

STC 148/2021, de 14 de julio de 2021

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Ha comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 28 de abril de 2020, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones: (i) artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; (ii) Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; (iii) Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo;

487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020; y (iv) Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

La fundamentación que la demanda expone es, en síntesis, la siguiente:

A) Se señala, con cita de la STC 83/2016, de 28 de abril, FFJJ 9 y 10, que tanto el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma como las sucesivas prórrogas autorizadas por el Congreso se configuran como disposiciones con rango o valor de ley, por lo que son impugnables a través del recurso de inconstitucionalidad, recurso que también procede contra la Orden SND/298/2020, en cuanto la misma supone una modificación de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma.

Aunque el artículo 83 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) parece admitir únicamente la acumulación sucesiva de recursos, el tribunal ha aceptado la acumulación inicial, siempre que exista una conexión que justifique la unidad de tramitación y decisión (STC 50/1980, de 15 de octubre, FJ 1), conexión de la que no cabe dudar respecto de los reales decretos impugnados y tampoco en lo que se refiere a la Orden SND/298/2020, que viene a introducir una modificación en el estado de alarma, con más intensas restricciones de la libertad religiosa y de culto.

Señalan los diputados recurrentes que son conscientes de la grave situación creada por la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 y de la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a preservar la salud y seguridad de los ciudadanos, pero solo cabe hacer frente a la excepcionalidad de la situación dentro de los mecanismos constitucionales y no al margen de ellos, pues aceptar que la gravedad de la crisis permita una derogación in toto, siquiera transitoria, de la Constitución supondría una inaceptable degradación democrática.

La declaración de los estados del artículo 116 CE y de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, esto es, de los estados de alarma, excepción y sitio, requiere la concurrencia de los presupuestos previstos en el bloque de constitucionalidad y solo permite la adopción de aquellas medidas que sean “estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” (art. 1.2). No se discute, en el caso que nos ocupa, la concurrencia del

presupuesto que permite la declaración del estado de alarma [art. 4 b)], pero las medidas de protección deben adoptarse dentro de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, siendo de recordar que los poderes públicos no solo tienen un deber general de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sino que además tienen un deber positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la misma (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3), de tal modo que el carácter normativo del texto constitucional imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas incompatibles con los mandatos y principios constitucionales (STC 76/1988, de 26 de abril). Sin embargo, el Gobierno, a través de los reales decretos impugnados, ha excedido aquellas medidas, infringiendo la Constitución (arts. 55 y 116) y la Ley Orgánica 4/1981 y vulnerando los derechos fundamentales que a continuación se detallan.

B) En primer término, consideran los recurrentes que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 es inconstitucional al vulnerar los artículos 55.1 y 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981 en relación con los derechos fundamentales de los artículos 19, 17, 21 y 25 CE.

El estado de alarma no permite la suspensión de los derechos constitucionales del título I CE (art. 55.1 CE, a contrario, y STC 83/2016, FJ 8), recordándose que conforme al artículo 4.2 del Código civil “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, lo que veda cualquier pretensión o tentación de interpretar la Ley Orgánica 4/1981 en sentido extensivo. En sede de derechos fundamentales, el legislador debe ser extremadamente cauteloso en la aplicación de cualquier medida restrictiva o limitativa, y resulta excluida cualquier medida suspensiva, por exigencias del principio de legalidad y por ser los derechos fundamentales una de las garantías estructurales del orden jurídico, político y moral (art. 10.1 CE). Es corolario de lo anterior el inciso final del artículo 55.2 CE, que sanciona la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en la Ley Orgánica 4/1981 con responsabilidad penal.

a) El artículo 7 del Real Decreto 463/2020 supone una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia (art. 19 CE), pues mediante este precepto el Gobierno ha impuesto el confinamiento de la totalidad de la población residente en el territorio nacional y, con ello, una suspensión del derecho fundamental contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981.

El artículo 19 CE reconoce, con la categoría de derecho fundamental, tres libertades: la de circulación, la de residencia y la de entrar y salir de España. El derecho a circular libremente por el territorio español comporta básicamente una abstención o no injerencia de los poderes públicos en el ir y venir de los ciudadanos dentro de España, injerencia que requiere habilitación legal expresa [SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6 b)]. Además, el Tribunal Constitucional pone habitualmente en conexión el artículo 19 CE con el artículo 139.2, que prohíbe a cualquier autoridad adoptar medidas que, directa o indirectamente, obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas (y de los bienes) en todo el territorio nacional. Frente a ello, lo que impone el Real Decreto 463/2020 es, no solo la suspensión de este derecho fundamental, sino una ablación del mismo. Basta acudir a la Ley Orgánica 4/1981 (integrante del bloque de constitucionalidad a los efectos del artículo 28.1 LOTC), cuyo artículo 11 a) solo permite, para el estado de alarma, “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, sin que se autorice restricción alguna respecto de la libertad fundamental de residencia. Solo en los estados de excepción o de sitio cabe acordar la suspensión de los derechos fundamentales del artículo 19 CE y, a estos efectos, lo que entiende la Ley Orgánica 4/1981 por suspensión son las limitaciones autorizadas en su artículo 20.

La regla general es que estos derechos reconocen una esfera de libertad natural, intangible para el Estado. Si bien, al no existir derechos ilimitados, a partir de ese principio de libertad, ha de procederse a delimitar el derecho en su relación con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, o a introducir en el mismo límites razonables y proporcionados. No es esta la técnica del repetido artículo 7, que toma como punto de partida una prohibición general, para introducir determinadas excepciones a esa restricción generalizada. Se emplea así la técnica típica de la suspensión del derecho, introduciendo las excepciones absolutamente indispensables para garantizar la subsistencia de los ciudadanos, actividades excepcionadas que, además, “deberán realizarse individualmente”.

Esta derogación del derecho fundamental del artículo 19 CE es de tal intensidad que incluso sería discutible su adopción en los estados de excepción o de sitio (art. 20, ya citado, de la Ley Orgánica 4/1981), pues en estos estados la suspensión de estos derechos se entiende como la imposición de restricciones parciales de movimiento, limitadas bien espacialmente,

bien subjetivamente, en cuanto referidas a determinadas personas por fundados motivos, en razón a la peligrosidad para el mantenimiento del orden público. Frente a ello, lo que opera el artículo 7 es una verdadera derogación, durante la vigencia del estado de alarma, de la libertad de circulación en todo el territorio nacional y para la totalidad de la ciudadanía. Además, para determinados grupos de personas la ablación del derecho fundamental no conoce excepción alguna (niños o personas dependientes que no puedan salir del domicilio por sí solos), lo que supone un absoluto confinamiento que queda confirmado por la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, que permite, a partir de su publicación, un paseo diario de menores de 14 años en las condiciones allí establecidas. De lo expuesto resulta la vulneración por los reales decretos impugnados de los artículos 116 y 55.1 CE, en relación con el derecho fundamental a la libertad de circulación.

Se afirma asimismo la vulneración del derecho fundamental a la libertad de residencia, también reconocida en el art. 19 CE, que protege la conducta del individuo consistente en elegir libremente su residencia en territorio español, entendido como derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 4, y ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2). Constituye presupuesto objetivo de esta libertad fundamental el derecho a la libertad de circulación, de modo que, derogada esta última, simplemente desaparece la libertad de elección de residencia, tal y como la ha configurado el Tribunal Constitucional. Se recuerda que, ni siquiera en los estados de excepción y de sitio, la Ley Orgánica 4/1981 permite la suspensión de este derecho, por lo que resulta imposible en un estado de alarma como el decretado. En virtud de la positive Bindung, los poderes públicos solo pueden restringir las libertades en la medida en que la ley lo autorice y en los estados excepcionales del artículo 116 CE únicamente son admisibles las restricciones expresamente autorizadas por la Ley Orgánica 4/1981.

b) A juicio de los recurrentes, el artículo 7 infringe asimismo los artículos 17.1 y 25 CE, pues el confinamiento en todo el territorio nacional de la totalidad de la ciudadanía, que debe permanecer en su domicilio actual salvo razones de fuerza mayor o necesidad, constituye, por su rigidez e intensidad, una verdadera privación de libertad. Se recuerda que el arresto domiciliario que preveía el Código penal de 1973 pasó a denominarse pena de “localización permanente” en el Código vigente, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pena privativa de libertad de carácter leve cuyo

“cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o el lugar determinado fijado por el juez en la sentencia” [arts. 35, 33.4 h) y 37.1 del Código penal]. El Tribunal Constitucional ha señalado que esta pena afecta al bien jurídico de la libertad personal (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 7). Se citan también, en relación con la sanción disciplinaria de arresto domiciliario que se preveía para la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas, las SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3; 61/1995, de 19 de marzo, FJ 4; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9, y 73/2010, de 18 de octubre, FJ 4.

El confinamiento domiciliario impuesto por los Reales Decretos impugnados se asemeja a la sanción del arresto domiciliario de la disciplina militar y a la pena privativa de libertad con localización permanente, en cuanto supone una prohibición general de abandonar el domicilio, habiendo perdido la ciudadanía la capacidad de situarse espacialmente donde desee y viéndose obligada a permanecer en un lugar determinado. Resulta incluso más intenso que la propia localización permanente, pues impide a la ciudadanía disponer libremente de su tiempo recibiendo visitas que sí puede recibir el ejecutoriado a la pena de localización permanente. Adicionalmente, y siguiendo al Tribunal Constitucional, entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias, y el confinamiento domiciliario no pierde su carácter de privación de libertad porque se autorice a las personas a acudir a su trabajo habitual.

Alega la demanda que el régimen de intervención policial instaurado para garantizar el cumplimiento de la pena de confinamiento domiciliario impuesta a toda la ciudadanía, y el régimen sancionador previsto por las disposiciones impugnadas comportan una verdadera privación de libertad (en el sentido de la STC 73/2010) claramente vulneradora del derecho fundamental del artículo 17 CE y del artículo 25 CE, pues suponen la obligación de permanecer en el domicilio sin poder abandonarlo, por lo que la ciudadanía pierde su capacidad de situarse espacialmente donde desee, implicando una privación de la capacidad ambulatoria, y porque se establecen previsiones sancionadoras para imponer el cumplimiento forzoso de la privación de libertad. También es evidente que esa privación de libertad se hace con infracción de las garantías procesales y sustantivas establecidas en los artículos 17.1 y 25 CE y, además, se impone por la “administración civil”, en contradicción con el artículo 25.1 CE. El estado de alarma de ningún modo permite esta intensa privación de libertades tan esenciales como las recogidas en los artículos 17 y 25 CE y en sus equivalentes de los artículos 5 y 7 del Convenio europeo de derechos humanos (se cita la sentencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 22 de octubre de 2018, asunto S., V. y A. c. Dinamarca).

c) El artículo 7 del Real Decreto 463/2020 supone una efectiva derogación de los derechos fundamentales del artículo 21 en relación con los artículos 10.2 y 17 CE.

