tribunal Constitucional 301/2006, de 23 de octubre (ECLI:ES:TC:2006:301)

Sentencia Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril (ECLI:ES:TC:2016:83)

Auto Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril (ECLI:ES:TC:2020:40^a)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 151/2020, de 30 de abril de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:224)

Auto Juzgado Contencioso Administrativo de Burgos 68/2020, de 7 de agosto (ES:JCA:2020:41^a)

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid 594/2020, de 28 de agosto (ECLI:ES:TSJM:2020:7439)

Auto Tribunal Superior de Justicia de Madrid 115/2020, de 24 de septiembre.

Auto Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 229/2020, de 1 de octubre.

Auto Tribunal Superior de Justicia de Aragón 87/2020, de 5 de octubre.

Auto Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 91/2020, de 8 de octubre (ECLI:ES:TSJAND:2020:91^a)

Auto Tribunal Superior de Justicia de Madrid 128/2020, de 8 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2020:308^a)

Auto Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 245/2020, de 9 de octubre (ES:TSJCL:2020:71^a)

Auto Tribunal Superior de Justicia de Aragón 89/2020, de 10 de octubre (ECLI:ES:TSJAR:2020:96^a)

Auto Tribunal Superior de Justicia de Madrid 273/2020, de 25 de octubre.

Auto Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana 142/2020, de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2020:94^a)

Recursos digitales

ALEGRE ÁVILA, J. M. y SÁNCHEZ LAMELA, A. (2020), “Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica”, recuperado de <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-lacrisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>

ALVAREZ DE MORA, J. L. “Razones de una prohibición general deambulatoria”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/razones-de-una-prohibicion-general-deambulatoria>

ARROYO GIL, A. “¿Estado de alarma o estado de excepción?”, recuperado de <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>

BACIGALUPO, MARIANO “Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito”. Disponible en: https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html

BASTIDA FREIJEDO, F. J., “La cuarentena de los derechos”. Disponible en: <https://www.lne.es/opinion/2020/04/05/cuarentena-derechos-14677329.html>

GARCÍA FIGUEROA, A. “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>

PRESNO LINERA, M. A. “¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por coronavirus?”, recuperado de <https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus-134806>

PRESNO LINERA, M.A. “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (4): la libertad de circulación.”. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/01/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-4-la-libertad-de-circulacion/>

RODRIGUEZ FERNANDEZ, R. “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación” recuperado de <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>