Por lo que se refiere a los derechos de reunión y manifestación, tras citar la STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2, el artículo 21 CE y los artículos 1.2, 2, 3.1, 8 y 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, afirman los recurrentes que la suspensión de este derecho fundamental solo está constitucionalmente contemplada en los estados de excepción y de sitio, en los términos del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/1981, siendo así que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 comporta una suspensión de los derechos del artículo 21 CE no permitida en el estado de alarma. La prohibición de acceder a la vía pública supone la absoluta imposibilidad de celebrar reuniones o manifestaciones en dicha vía; y ni siquiera en los estados de excepción y de sitio cabría una prohibición general del ejercicio de este derecho fundamental, sino, en su caso, una prohibición singular de determinadas reuniones o manifestaciones, previa valoración de las circunstancias concurrentes y de su posible afectación a la situación que se trata de afrontar mediante el estado de excepcionalidad.

Se cita el auto de 15 de abril de 2020 del Tribunal Constitucional Federal alemán (1 BvR 828/20), que estima que una prohibición general de reuniones públicas entraña una violación del derecho de reunión, resolución que supone la manifestación de un consenso en la comunidad jurídica internacional sobre la protección que merecen los derechos del artículo 21 CE. Se cita, asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de octubre de 2015, caso Kudrevicius y otros c. Lituania), por referencia a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Se recuerda que en los estados de excepción y de sitio el legislador impide expresamente que las reuniones orgánicas de los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales sean prohibidas, disueltas o sometidas a autorización previa (art. 22 de la Ley Orgánica 4/1981) y que la falta de absoluta modulación del Real Decreto 463/2020 supone que, en el estado de alarma decretado, hayan quedado incluso prohibidas o suspendidas tales reuniones, instrumento fundamental de una democracia participativa (arts. 6, 7 y 23 CE).

El Real Decreto implica también la total prohibición de reuniones privadas, excluidas del ámbito de la Ley Orgánica 9/1983 por su artículo 2 y, por tanto, del régimen de comunicación previa. Así, las personas físicas no podrán celebrar reuniones en sus propios domicilios (lo que sí pueden hacer incluso los condenados a la pena privativa de libertad de localización permanente) y tampoco podrán hacerlo en locales públicos o privados, por razones familiares o de amistad. Los partidos políticos y otras organizaciones no podrán celebrar reuniones para sus propios fines y mediante convocatoria previa. Tampoco los profesionales podrán reunirse con sus clientes en lugares cerrados. Restricciones todas inadmisibles incluso en los estados de excepción y de sitio.

Las reuniones y visitas privadas constituyen manifestaciones esenciales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), que exceden del propio derecho de reunión y se integran en el derecho a la libertad humana (art. 17.1 CE) en su concepción más íntima e inviolable. Ni siquiera los condenados a una pena privativa de libertad se ven privados del derecho a recibir visitas. En razón de ello, estiman que la totalidad de la ciudadanía se está viendo sometida a la privación de una de las manifestaciones más irrenunciables de la libertad personal y de la personalidad humana. Incluso en el régimen carcelario nuestra legislación prescribe que se estimularán, en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades y responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo (art. 24 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria). Consideran así que el Real Decreto 463/2020 establece una derogación de los derechos de los artículos 21 y 17, en relación con el 10.1 CE, sin modulaciones o cautelas.

C) El artículo 9 del Real Decreto 463/2020 se reputa inconstitucional por vulneración de los artículos 55.1 y 116 CE, y de la Ley Orgánica 4/1981, en relación con los derechos fundamentales del artículo 27 CE.

Tras hacer referencia a las SSTC 86/1985, FJ 3; 236/2007, FJ 8, y 136/2007, FJ 8, y a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, se observa que el sistema educativo a través del cual se ejerce el derecho fundamental a la educación se configura en torno al centro educativo a través de una educación presencial (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 8). La opción del legislador orgánico ha sido configurar la educación, en su dimensión prestacional,

como una formación presencial continua en el centro escolar, y a partir de la convivencia entre alumnos y profesorado. La Ley Orgánica 2/2006 admite de forma excepcionalísima la educación en modalidad no presencial o “a distancia” únicamente para “materias voluntarias” que puedan ofertar los centros educativos en los ciclos formativos de grado superior de la formación profesional (art. 42.5). Fuera de este supuesto, el bloque de constitucionalidad concibe el ejercicio del derecho a la educación en toda la fase escolar, desde la educación infantil hasta el bachillerato, de forma presencial, en orden a garantizar a todos una educación completa no solo en contenidos y capacidades, sino en el pleno desarrollo de personas libres que puedan participar responsablemente en el marco de una sociedad plural.

Sentado lo anterior, el artículo 9 del Real Decreto 463/2020, al acordar que se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, impone una suspensión del derecho fundamental a la educación, conclusión no alterada por el hecho de que el apartado 2 prevea que durante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y on line, siempre que resulte posible. Esta última afirmación no es sostenible, teniendo en cuenta que: (i) el 10 por 100 de los hogares españoles carece de conexión a internet, precisamente los más desfavorecidos; y (ii) el sistema educativo está concebido como esencialmente presencial, sin que esté preparado para la prestación del derecho fundamental a través de medios telemáticos. No cabe en esta cuestión una derivación de responsabilidades a las comunidades autónomas, dado que en el estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno (art. 4 del Real Decreto 463/2020), e incluso en una situación ordinaria, corresponde al Estado la ordenación general del sistema, competencia que incluye la previsión de las determinaciones necesarias para la prestación, en su caso, en todo el territorio nacional del derecho fundamental a través de medios telemáticos.

No modifica lo argumentado la aprobación de la Orden EFP/365/2020, de 22 de abril, por la que se establecen el marco y las directrices de actuación para el tercer trimestre del curso 2019-2020 y el inicio del curso 2020-2021, ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19, pues se limita a recoger una afirmación voluntarista de que las administraciones y los centros educativos intensificarán la puesta a disposición a los estudiantes de los recursos tecnológicos y de otro tipo que necesiten para el desarrollo de sus actividades [anexo II.3 d)], sin especificar cuáles han de ser tales recursos, y confirmando la suspensión sine die del derecho a la educación, tal y como está concebido en el bloque de constitucionalidad.

D) El artículo 10 del Real Decreto 463/2020 es inconstitucional por vulnerar los artículos 55.1 y 116 CE, y la Ley Orgánica 4/1981, en relación con los derechos de los artículos 35 y 38 CE.

Afirma la demanda, con cita de las SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3, y 96/2013, de 23 de abril, FJ 6, que respecto de todas las actividades profesionales y empresariales que el Real Decreto no considera esenciales, se está operando la suspensión de una dimensión que forma parte del contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio y de la libertad de empresa, entendido como derecho no solo a iniciar la actividad, sino a sostenerla y desarrollarla de acuerdo con los propios objetivos y planificación, y en atención a los recursos disponibles.

Únicamente en los estados de excepción y de sitio permite el bloque de constitucionalidad la suspensión temporal de determinadas actividades empresariales o profesionales y el cierre de salas de espectáculos o de ciertos establecimientos (art. 26 de la Ley Orgánica 4/1981). En el estado de alarma no cabe la suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos, ni la suspensión de las actividades de hostelería y restauración, ni la suspensión de verbenas, desfiles y fiestas populares. Aun cuando dicha restricción fuese necesaria, la suspensión debe hacerse de conformidad con la Constitución.

E) Los artículos 7 y 11 del Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con velatorios y ceremonias fúnebres, son inconstitucionales por vulnerar los artículos 55.1 y 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, en relación con el derecho a la libertad religiosa (arts. 16 y 10.1 CE).

La libertad religiosa no se encuentra entre los derechos enunciados en el artículo 55.1 CE, por lo que, en principio, ni siquiera podría aceptarse su suspensión en los estados de excepción y de sitio. El impugnado artículo 11 parece que no suspende el culto ni las ceremonias religiosas, ni obliga a cerrar lugares de culto, ni prohíbe la asistencia a los mismos, pues se limita a condicionar tales celebraciones a que se adopten medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas en función de las dimensiones y características de los lugares. Sin embargo, al no hallarse el desplazamiento para asistir a lugares de culto o a ceremonias religiosas entre los supuestos relacionados en el

artículo 7 del Real Decreto 463/2020 como habilitantes para circular por vías o espacios de uso público, es innegable que se prohíbe de facto la asistencia de los ciudadanos a los actos religiosos. De este modo, la redacción del artículo 7 permite amparar tanto la sanción a quienes se desplacen o asistan a lugares o ceremonias de culto como la interrupción policial de la celebración de ceremonias religiosas, pese a que las mismas se lleven a cabo con las medidas protectoras reglamentariamente establecidas, lo que viene a suponer una suspensión de la libertad religiosa y de culto y la consiguiente vulneración del artículo 116 CE y de la Ley Orgánica 4/1981, en relación con el artículo 16 CE.

Esta inconstitucionalidad es más evidente si se atiende a la modificación introducida en el Real Decreto 483/2020 por la Orden SND/298/2020, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres. La orden introduce nuevas prohibiciones y restricciones no contenidas en los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, por lo que participa del rango legal de tales reales decretos (STC 83/2016, FJ 10), y tanto estos como la orden, establecen el estatuto jurídico de la libertad de culto durante el estado de alarma, desplazando durante su vigencia a la propia ley orgánica reguladora de aquel derecho fundamental.

En definitiva, los artículos 7 y 11 del real decreto y la orden referida suponen una suspensión de la dimensión externa de la libertad religiosa, y de los servicios religiosos fúnebres durante el estado de alarma, por lo que incurren en inconstitucionalidad por vulneración de la libertad religiosa, al constituir el culto religioso fúnebre una de las manifestaciones externas esenciales de toda religión. La posibilidad de despedir a los seres queridos a través del rito religioso propio, integra el núcleo de las creencias más íntimas de la persona y constituye no solo un derecho fundamental, sino una de las manifestaciones elementales de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

Se concluye con la súplica de que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y se declare la inconstitucionalidad y nulidad de las normas afectadas, en los términos expuestos.

2. Por providencia de 6 de mayo de 2020, el Pleno, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados (art. 34 LOTC) al Congreso de los Diputados y al Senado, por

conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como la publicación de la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado”.

3. Mediante escrito de 19 de mayo de 2020, la presidenta del Senado comunicó el acuerdo de la mesa, de aquella misma fecha, en orden a que se diera por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC. Y mediante escrito de 19 de mayo de 2020, la presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la mesa, en orden a que se diera por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

4. Por escrito registrado el 19 de junio de 2020, el abogado del Estado se personó en el proceso en nombre del Gobierno y solicitó se le concediera prórroga, por ocho días más, del plazo para formular alegaciones. En diligencia de ordenación de 22 de junio siguiente, se le tuvo por personado en la representación que legalmente ostenta y se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 6 de mayo de 2020, a contar desde el siguiente al de la expiración del ordinario.

5. Mediante escrito de 5 de julio de 2020, la abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones, que pueden resumirse como sigue:

a) Tras referirse al objeto del recurso y transcribir los preceptos impugnados, solicita la inadmisibilidad parcial del mismo. Esta petición afecta, en primer lugar, a la Orden SND/298/2020, por carecer de fuerza de ley y estar fuera, por lo tanto, del ámbito del recurso de inconstitucionalidad. Se afirma, con cita de la STC 83/2016, FFJJ 9 y 10, que solo el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, así como sus sucesivas prórrogas autorizadas por el Congreso, son disposiciones con rango o valor de ley, impugnables a través de este proceso constitucional. La orden ministerial constituye un desarrollo reglamentario de los reales decretos, y su impugnación procede realizarla, por tanto, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como dispone la propia orden. Es una disposición que dicta el ministro de Sanidad como autoridad delegada del Gobierno en desarrollo de los reales decretos del estado de alarma, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo en auto de 4 de mayo de 2020, dictado por la Sala Tercera.

En segundo lugar, considera que deben inadmitirse también las impugnaciones de diversos preceptos de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, por carecer de la necesaria fundamentación y carga impugnatoria, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 1):

(i) En relación con el artículo 7, si lo que se recurre es la prohibición de la libertad de circulación, carece de sentido la impugnación de las actividades enumeradas en las letras a) a h) del apartado 1 de las sucesivas versiones, que permiten la libertad de movimientos, y del apartado 3, por cuanto su declaración de inconstitucionalidad supondría la prohibición absoluta de la libertad de movimientos.

(ii) Lo mismo sucede respecto del artículo 10, apartados 1 y 2, en lo que se refiere a las actividades comerciales que no son objeto de suspensión y al sistema de permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura está permitida, por la misma razón de falta de fundamentación.

(iii) Y respecto del artículo 11 en su conjunto, dado que no se argumenta sobre las medidas de contención previstas en dicho precepto, y solo se fundamenta que atenta a la libertad religiosa la citada Orden ministerial, que precisamente no puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

b) En relación a los motivos de impugnación alegados por los recurrentes, se observa con carácter general, que: (i) aunque la demanda asume la excepcional crisis sanitaria que afecta a todo el territorio nacional, impugna las medidas adoptadas sin aportar ninguna alternativa jurídica para responder a dicha crisis, más allá de menciones a la aplicación del estado de excepción; (ii) los recurrentes sostienen que el Real Decreto 463/2020, y prórrogas sucesivas, han vulnerado la Constitución y el principio de legalidad, pero sus alegaciones carecen de fundamento, sin que se aprecie un esfuerzo mínimo para identificar el contenido de las medidas impugnadas y las razones jurídicas por las que se consideran contrarias al bloque de constitucionalidad; y (iii) cuando el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó la situación ocasionada por el COVID-19 de emergencia de salud pública a pandemia internacional, la situación de España era de generalización de la epidemia, con amplia transmisión social. Las circunstancias extraordinarias concurrentes constituían una

crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud por la alta transmisibilidad del virus, el muy elevado número de ciudadanos afectados, y su excepcional impacto sobre los servicios sanitarios. Se requería por ello la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura, siendo tal actuación impuesta también por el deber general positivo que incumbe a los poderes públicos para que realicen sus funciones de acuerdo con la Constitución (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3). Ello llevó al Gobierno a declarar el estado de alarma el 14 de marzo de 2020, atendiendo tanto procedimental como sustantivamente al artículo 116.2 CE y a la Ley Orgánica 4/1981.

El riesgo de extensión incontrolada de la crisis sanitaria es lo que ha motivado la declaración del estado de alarma, y cada una de las medidas contempladas en los reales decretos tiene por objeto evitar la extensión y contagio de la enfermedad, lo que se acredita mediante el informe que se acompaña, emitido por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, donde se incluyen los criterios científicos sobre los que se han asentado las medidas adoptadas, tanto la declaración de estado de alarma como las medidas de confinamiento, que han sido imprescindibles para evitar la propagación de la enfermedad y el garantizar el correcto funcionamiento del sistema sanitario nacional.

c) Se refiere a continuación el abogado del Estado a la caracterización del estado de alarma, afirmando que la Constitución permite la declaración de las situaciones de emergencia y, específicamente, del estado de alarma cuando los cauces ordinarios para abordar tales situaciones se muestran insuficientes. Ese derecho constitucional de excepción no es un orden alternativo al constitucional, sino un orden extraordinario previsto en la propia Constitución (STC 83/2016, FFJJ 7 y ss.), y esta nada estipula sobre la naturaleza de cada uno de dichos estados y sobre las situaciones a las que deben responder, ciñéndose a señalar la competencia y el procedimiento para su respectiva declaración, habiendo sido el legislador orgánico el que ha definido los tres estados de alarma, excepción y sitio, y señalado cuáles eran las emergencias a las que el constituyente había querido responder con cada uno de estos institutos.

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE), aunque sí la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. Añade el abogado del Estado que no existe una gradualidad entre los estados de alarma, excepción y sitio,

respondiendo cada uno de ellos a diferentes causas. Así, el estado de excepción se relaciona con razones de tipo político que afectan a los derechos fundamentales, al funcionamiento de las instituciones democráticas, etc., no de crisis sanitarias, donde no existe subversión alguna o peligro de crisis constitucional. En el caso del estado de alarma, se trata siempre de crisis naturales, sanitarias o tecnológicas, que tienen en común el rasgo de no afectar al orden público, y de ser susceptibles de una valoración técnica y científica, no política. Detrás de ello se encuentra la opción del legislador orgánico de dejar el estado de alarma al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, reservándolo para supuestos de catástrofes naturales. Y la situación ante la que nos encontramos, y que los recurrentes no discuten, responde exactamente a la previsión del artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, pues se trata de una epidemia grave a la que no se puede dar respuesta por los cauces ordinarios, por lo que el Gobierno procedió a la declaración del estado de alarma como el único instrumento posible y constitucionalmente previsto para proteger la integridad física, la vida, la salud y el bienestar de los ciudadanos frente a la propagación de la COVID-19.

En definitiva, el análisis de la Ley Orgánica 4/1981 permite concluir que cada uno de estos estados constituye un instituto diferente, no siendo tres fases de una misma situación de emergencia; y lo que diferencia a cada uno de ellos son dos elementos: por una parte, las causas por las que se declaran, y, por otra, los concretos derechos fundamentales afectados por la restricción o por la suspensión en cada supuesto. El estado de alarma no es una fase previa al de excepción, pues entre las alteraciones graves de la normalidad que legitiman su declaración no se encuentra el supuesto de alteración del orden público; se trata, más bien, de una situación basada en la necesidad de proteger a la sociedad frente a una suma de riesgos, procedentes bien de hechos naturales, bien de circunstancias sociales. Por contraste, los estados de excepción y de sitio tienen una naturaleza eminentemente política.

El estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales pero sí su limitación. El artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y que su aplicación se hará de forma proporcionada a las circunstancias. En los Reales Decretos que han acordado las sucesivas prórrogas se han incluido modificaciones del Real Decreto 463/2020 mediante las que se ha precisado, ampliado o rebajado el alcance de las medidas iniciales, lo que muestra que las limitaciones a los derechos fundamentales se han ido

reduciendo y adaptando de forma proporcionada a la evolución de la pandemia, sin que en ningún caso se hayan suspendido derechos fundamentales. Y en todo momento se ha mantenido el control del Congreso y la tutela judicial efectiva.

La habilitación, en el marco de la declaración del estado de alarma, para el establecimiento de limitaciones o restricciones al ejercicio de un derecho fundamental no priva al derecho de su carácter fundamental o de su rango constitucional; tampoco suspende, siquiera provisionalmente, la eficacia del Estado de Derecho. Limitar un derecho no equivale a suspenderlo, y en cada uno de los derechos fundamentales que los demandantes consideran suspendidos, lo que se ha producido es una limitación del mismo. Existen conflictos entre derechos fundamentales que se resuelven con la determinación del que resulta prevalente y tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admiten la limitación de los derechos cuando se respeta el principio de proporcionalidad. De una interpretación sistemática del texto constitucional deriva la imposición de una actuación positiva a todos los poderes públicos para garantizar el ejercicio efectivo de la protección de la salud y del derecho fundamental a la vida (arts. 43 y 15 CE), lo que significa que, en casos de inminente riesgo para la salud pública y la vida de las personas, todos los poderes públicos deben, conforme a las evidencias científicas disponibles en cada momento, adoptar todas las medidas necesarias (incluso imponiendo límites al ejercicio de los derechos fundamentales) para salvaguardar el interés general concretado en la defensa de la salud de las personas y el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales en riesgo, como el de la vida. Sentado esto, lo que debe ser examinado no es si los poderes públicos deben o no adoptar este tipo de medidas, sino cómo, con qué límites y controles pueden limitar el ejercicio ordinario de algunos de los derechos fundamentales en el seno del estado de alarma y para la defensa de la salud pública.

En el marco del estado de alarma, el Gobierno puede imponer límites o restricciones a las libertades individuales (arts. 11 y 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981 y STC 83/2016, FJ 8). En concreto, el artículo 11 a) de la Ley Orgánica dispone que el decreto de declaración del estado de alarma podrá, entre otras medidas, limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarla al cumplimiento de ciertos requisitos; en tanto que el artículo 12.1 prevé que en los supuestos de los apartados a) y b) del artículo 4, la autoridad competente podrá adoptar por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades

infecciosas. A partir de esta premisa, debe señalarse la diferencia cualitativa entre los conceptos de “limitación” y “suspensión” de los derechos fundamentales, conceptos que no se distinguen por una relación de intensidad o grado, sino que responden a lógicas constitucionalmente distintas.

El presupuesto que habilita para declarar el estado de alarma es un infortunio natural, no un grave riesgo para el orden constitucional o la soberanía nacional, que sí puede desencadenar, con el estado de excepción, la suspensión de ciertos derechos fundamentales, es decir, la exclusión absoluta de su disfrute, conforme a lo establecido en el artículo 55.1 CE, y que debe interpretarse de forma restrictiva, pues constituye una dispensa formal del contenido de ciertos derechos fundamentales. Es un mecanismo intrínsecamente distinto al de una limitación o restricción de los derechos fundamentales, que cabe en el estado de alarma, diferenciación que responde a una lógica que excluye cualquier grado de intensidad o graduación entre suspensión y restricción.

En otras palabras, el derecho se suspende (art. 55.1 CE) o bien se limita/restringe en el ámbito ordinario-constitucional de su ejercicio, que sigue rigiendo en el estado de alarma, por lo que habría que examinar si la regulación específica resulta contraria al contenido esencial del derecho o al principio de proporcionalidad (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6), sin que quepan suspensiones implícitas, indirectas, ni tácitas. En el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad de circulación (art. 19.1 CE), y exclusivamente en el marco del estado de excepción o en el de sitio, cuando se procede a la “suspensión” del derecho fundamental no rigen los límites constitucionales ordinarios de respeto al contenido esencial del derecho (SSTC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5), o de proporcionalidad de la injerencia como cánones de constitucionalidad (arts. 53.1 y 9.3 CE). Estos cánones ordinarios solo rigen en la medida en que los derechos fundamentales están vigentes y eficaces, pero no cuando por decisión formal de los órganos competentes se hace uso de este poder excepcional que les atribuye la Constitución para suspender la validez y eficacia de estos derechos de forma transitoria.

La habilitación, en el marco del estado de alarma, para la imposición de limitaciones o restricciones al ejercicio de un derecho fundamental, aunque pudiera en ocasiones resultar especialmente intensa cuando se ponderan los intereses en conflicto, no exime al derecho de su carácter de fundamental o de su rango constitucional. Tampoco suspende, siquiera

provisionalmente, la eficacia del derecho, que sigue plenamente vigente y dotado de todas las garantías constitucionales (tutela judicial, respeto del contenido esencial, examen de proporcionalidad de las limitaciones impuestas, o protección en amparo constitucional). En definitiva, las consecuencias jurídicas de la limitación (arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981) o de la suspensión (arts. 55.1 CE y 20 de la misma Ley Orgánica) son marcadamente distintas. En el primer caso, lo que se aplica a las limitaciones impuestas para su control jurisdiccional, es un examen de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial. En el segundo, la suspensión supone una excepción provisional del derecho en la que no operan ni el contenido esencial ni los límites de proporcionalidad, al menos en la forma en la que los conocemos en la realidad constitucional ordinaria.

Tras citar el carácter limitado y no absoluto de los derechos fundamentales (STC 24/2015, FJ 4), se afirma que en los casos que se van a analizar, los límites están previstos en la propia Constitución, que permite modular los derechos sin que ello suponga su suspensión. Cada uno de ellos está limitado por derechos de mayor importancia, como es el derecho a la vida y el derecho a la salud, sin los que no pueden ejercerse los derechos fundamentales; y está previsto también en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos. En la limitación de los derechos lo que se impone es el test de proporcionalidad, es decir, si la medida ha sido adoptada por una ley o instrumento similar, si es idónea para garantizar el fin que se propone y si es proporcionada. En el supuesto que se examina, todas las medidas impugnadas tienen un elemento común, recogido en el preámbulo de los reales decretos, que es el fin de evitar el contagio entre ciudadanos, dada la facilidad de propagación del virus, su enorme tasa de mortalidad, la potencialidad de causar patologías graves, y la saturación del sistema sanitario. En el momento en que se adoptan estas medidas, no existe en España ni en ninguna parte del mundo, una medida alternativa que permita evitar la propagación de la enfermedad, diferente al aislamiento de los ciudadanos; y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el auto 40/2020. Se invoca el dictamen 359/2005 de la Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia); y se observa, por último que, a pesar de que el control de constitucionalidad es abstracto, en este caso resulta imposible analizar la constitucionalidad de la norma sin considerar tanto los presupuestos que han dado lugar a la adopción del estado de alarma como las concretas medidas adoptadas.

d) La suspensión del artículo 19 CE por el art. 7 del Real Decreto 463/2020.

El artículo 7, en sus diversas redacciones, establece una limitación de la movilidad de los ciudadanos, necesaria para evitar la propagación de la enfermedad, que limita el ejercicio del derecho a la libertad de circulación sin suspenderlo. Ciertamente es que las medidas han sido especialmente intensas, pero se han adoptado, como en el resto de los países, con criterios científicos por la rápida e intensa capacidad de contagio, siendo una restricción no de origen político, sino sanitario, que se subsume en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981. Algunas de las medidas adoptadas figuran en el estado de excepción, pero desde una perspectiva distinta, esto es, el mantenimiento del orden público. Las medidas no han sido absolutas, sino que han permitido, desde el primer momento, la movilidad de las personas en los casos previstos en los reales decretos para poder atender las necesidades básicas. Por eso debe declararse inadmisibles la impugnación del precepto en su conjunto, pues también se extendería a los supuestos en que, precisamente, no se ha puesto obstáculo alguno a la libertad de movimientos.

Procede aquí aplicar, como ha hecho el tribunal en otras ocasiones, la teoría de la limitación de los derechos cuando entran en conflicto con otros (aquí, derecho a la vida y a la salud, vinculados al correcto funcionamiento del sistema sanitario). El artículo 19 CE recoge a contrario esta posibilidad de limitación, pues dispone que “este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”, de modo que no excluye la limitación por razones de crisis sanitaria. Las medidas del artículo 7 no constituyen suspensión del derecho, sino un condicionamiento general de la libertad ambulatoria por los espacios de uso público, subordinado a que exista una causa esencial o justificada, con un régimen abierto en el que se contempla expresamente como motivo la “situación de necesidad” y “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”, siendo de comparar a estos efectos el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 (estado de alarma) y el artículo 20 de la misma Ley Orgánica (estado de excepción), en relación con la exigencia, en este segundo caso, de la necesidad de acreditación de las personas si cambian de un lugar a otro, señalándoles el itinerario a seguir, así como la necesidad, en determinados casos, de exigir la comunicación con una antelación de dos días del desplazamiento fuera de la localidad. El argumento de los recurrentes de que este artículo 7 supone una derogación de las libertades de circulación y residencia es improcedente, toda vez que su regulación ha observado todas las garantías formales y materiales que rigen en materia de derechos fundamentales, en concreto su adopción con rango legal y su condición acorde con el contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad.

El Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales prevé (art. 2 del Protocolo núm. 4) la limitación del derecho de movilidad por razones de salud pública, lo que se señala a efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Las medidas del artículo 7 están cubiertas por esta previsión del Convenio y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Gobierno, autoridad competente en el estado de alarma (art. 4.1 del Real Decreto 463/2020), tras efectuar la correspondiente ponderación, ha concluido que establecer estas limitaciones temporales, con amplias excepciones, es una medida indispensable, sin que exista alternativa posible, para proteger la salud pública, y una medida que no sacrifica desproporcionadamente la libertad de circulación ni hace irreconocible el derecho.

Tras citar el ATC 40/2020, se señala que la misma finalidad en él considerada (protección de la salud pública y de la vida e integridad de los ciudadanos) es la perseguida por el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 y que en el momento en que se declaró el estado de alarma el crecimiento del número de contagiados y fallecidos por el COVID-19 era exponencial, lo que amenazaba con provocar el colapso de los servicios de atención sanitaria en un breve lapso. Además, la limitación del derecho se acuerda con la previsión de un amplio listado de circunstancias que siguen garantizando el ejercicio de esta libertad, frente a lo sostenido en el recurso, para el que se trataría de un confinamiento absoluto. El Gobierno, asesorado por las autoridades sanitarias, entiende que, ante el peligro de la situación, deben limitarse los movimientos de los ciudadanos, y gracias a estas medidas, como es hecho notorio, la situación sanitaria ha evolucionado favorablemente. Transcribe la abogacía del Estado pasajes del antes citado informe del Ministerio de Sanidad, en el que se explican las razones que han avalado la adopción de estas medidas en casi todo el mundo, como parte de un protocolo científico para evitar la propagación de la enfermedad.

Concurren así todos los requisitos, según el test de proporcionalidad, para aplicar las medidas adoptadas: (i) las medidas están previstas en una ley (Constitución y Ley Orgánica 4/1981), y en los sucesivos reales decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma, sin que quepa duda de su fin legítimo; (ii) han sido eficaces para el fin perseguido, conforme al informe que se aporta; y (iii) han sido adoptadas en casi todos los países del mundo, sin que ningún Estado conociera el desarrollo de la enfermedad, más allá de sus dramáticas consecuencias mortíferas. Todo ello acredita que, por intensas que hayan sido las limitaciones, se encuentran completamente justificadas y han sido proporcionadas y razonables, como demuestra el hecho de que han evitado tanto contagios como, sobre todo,

fallecimientos. En el actual estado de la ciencia, no cabe pensar en otro sistema que no sea el confinamiento para superar esta crisis sanitaria. Prueba de todo ello es que las medidas han experimentado una flexibilización en orden a permitir, tan pronto como ha sido posible, la movilidad de los ciudadanos (preámbulo del Real Decreto-ley 21/2020). La limitación de la libertad deambulatoria es una medida de la que resulta un perjuicio al derecho involucrado menos grave que la alternativa de la desprotección o de la protección insuficiente de la salud pública.

En suma, estas limitaciones en ningún caso constituyen una suspensión de derechos como la prevista en el artículo 55 CE; hallan cobertura legal suficiente en los artículos 11 y 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981; persiguen una finalidad plenamente legítima; cumplen con los tres requisitos del principio de proporcionalidad y no vulneran el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE), pues no lo convierten en irreconocible, al configurar de modo amplio las condiciones que permiten seguir ejerciendo libremente el derecho. En consecuencia, este motivo debe ser desestimado.

e) Vulneración del artículo 21 CE por el art. 7 del Real Decreto.

Ni el Real Decreto 463/2020 ni los sucesivos prohíben, ni expresa ni implícitamente, ni suspenden, el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. El hecho de que no se mencionen estos derechos, dentro de las excepciones a la restricción de libertad prevista en el artículo 7, no permite deducir que el derecho esté suspendido. No es preciso que en los Reales Decretos se establezca una excepción expresa para permitir el ejercicio de un derecho que no se ha suspendido. El régimen del derecho de manifestación durante el estado de alarma no ha sido modificado y son sus presupuestos (es decir, la pandemia) los que podrían determinar su limitación según su configuración, no por imposición del Real Decreto; y será la aplicación en cada caso concreto de los postulados constitucionales, lo que determinará si se prohíbe el ejercicio de la manifestación o reunión, con arreglo a los criterios de proporcionalidad y motivación.

La legitimidad constitucional de la prohibición de celebrar manifestaciones no deriva de los reales decretos de estado de alarma, sino directamente de los efectos jurídicos de la colisión entre derechos fundamentales y valores constitucionales. Ante la necesidad de preservar la vida humana y la integridad física y evitar el colapso del sistema sanitario,

cualesquiera derechos fundamentales y libertades públicas están sujetas a posibles restricciones o incluso a la imposibilidad temporal de su ejercicio, citándose al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Precisamente esta es la situación que se recoge en el reciente auto de 15 de abril de 2020 del Tribunal Constitucional Federal alemán que mencionan los propios recurrentes, resolución en la que se considera que una prohibición general de reuniones públicas supone una violación del derecho, ya que sus limitaciones deben estar justificadas en atención a las circunstancias concretas. Dado que en España no existe una prohibición general del derecho a manifestarse o reunirse (como la que sí establecía el decreto municipal de la ciudad de Giessen), sino que las eventuales limitaciones del ejercicio del derecho se ponderarán atendiendo a las circunstancias del caso, no cabe entender que el Real Decreto 463/2020 haya supuesto ninguna vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 21 CE. El motivo de inconstitucionalidad debe ser pues desestimado.

f) Vulneración de los artículos 17.1 y 25 CE por el artículo 7 del Real Decreto.

Resulta en primer lugar incorrecto, desde una perspectiva técnico-jurídica, fundamentar la impugnación del art. 7 del real decreto en la vulneración del artículo 17.1 CE; pues este, según reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988, 61/1990, 120/1990, 122/2010 y 37/2011), se refiere a la libertad física, frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, libertad que está directamente vinculada con las privaciones absolutas de la libertad física, no con meras restricciones, como en el caso del precepto impugnado, y además se trata de privaciones aflictivas o sancionadoras, acordadas por motivos de seguridad u orden público.

El derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE solo puede interpretarse a la vista de su íntima vinculación con el derecho a la seguridad al que se refiere también esta disposición, seguridad que es la física o personal (STC 99/1995 y ATC 301/1985). La jurisprudencia constitucional ha configurado este derecho como una garantía frente a las medidas de detención y otras similares que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro (SSTC 61/1990 y 134/1987 y ATC 404/1988), por lo que se vincula también con el principio de legalidad penal (ATC 68/1996, de 4 de abril). Esta dimensión de la libertad ha sido examinada en relación con la sanción de aislamiento en celda de los internos en centro penitenciario (SSTC 2/1987 y 119/1996), la prisión provisional (SSTC 71/1994 y 142/2002) o

el internamiento de extranjeros previo a su expulsión (SSTC 115/1987, 144/1990 y 260/2007), todas ellas privaciones totales y absolutas de la libertad personal y no meros condicionamientos a su ejercicio.

El artículo 7.1 no participa de la naturaleza y características de la detención, de la prisión provisional o de la imposición de una pena privativa de libertad. No se trata de una privación de la libertad personal, pues la libertad personal o de deambulación no está restringida de manera total o absoluta, sino de una simple limitación relativa del derecho que siguen teniendo los ciudadanos a la libertad de circulación, pues se establece un listado de casos bastante amplio [y *numerus apertus*: apartados g) y h) del artículo 7.1] en el que se puede seguir ejerciendo. Es incorrecto, por tanto, el razonamiento de que estas restricciones son similares a la pena de localización permanente. Basta comparar este artículo 7.1, en su conjunto, con el artículo 37 del Código penal para darse cuenta de que el precepto impugnado establece un marco para el ejercicio de la libertad deambulatoria mediante el diseño de las condiciones en que la misma puede ejercerse.

En segundo lugar, la invocación que hace la demanda del artículo 25, números 1 y 3, CE resulta confusa; la idea que parece subyacer es que el régimen sancionador derivado del incumplimiento de las limitaciones previstas en el repetido artículo 7 vulnera el principio de legalidad sancionadora; y que las restricciones a la libertad de circulación suponen una sanción privativa de libertad impuesta por la administración. Se afirma en este sentido, que el art. 7 no establece previsión sancionadora alguna, de modo que, en este extremo, el recurso carece manifiestamente de fundamento y ha de desestimarse. Es claro, además, que no constituye objeto de este recurso la Orden, alegada en la demanda, INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las fuerzas y cuerpos de seguridad. Es más, el artículo que se refiere a las normas sancionadoras para el adecuado cumplimiento del real decreto (el 20: “Régimen sancionador”) no ha sido impugnado. La aplicación de estas normas sancionadoras, en fin, queda sujeta al régimen ordinario procesal y administrativo-sancionador y es en uno y otro caso susceptible de control judicial ordinario, razón por la cual los reproches vertidos en relación con el régimen sancionador, no pueden ser admitidos. Por lo expuesto, la impugnación del artículo 7 en conexión con el artículo 20, ambos del Real Decreto 463/2020, por infracción del artículo 25.1 CE debe desestimarse.

En la invocación del artículo 25.3 CE, los recurrentes incurren en el mismo error, que es equiparar las limitaciones a la libertad de circulación con medidas de naturaleza sancionadora y a ello añaden la afirmación, de nuevo errónea, de que se trata de medidas que impone la “administración civil”. Las restricciones a la libertad de deambulación no son sanciones porque no guardan ninguna relación con la potestad punitiva del Estado (no reprimen conductas tipificadas como ilícitas), sino que se trata de medidas o decisiones que se adoptan en el marco de la política de salud pública. No cabe emplear como parámetro para su enjuiciamiento, por tanto, el artículo 25.3 CE, que no puede entenderse vulnerado. En conclusión, este motivo debe ser también desestimado.

g) Vulneración por el art. 10 de los artículos 55.1 y 116 CE y de la Ley Orgánica 4/1981, en relación con los derechos de los artículos 35 y 38 CE.

Afirma el abogado del Estado que las medidas adoptadas por el Gobierno no se han guiado por la finalidad de limitar la libertad de empresa o del derecho al trabajo, sino por los mismos presupuestos ya citados. Los supuestos que afectan al comercio minorista, que es lo que se impugna, tienen su razón de ser, nuevamente, en evitar la posibilidad de contagios, quedando extramuros de este recurso el resto de las limitaciones por falta manifiesta de fundamento.

El cierre de comercios no ha afectado a los necesarios para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, ni ha incluido el cierre de sectores esenciales de la economía, lo que permite concluir que ha sido el imprescindible para evitar la propagación de la enfermedad. Nada tiene esto que ver con el derecho al trabajo y a la libertad de empresa, debiendo recordarse que el Gobierno ha adoptado todas las medidas posibles para aminorar el efecto del confinamiento sobre trabajadores y empresas. Tampoco aquí la finalidad de las limitaciones establecidas es la misma que en los estados de excepción, que se toma como modelo, pues en este la intervención de industrias, por ejemplo, se vincula a su capacidad de alterar el orden público, que no ha sido en absoluto la justificación de las medidas adoptadas por los diversos reales decretos. El resto de actividades laborales y económicas no han resultado en modo alguno afectadas por el artículo 10, de modo que no puede admitirse que nos encontremos ante una suspensión de derechos, puesto que tanto el derecho al trabajo como a la libertad de empresa siguen vigentes y desplegando los efectos que derivan de su contenido esencial. El hecho de que el precepto recurrido emplee la expresión “se suspende”

no puede ser argumento cualificado para considerar que la medida implica una derogación de estos derechos —no fundamentales—, y ello porque la suspensión no se predica de los derechos fundamentales, sino que se refiere a la apertura al público de establecimientos de manera estrictamente temporal, cosa bien distinta.

No puede negarse que el cierre temporal de los establecimientos afectados por el art. 10 constituye una afectación a estos derechos, pero, como se ha dicho, los derechos y libertades constitucionales no son absolutos o ilimitados, y, en este caso, las medidas de suspensión y cierre de determinados establecimientos y actividades persiguen una finalidad legítima (contener la transmisión del COVID-19) y se fundamentan en la protección de los derechos a la vida y a la integridad física y a la salud (arts. 15 y 43 CE). Son limitaciones idóneas para el cumplimiento de esa finalidad (permiten reducir sobremanera aglomeraciones y contactos entre personas) y son necesarias, en cuanto no existen otras menos gravosas que permitan alcanzar el objetivo pretendido. Es relevante señalar que otros países de nuestro entorno (singularmente, Italia y Francia) han adoptado restricciones semejantes.

Los beneficios derivados para el interés general de estas medidas son superiores a los perjuicios que causan. Además de limitarse al tiempo estrictamente imprescindible, las medidas no han sido generalizadas e indiscriminadas; se han referido a un específico grupo de actividades que, por permitir la afluencia masiva de público en espacios cerrados, presentaban un elevado riesgo de transmisión de la enfermedad. Incluso dentro de esta tipología de actividades, el Gobierno, y luego el Congreso de los Diputados, a través de las sucesivas prórrogas, han previsto una serie de excepciones. Por otra parte, y en relación con este juicio de proporcionalidad stricto sensu, los evidentes perjuicios generados por la crisis sanitaria están siendo mitigados mediante la adopción simultánea de sucesivos decretos-leyes orientados a movilizar los recursos nacionales para la protección frente a estos efectos adversos (Reales Decretos-leyes 8/2020, 11/2020, 14/2020, 15/2020 y 17/2020, sin ánimo de exhaustividad).

Por lo tanto, no suscita dudas la posibilidad de acordar, en el marco del estado de alarma, medidas de suspensión de actividades y establecimientos abiertos al público, pues las medidas del artículo 10, además de contar con fundamento legal en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1981, son idóneas, necesarias y estrictamente proporcionadas para la protección

de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la salud de las personas. Debe por ello desestimarse este motivo de la impugnación.

h) Vulneración por el artículo 9 del Real Decreto 463/2020 de los arts. 55.1 y 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, en relación con el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE).

Afirma el abogado del Estado que no se ha producido la suspensión de este derecho fundamental, pues se ha suspendido la actividad educativa presencial, pero no la actividad educativa que se ha seguido desarrollando a distancia y on line, como afirma el precepto impugnado; y la suspensión de la educación presencial se justifica, como en los casos anteriores, por la pandemia, dado que los centros educativos constituyen espacios de riesgo por la concurrencia masiva y habitual de personas. El razonamiento del recurso no puede acogerse, en cuanto equipara la suspensión de la actividad docente presencial con la suspensión del derecho a la educación y deduce, a partir de la jurisprudencia constitucional y del desarrollo legislativo del artículo 27 CE, la caracterización del derecho a la educación como un derecho cuyo ejercicio tan solo es posible en la modalidad presencial.

En cuanto a lo primero, ya se ha dicho que la suspensión de los derechos fundamentales no resulta de su limitación, por muy intensa que sea, sino de una declaración formal sustitutiva de su contenido esencial por un parámetro específicamente aplicable durante la vigencia de la suspensión. A falta de dicha declaración, el criterio para dilucidar si la medida limitativa del artículo 9 es o no conforme a la Constitución es el respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad. Se considera en este punto que: (i) la suspensión de la actividad docente presencial es medida idónea para la consecución del fin perseguido, pues a partir de su adopción se ha evitado la propagación del virus en los ámbitos escolar, de formación profesional y universitario entre estudiantes, docentes y demás profesionales del sector; (ii) es una medida necesaria para alcanzar aquel objetivo, pues otra menos restrictiva no habría garantizado suficientemente la protección de la salud pública, dada la alta transmisibilidad del virus; y (iii) es una medida de la que resulta un perjuicio menos grave que la alternativa de la desprotección o de protección insuficiente de la salud pública. El mantenimiento de la suspensión durante la vigencia del estado de alarma se justifica en que la evolución de la situación epidemiológica no permite aún considerar conjurado el riesgo de un rebrote, por lo que debe entenderse que la duración de la medida no cualifica en modo alguno la pretendida vulneración del derecho fundamental a la educación.

Por último, han de descartarse los razonamientos del recurso en torno a la insuficiencia de la Orden EFP/365/2020 para dar solución a los problemas derivados de la suspensión de la actividad docente presencial. Se trata de una valoración política, sin que competa al Tribunal, según tiene señalado, un examen del mayor o menor acierto de las medidas desde la perspectiva de su oportunidad; y la mayor o menor efectividad de la citada Orden es irrelevante desde la perspectiva del análisis de validez del artículo 9. Este motivo debe también ser desestimado.

i) Vulneración por el artículo 11 de la libertad religiosa del art. 16 CE.

La demanda vincula la vulneración de la libertad religiosa con las limitaciones introducidas por la Orden SND/298/2020, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres, pero, como se ha afirmado, la impugnación de tal Orden es inadmisibile en un recurso de inconstitucionalidad y hace decaer la fundamentación consecuente a ese motivo de impugnación, que por ello debería determinar también su inadmisibilidad.

En todo caso, es evidente que este precepto no suspende ni vulnera la libertad religiosa. La asistencia a lugares de culto, velatorios y entierros, no tiene su causa en la voluntad del Gobierno de prohibir la manifestación externa de la libertad religiosa. Una simple lectura del precepto lleva a constatar que la limitación del derecho a la libertad religiosa en su dimensión colectiva es mínima, pues no se prohíbe en modo alguno la celebración de ritos religiosos, tan solo se impone la adopción de medidas de contención de la propagación del virus durante los mismos, condicionamiento perfectamente compatible con la Constitución, pues responde a un fin legítimo, representa la menor injerencia posible en el derecho fundamental y supone una limitación de la libertad religiosa menos gravosa que el perjuicio que resultaría de su no adopción.

En último término, debe tenerse presente que la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, establece en su artículo 3.1, como límite, la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática. Es más, si se compara con

otras medidas adoptadas, en las que se decreta la limitación de la actividad, en este caso el Gobierno prevé el mantenimiento de la asistencia a lugares de culto y la asistencia a velatorios y entierros, siempre y cuando se adopten determinadas garantías, por lo que nada tiene que ver esta medida con la suspensión de la libertad religiosa. Es notorio el cierre en todo el mundo, de ceremonias y lugares de culto, aceptado por las diversas iglesias y confesiones, como ha sucedido en España. La sustitución de celebraciones religiosas presenciales, por medios telemáticos ha sido una decisión adoptada por todas las confesiones religiosas.

Se concluye con la súplica de que se dicte sentencia por la que se inadmita parcialmente y se desestime íntegramente el recurso, en los términos expuestos.

6. Por providencia de 13 de julio de 2021 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Este proceso constitucional tiene por objeto resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra las siguientes disposiciones: (i) artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; (ii) Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; (iii) Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020; y (iv) Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

Los diputados recurrentes dirigen la impugnación contra una diversidad de actos normativos; esta acumulación inicial de acciones es posible en los procedimientos ante esta jurisdicción (STC 52/2017, de 10 de mayo, FJ 1) y también, por tanto, en el recurso de inconstitucionalidad (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, y 19/2018, de 22 de febrero), siempre que exista una conexión objetiva entre las pretensiones deducidas; conexión que no cabe aquí negar.

Conviene advertir que se recurren los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, y la demanda extiende esta impugnación a las modificaciones del primero de estos preceptos que se llevaron a cabo por los Reales Decretos 465 y 492/2020. Sin embargo, el art. 7 no fue el único del Real Decreto 463/2020 reformado con anterioridad a la interposición de este recurso, pues los reales decretos posteriores introdujeron también modificaciones parciales en la redacción del artículo 10, sin que el escrito rector haga referencia explícita a ellas, a la hora de acotar el objeto del recurso. Sin embargo, no se trata, a juicio de este tribunal, de una omisión deliberada, sino de un lapsus en la redacción de la demanda, de modo tal que el texto del impugnado artículo 10 del Real Decreto 463/2020 ha de ser el que estaba en vigor al tiempo de la presentación de la misma; esto es, el resultante de las modificaciones parciales introducidas en su enunciado inicial por los Reales Decretos 465/2020 y 492/2020.

El recurso dirigido, pues, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, en la redacción resultante de las modificaciones operadas por los Reales Decretos que con él se recurren, se fundamenta en la vulneración de los artículos 55.1 y 116 CE, así como de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES, en lo sucesivo). Y se denuncian, además, otras infracciones singulares en relación con las siguientes disposiciones constitucionales; (i) vulneración de los artículos 19, 17, 21 y 25, en conexión con el art. 10.1 CE, por el art. 7; (ii) vulneración del artículo 27 CE, imputable al art. 9; (iii) vulneración de los arts. 35 y 38 CE, cuya conculcación se reprocha al artículo 10; y (iv) vulneración del art. 16 en conexión con el artículo 10.1 CE, que se atribuye a los artículos 7 y 11 del mismo real decreto, así como a la Orden SND/298/2020, cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita específicamente.

La abogacía del Estado ha opuesto determinadas causas de inadmisibilidad parcial, y solicitado la íntegra desestimación del recurso, con los argumentos que con detalle se exponen en los antecedentes.

Los preceptos impugnados disponen literalmente lo siguiente:

“Artículo 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que

deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.

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.

1 bis. [...]

2. Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior.

3. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

4. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.

5. El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

Cuando las medidas a las que se refiere el párrafo anterior se adopten de oficio se informará previamente a las Administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado.

6. El Ministro de Sanidad podrá, en atención a la evolución de la emergencia sanitaria, dictar órdenes e instrucciones en relación con las actividades y desplazamientos a que se refieren los apartados 1 a 4 de este artículo, con el alcance y ámbito territorial que en aquellas se determine”.

“Artículo 9. Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación.

1. Se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados.

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

“Artículo 10. Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales.

1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando.

2. La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida deberá ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.

En todo caso, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

3. Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto.

4. Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

5. Se suspenden asimismo las verbenas, desfiles y fiestas populares.

6. Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine”.

“Artículo 11. Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas.

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”.

Se impugnan asimismo los Reales Decretos 476/2020, 487/2020 y 492/2020, únicamente “en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma inicialmente declarado por el Real Decreto 463/2020”. El contenido dispositivo de estos reales decretos es siempre de análogo tenor: en el artículo 1 de todos ellos se establece que “queda prorrogado el estado alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, en tanto que en el artículo 2 se prescribe la respectiva duración de estas sucesivas prórrogas, disponiéndose, para cada una de las acordadas, que la prórroga “se someterá a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo” y también, en su caso, a las fijadas en las modificaciones de aquel primer real decreto.

2. Con carácter previo al examen de fondo, deben efectuarse una serie de consideraciones generales, con el fin de delimitar con la debida precisión el objeto y alcance del presente recurso:

a) No constituye obstáculo para el pronunciamiento que a este tribunal corresponde, el hecho de que las medidas objeto de recurso hayan perdido su vigencia por haber llegado a su término el estado de alarma. Es doctrina constante de este tribunal que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra normas de vigencia temporal limitada no pierde su objeto, de manera sobrevinida, por la sola circunstancia del transcurso del periodo durante el que aquellas rigieron. La solución contraria implicaría abrir un inadmisibles ámbito de inmunidad del poder frente a la Constitución (en tal sentido, entre otras, SSTC 40/2016, de 3

de marzo, FJ 3; 27/2017, de 16 de febrero, FJ 2; 43/2017, de 27 de abril, FJ 2; 89/2019, de 2 de julio, FJ 2, y 90/2019, de 2 de julio, FJ 2).

b) Coinciden las partes en que los reales decretos del Gobierno por los que se declara o se prorroga el estado de alarma constituyen, a efectos de su impugnación por este cauce, actos con rango o valor de ley; apreciación que este tribunal comparte, con arreglo a su propia doctrina. Así, a partir de lo ya fundamentado en el ATC 7/2012, de 13 de enero, FFJJ 3 y 4, la STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10, dejó sentado, por lo que aquí interesa, que:

(i) “[L]a decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma [...] viene [...] a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción”, de modo que la “legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar”.

(ii) En correspondencia con ello, “aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley” y “revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma”.

(iii) “[P]or idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma”; hipótesis en la que, además, el decreto gubernamental constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados. Acto parlamentario al que corresponde fijar el alcance, condiciones y términos de la prórroga y que a su vez ostenta (ATC 7/2012, FJ 4) la condición de decisión con rango o valor de ley. De suerte que los reales decretos de declaración y prórroga de un estado de alarma “solo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a

través de los procesos constitucionales [...] que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley”.

c) La abogacía del Estado ha solicitado la inadmisión parcial del recurso, en base a las causas que a continuación se examinan.

Sostiene, en primer lugar, que la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, no puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad en razón de su carácter reglamentario. El tribunal comparte este razonamiento, pues la orden se dictó por el ministro de Sanidad sobre la base de su genérica competencia reglamentaria en las materias propias de su departamento [art. 4.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] y, de manera más específica, en virtud de las habilitaciones establecidas en los artículos 4.2 d) y 4.3 del Real Decreto 463/2020; por lo que su régimen impugnatorio es, en suma, el propio de las disposiciones reglamentarias.

La ya citada STC 83/2016, FJ 11, señaló que “la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma”. Así se indica en el punto noveno de esta misma Orden ministerial, contra la cual “se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su publicación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”. No procede, en consecuencia, el enjuiciamiento de si la repetida orden ministerial vulneró o no el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE), pretensión que debe ser inadmitida; si bien ello no exime del examen de esta misma tacha de inconstitucionalidad, que los recurrentes imputan también a los artículos 7 y 11 del propio Real Decreto 463/2020.

En segundo lugar, el abogado del Estado solicita la inadmisión de las pretensiones deducidas contra los artículos 7, 10 (apartados 1 y 2) y 11 del Real Decreto 463/2020, que contemplan los supuestos o actividades excluidos de las restricciones, considerando que tales impugnaciones carecen de sentido y que los recurrentes habrían incumplido la carga de

fundamentar debidamente su impugnación. El tribunal comparte esta apreciación, y considera que no procede un pronunciamiento específico sobre aquellos apartados que regulan supuestos o actividades excluidos de las restricciones, sobre los que la demanda no efectúa argumentación específica alguna, por lo que han de quedar excluidos de nuestro enjuiciamiento. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que tales supuestos de exclusión hayan de ser tomados en consideración, a efectos de enjuiciar el propio alcance de las limitaciones introducidas por los preceptos controvertidos.

d) El recurso se dirige también contra los Reales Decretos 476/2020, 487/2020 y 492/2020, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma. Su único objeto es, pues, la extensión de la vigencia temporal de este estado de crisis, por remisión a las medidas contempladas para el mismo en el real decreto que procede a su declaración. Por esta razón, resultan imputables a estas normas idénticos reproches constitucionales a los dirigidos contra el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, resultarán también extensibles a los mismos los pronunciamientos contenidos en la presente sentencia, sin que ello haga preciso su examen pormenorizado.

e) Una última y relevante puntualización es precisa a la hora de delimitar el objeto y alcance de este proceso. Como expresamente señalan los antecedentes, los recurrentes no discuten la concurrencia del presupuesto que permite declarar el estado de alarma ni, por tanto, controvierten la procedencia de la declaración efectuada por el Real Decreto 463/2020. Así pues, aunque consideren inconstitucionales algunas de las medidas acordadas, no está en cuestión esta decisión política, a la que no se atribuye tacha alguna de inconstitucionalidad.

El Gobierno primero, y después el Congreso de los Diputados, con sus autorizaciones de prórroga, estimaron que se estaba ante una circunstancia extraordinaria en la que era imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes, resultando necesaria la declaración del estado de alarma “para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública” (preámbulo del Real Decreto 463/2020). Tales valoraciones políticas, asentadas en datos objetivos y reiteradas en las sucesivas prórrogas, corresponden en exclusiva a los mentados órganos constitucionales, y han de considerarse ajustadas a Derecho, dado que no se ha puesto en cuestión la declaración de la alarma como

tal, sino la validez de algunas de las medidas adoptadas. En consecuencia, el enjuiciamiento se constriñe al análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas.

3. Así delimitado el objeto del recurso, hemos de proceder al examen de los preceptos impugnados en este proceso que, no obstante, debe ir precedido de unas consideraciones generales sobre el estado constitucional de alarma, y en concreto, del declarado por el Real Decreto 463/2020.

La demanda fundamenta la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados en que, a través de los mismos, se habría producido una efectiva suspensión de los derechos fundamentales que cita; medida solo prevista, respecto de algunos derechos fundamentales, en los supuestos de declaración del estado de excepción o el de sitio (art. 55.1 CE). Por tanto, al operar tal suspensión, el Real Decreto 463/2020 habría infringido lo dispuesto en el citado precepto constitucional, y conculcado la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES), así como los derechos fundamentales afectados por las medidas recurridas.

Se parte así del entendimiento de que la declaración de uno u otro estado tiene una distinta incidencia sobre algunos derechos fundamentales; esto es, su “limitación” para el supuesto del estado de alarma; y la “suspensión”, para los otros dos supuestos. Para la demanda, la “derogación” o “ablación” de determinados derechos fundamentales por las disposiciones impugnadas habría supuesto una ilegítima “suspensión” de tales derechos, dado que esta medida puede solo adoptarse cuando se declare el estado de excepción o el de sitio, de conformidad con lo previsto en el artículo 55.1 CE; y de ahí que se cite este como primero de los preceptos constitucionales infringidos. Este planteamiento general del recurso hace inexcusable, por tanto, una consideración inicial sobre estos extremos, y también sobre las pautas o criterios del control que ha de aplicar el tribunal en esta controversia.

El estado de alarma, como los de excepción y sitio, es la reacción que la Constitución ha previsto para hacer frente a determinadas “situaciones extremas” (STC 33/1981, de 5 de noviembre, FJ 6) o, en palabras de la Ley, a “circunstancias extraordinarias” que “hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes” (art. 1.1 LOAES). La declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos, siempre con obediencia estricta a lo que

prescriba la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE para la regulación de las “competencias y limitaciones correspondientes”. Ahora bien: nuestra Constitución establece una distinción entre estados (alarma, excepción y sitio) desconocida en otros sistemas; y que, pudiendo fundamentarse en los supuestos habilitantes para declararlos, se basó sin embargo en otros criterios: por un lado, en sus mecanismos de adopción y control; por otro, en sus efectos. En la distinción que aquí ahora más interesa, entre el estado de alarma y el de excepción, la primera de esas perspectivas permite apreciar que ambos estados son declarados por el Gobierno, si bien “dando cuenta al Congreso” (en la alarma) o “previa autorización del Congreso” (en el estado de excepción: art. 116.2 y 3 CE). La segunda, que en la alarma solo cabe limitar derechos; en excepción (y sitio), cabe suspenderlos. Otras diferencias, como su alcance temporal, afectan a otras cuestiones que no se plantean en este procedimiento.

Así pues, y por lo que hace específicamente a su posible incidencia en los derechos fundamentales, la declaración de un estado de alarma no consiente la suspensión de ninguno de los derechos de tal rango (que sí cabe para determinados derechos en el supuesto de proclamación del estado de excepción o el de sitio, conforme a los arts. 55.1 y 116.3 y 4 CE), pero sí “la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones” a su ejercicio (STC 83/2016, FJ 8), que habrán de atemperarse a lo prescrito en la LOAES y a las demás exigencias que la Constitución impone. En otras palabras, todos estos derechos siguen vigentes, y no quedan desplazados por la ordenación singular que dispone al efecto la LOAES (arts. 16 a 23, 26 y 32.3, sobre todo), por lo que no es precisa la previa autorización de la representación popular, que sin embargo sí es obligada para su prórroga. Todo ello, sin perjuicio de que esta misma Ley Orgánica, por remisión de la Constitución, atribuya al poder público durante este estado de “menor intensidad” (STC 83/2016, FJ 9), potestades extraordinarias que pueden deparar la constricción temporal de determinados derechos fundamentales, con modificación, por tanto, de su régimen jurídico ordinario.

En ese contexto, es obvio que la potestad gubernamental de declarar uno u otro estado tiene efectos inmediatos no solo en cuanto a la mayor o menor agilidad procedimental (haciendo o no necesaria la discusión parlamentaria previa); sino en cuanto a la potencial incidencia sobre los derechos fundamentales restringidos (que pueden ser solo limitados, o también suspendidos) y, en lo que ahora aquí más interesa, en la determinación del parámetro de control constitucional de tal decisión. En efecto, si la suspensión fuera entendida como la consecuencia que el ordenamiento atribuye a la declaración de un estado de excepción o sitio,

el concepto de “suspensión” de derechos, introducido en el artículo 55.1 CE, devendría inútil como criterio de control material sobre el contenido de una declaración expresamente caracterizada como de estado de alarma, desfigurando así el potencialmente distinto alcance constitucional de los estados de alarma y excepción en cuanto a su incidencia limitadora de los derechos fundamentales.

Ahora bien, aunque las limitaciones impugnadas implicasen una suspensión “material” o “de facto” de tales derechos, no vulnerarían el artículo 55.1 CE. En efecto, este precepto no es pauta para enjuiciar un decreto declarativo del estado de alarma, ya que su virtualidad se limita a permitir una eventual suspensión de derechos “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio”; algo que, obviamente, no ha sucedido. En definitiva, lo que habrá de analizarse aquí es si las limitaciones o restricciones incluidas en la norma impugnada exceden el alcance constitucionalmente posible del estado de alarma; lo cual supondría, sencillamente, una vulneración de los derechos afectados. Por consiguiente, serán las normas constitucionales, que enuncian los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, las que han de ser interpretadas en concordancia con las que, en la propia Constitución, prevén y disciplinan el estado de alarma.

El alcance y límites de las posibles constricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el estado de alarma quedan pues determinados en la Constitución por algunos rasgos básicos. En primer lugar, el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE). Por otra parte, esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los anteriores requisitos, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten.

El alcance de tales “limitaciones” se planteó ya en el proceso constituyente mediante enmiendas que propusieron, sin éxito, suprimir esta figura. A tal fin se alegaron dos argumentos contradictorios: por un lado, sería innecesaria, ya que si las “circunstancias

excepcionales” no justificaran la declaración de un estado de excepción o de sitio, “el Gobierno tiene poderes suficientes” para afrontarlas; por otro, sería peligrosa, puesto que podría servir “para limitar derechos sin decirlo”, por lo que sería mejor eliminarla (“Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas”; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, pp. 3074-3076; véase también, en sentido análogo, el “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, pp. 4237-4238, así como el “Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución”, número 51, sesión número 13, de 7 de septiembre de 1978, pp. 2411-2412).

En consecuencia, las medidas acordadas y que incidan en facultades correspondientes a derechos fundamentales (arts. 11 y 12 LOAES) no siempre habrán de atenerse al pleno contenido, constitucionalmente declarado, de los derechos afectados. La alteración —siempre temporal— en el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales afectados tendrá la intensidad y generalidad que demanden las concretas circunstancias determinantes de la declaración de este estado de crisis en cada supuesto, respetando ciertos límites. El primero, genérico: que las condiciones y requisitos de ejercicio del derecho no supongan la “suspensión” del derecho fundamental, incompatible con el estado de alarma (i); y otros, específicos, derivados del obligado respeto a los principios de legalidad (ii) y (iii) de proporcionalidad. En el estado de alarma, y pese a su posible limitación extraordinaria, los derechos fundamentales mantienen, pues, esta condición.

(i) De esta forma, y respecto al límite genérico que acaba de invocarse, “suspensión” y “limitación” de derechos fundamentales son nociones jurídico-constitucionales que deben ser perfiladas, pues solo a partir de una definición de principio cabe situar en sus justos términos la fundamentación de las pretensiones deducidas en este proceso: como se ha visto, la demanda equipara la “suspensión” con una limitación especialmente intensa de los derechos fundamentales invocados, que excedería el alcance constitucionalmente reconocido al estado de alarma, por lo que no podría venir amparada por el decreto de declaración ahora impugnado.

En este sentido, una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de “limitación” (o “restricción”) es más amplio que el de “suspensión”, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La

suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico.

En efecto, conforme a los diccionarios de la lengua española y panhispánico del español jurídico, los términos “limitación” o “restricción” hacen referencia, en última instancia, a la “acción y efecto” de “reducir a menores límites” algún “derecho o facultad”; mientras que la “suspensión” implica una “cesación” o privación “temporal”, que “impide temporalmente el ejercicio de un derecho”.

Ya en el ámbito normativo, una distinción similar a la establecida en la LOAES puede encontrarse en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH), cuya virtualidad interpretativa en esta materia deriva del artículo 10.2 CE. En efecto, por una parte, este admite la posibilidad de “restricciones” en el ejercicio de algunas libertades (de manifestar las propias convicciones; de expresión, de reunión y de asociación o de circulación: artículos 9, 10, 11 CEDH, y 2 del Protocolo núm. 4), cuando se den algunas circunstancias definidas más o menos genéricamente (medidas necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden o, en lo que ahora parece especialmente relevante, la protección de la salud o de la moral...). Por otra, prevé la adopción en casos especialmente graves (guerra u “otro peligro público que amenace la vida de la nación”) de “medidas que deroguen” la protección de esos y otros derechos “en la estricta medida en que lo exija la situación” (art. 15.1); medidas que la doctrina, usualmente, califica de “suspensión” de las garantías derivadas del Convenio.

Cabe señalar que esta última posibilidad exige que los Estados parte, según el propio CEDH, mantengan “plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado”, así como “de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”, lo que subraya su carácter esencialmente temporal (art. 15.3). Algo que, dicho sea de paso, hicieron algunos Estados parte en el Convenio, entre el 17 de marzo y el 8 de abril de 2020, para justificar las restricciones de derechos como la libertad de circulación en respuesta a la pandemia, a título de ejemplo Rumanía (decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de abril de 2021, asunto Terheş c. Rumanía, § 18 y 46).

De este modo, y en lo que hace al concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión —que es, sin duda, una limitación— parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que solo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas, al margen de la suspensión.

(ii) En cuanto a los límites específicos que pesan sobre el Gobierno y el Congreso de los Diputados a la hora de declarar o autorizar la prórroga del estado de alarma, el primero es el respeto a lo establecido en la LOAES. En efecto, el artículo 116.1 CE reserva a esta ley orgánica la regulación de estos estados y, de manera específica, “las competencias y limitaciones correspondientes”, situándola pues como norma de mediación entre las previsiones constitucionales y los decretos del Consejo de Ministros que proclamen, y en su caso prorroguen, este estado de crisis. Una norma que limita la posible incidencia de dichos decretos sobre el régimen de los derechos fundamentales en dos aspectos primordiales:

(1) De un lado, no cabrá acudir al estado de alarma si no constan, en palabras de la LOAES, unas “circunstancias extraordinarias que hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes” (art. 1.1). En ausencia de tales situaciones extremas (cifradas por la LOAES en su artículo 4), el recurso a este instrumento constituiría un abuso de poder, inconciliable con la interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE). Esta es, no obstante, una limitación difícil de concebir en nuestro Estado constitucional, que concede al Gobierno y al Congreso de los Diputados un margen amplio (pero no ilimitado) de libre apreciación política para declarar y mantener un estado de alarma; apreciación que, además, no se cuestiona en este procedimiento.

(2) Un segundo límite legal permite acotar las medidas abstractas que pueden incorporarse a estos decretos gubernamentales que declaran o prorrogan un estado de alarma. Estos cuentan con rango de ley, pero tendrán que atenerse al marco definido por la ley orgánica a la que la Constitución remite (arts. 11 y 12 LOAES, en especial), so pena de incurrir en inconstitucionalidad por infringir el artículo 116.1 CE y con él las normas que enuncian derechos fundamentales. Lo que importa subrayar es que ni las apelaciones a la necesidad pueden hacerse valer por encima de la legalidad, ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley (sobre este último extremo,

aunque para otros supuestos, SSTC 52/1983, de 17 de julio, FJ 5, y 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3).

(iii) Tampoco basta con que las medidas extraordinarias establecidas en un decreto de alarma encuentren acomodo, en abstracto, en lo previsto en la LOAES. Además, es preciso que las limitaciones exorbitantes de derechos fundamentales que así puedan disponerse, y que no pueden suponer la suspensión de los mismos, se atemperen a las exigencias de la proporcionalidad: en otro caso, los derechos quedarían a merced de la apreciación de oportunidad de los órganos políticos siempre que las medidas adoptadas fueran reconducibles a los tipos genéricos de intervención previstos, en términos no taxativos, en la Ley Orgánica. Es la propia LOAES la que subraya esta pauta para acotar y, en su caso, controlar las intervenciones singulares a que dé lugar la declaración de un estado de alarma, al disponer en su artículo 1.2 que “las medidas a adoptar [...] serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad”, y su aplicación “se realizará de forma proporcionada a las circunstancias”.

Sobre el principio constitucional de proporcionalidad, y su proyección en el ámbito de derechos fundamentales, existe una muy reiterada doctrina constitucional. Basta ahora recordar que el examen jurisdiccional de dicho principio se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido [por todas, SSTC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4; 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7 d); 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 99/2019, de 18 de julio, FFJJ 6, 8 y 9].

Recapitulando lo expuesto, cabe pues diferenciar entre la suspensión de derechos fundamentales (imposible en principio para el estado de alarma, pero no para los de excepción y de sitio), y su eventual limitación extraordinaria en el de alarma. En el primer caso, los derechos (o sus facultades concretas) a los que se refiere el artículo 55.1 CE no oponen otra posible resistencia que la derivada del necesario respeto a lo establecido en la ley a la que remite el artículo 116.1 CE, sin perjuicio naturalmente de que los actos singulares de ejecución de las medidas autorizadas hayan de atenerse siempre al principio de

proporcionalidad (art. 1.2, último inciso, LOAES). Ante el estado de alarma, por contraste, los derechos no pueden suspenderse, pero son eventualmente limitables, incluso de modo extraordinario, a resultas de las medidas contempladas en esta Ley Orgánica; si bien cuentan adicionalmente con la defensa que aporta el principio de proporcionalidad. Con arreglo a este criterio habrá de examinarse, primero, si las medidas impugnadas resultan acordes a la legalidad; después, si no implican una suspensión de los derechos fundamentales afectados; y, por último, y siempre que concurren las anteriores circunstancias, si se presentan como idóneas, necesarias y proporcionadas, vistas las circunstancias que llevaron a la adopción del Real Decreto 463/2020 y más tarde a las prórrogas del mismo.

4. El concreto examen de los preceptos impugnados ha de comenzar con el análisis de la aducida inconstitucionalidad del artículo 7, intitulado “Limitación de la libertad de circulación de las personas”, y ha de iniciarse con unas consideraciones de carácter general.

El artículo 7 del Real Decreto 463/2020 constaba, en su redacción original, de seis apartados (números 1 a 6). Posteriormente, y tras la interposición del presente recurso, el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, introdujo el apartado 1 bis, que no será, por tanto, objeto de enjuiciamiento.

Tampoco procederá dicho enjuiciamiento sobre los números 2, 4 y 6, dado que en relación a estas reglas, la demanda omite cualquier argumentación específica. Los recurrentes solo argumentan la invalidez del número 1 de este artículo, aunque sus razones podrían entenderse referidas también al número 3 e incidir sobre la facultad concedida al ministro del Interior por el número 5. Por tanto el tribunal no advierte motivos para extender su enjuiciamiento a los demás apartados del precepto, que no limitan, en sí mismos, la libertad general de desplazamientos y que son solo, en algún caso (número 6), meramente complementarios de los que sí lo hacen.

El número 1 de este art. 7, según la redacción resultante del Real Decreto 465/2020, dispone que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las actividades que se relacionan; actividades que, además, “deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada”. El listado que esta regla contiene consta de seis puntos que, según la demanda se restringen a lo que permitiría la

“pura subsistencia de la ciudadanía”; y concluye con dos cláusulas generales, en las que se permite la circulación por causa de fuerza mayor o situación de necesidad [punto g)], o para cualquier otra actividad de análoga naturaleza a las expresamente relacionadas [punto h)]. En los números 3 y 5, complementariamente, se establece que “se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio”; y que “el Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos”.

La impugnación, así acotada, se fundamenta en la supuesta infracción del artículo 55.1 CE, así como de la LOAES, en relación —se dice— con determinadas normas declarativas de derechos fundamentales (artículos 19, 17, 21 y 25 CE). Como ya se ha dicho, no obstante, el art. 55.1 CE no constituye canon de constitucionalidad en sentido estricto, habida cuenta de que dicho precepto no resulta de aplicación en los supuestos de estado de alarma; su cita resulta pertinente aquí a los solos efectos de excluir la posibilidad de suspensión de derechos, únicamente admisible en los casos de declaración de los estados de excepción y sitio. Y la invocación de la LOAES es relevante, estrictamente, para apreciar si esa Ley Orgánica consiente la restricción de tales derechos fundamentales en un estado de alarma: de no ser así, la inconstitucionalidad vendría dada por la afectación, sin soporte legal, del respectivo derecho. Si, por el contrario, la LOAES permitiera en abstracto una limitación de ese género, habría que considerar si la medida concretamente controvertida llega a suponer la suspensión del derecho afectado o si, en caso contrario, es desproporcionada a la vista de las circunstancias.

Procede a continuación descartar los siguientes reproches que se dirigen al precepto impugnado:

a) Los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no infringen el artículo 17.1 CE, pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva. La libertad garantizada por este precepto es “la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4) y solo puede hablarse de su privación, en el sentido del artículo 17.1 CE, cuando “de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita” (STC

98/1986, de 10 de julio, FJ 4). No es este el caso del precepto controvertido; el art. 7 restringe la licitud de los desplazamientos a determinados supuestos, fuera de los cuales la persona no queda privada de esta libertad que la demanda invoca, como subraya —lógicamente, en otro contexto— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheş c. Rumanía*, § 42 y 43.

b) Debe excluirse asimismo que la controversia sobre este artículo 7 guarde relación objetiva con los derechos y garantías que, en materia sancionatoria, establece el artículo 25 CE, cuyos apartados 1 (principio de legalidad) y 3 (exclusión de sanciones privativas de libertad por la administración civil) invocan los recurrentes. Baste con recordar que el artículo 25, en aquellos apartados, es de aplicación únicamente respecto de normas, medidas o decisiones que tengan una “finalidad represiva, retributiva o de castigo” (STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8); presupuesto que no concurre en el presente caso.

5. Una vez descartadas las anteriores infracciones constitucionales, procede entrar en el examen de la posible vulneración por este art. 7, de los derechos fundamentales enunciados en el párrafo primero del artículo 19 CE, de conformidad con el cual “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

En los antecedentes de esta sentencia se han expuesto con detalle las razones con las que la demanda argumenta la infracción del artículo 19 CE. Basta pues recordar que el eje de las mismas es que esta regulación habría deparado un “auténtico confinamiento de la totalidad de la población”, con el consiguiente daño para el derecho a la libre circulación por el territorio nacional, así como una infracción del derecho a elegir libremente residencia; a lo que añaden que la restricción de esta última no está contemplada en la LOAES.

Frente a ello, la abogacía del Estado arguye, en síntesis, que la medida prevista en la LOAES [art. 11 a)], se justifica en la preservación de la salud pública y en la defensa del derecho a la vida y a la integridad física de las personas (arts. 43 y 15 CE); que resulta además proporcionada a tales efectos, ya que “en el actual estado de la ciencia” no cabe concebir otra menos intensa para superar la crisis sanitaria; y que la misma se compadece con el contenido esencial de los derechos que se dicen conculcados.

La resolución de esta controversia ha de partir de las siguientes consideraciones:

a) Bajo la rúbrica “Limitación de la libertad de circulación de las personas”, el artículo 7, en sus números 1 y 3, no se queda en la acotación del ámbito de esa libertad, como ocurre con otras reglas previstas para situaciones de normalidad; sino que la limita o restringe de modo drástico, hasta el extremo de alterar o excepcionar pro tempore su contenido esencial. Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales. No hay que olvidar que, ante coyunturas de “grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (en palabras del art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras, podría llegar a redefinirse y contraerse —incluso sin dar lugar a un estado de alarma— con arreglo a lo que el tribunal llamó tempranamente los “límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7).

Ahora bien, la mera constatación de que los números 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 limitan la libertad de circulación más allá de lo que admitiría, con carácter general, el artículo 53.1 CE no resuelve la controversia aquí planteada, que en última instancia consiste en si tal medida puede encontrar amparo en la declaración del estado constitucional de alarma.

En efecto, es la propia Constitución la que ha previsto la posibilidad de limitaciones extraordinarias en su artículo 116 (números 1 y 2). Eso explica, precisamente, el rigor con el que en ella se contempla tanto la instauración inicial como el ulterior mantenimiento (previa autorización de la representación política de la ciudadanía) de este estado de crisis, estrictamente acotado en el tiempo y sometido a constante fiscalización y control.

Por tanto, la resolución de la citada controversia habrá de considerar, en primer lugar, si tal constricción excepcional impuesta por los apartados 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 se acomoda a lo previsto en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES). En caso de que así sea, procederá analizar si su alcance puede ser calificado como una “suspensión” del derecho, vedada para el estado de alarma. Finalmente, y solo en el caso de que el derecho no haya quedado suspendido, cabrá analizar si la limitación respeta las exigencias de la proporcionalidad. Tales aspectos se examinan a continuación.

Así, y en principio, la LOAES proporciona cobertura formal para una limitación excepcional de la libertad constitucional de circulación. De una parte, su artículo 11 dispone que el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar, entre otras medidas, la de “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos” [punto a)]. De otra, el 12.1 admite que en el supuesto previsto en el artículo 4 b) (“crisis sanitarias, tales como epidemias”), “la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”; remisión que obliga a considerar, muy especialmente, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, según la cual “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (artículo 3). Resulta así que los preceptos controvertidos cuentan con un primer y necesario soporte en la LOAES.

A partir de ahí, los recurrentes no niegan que la libertad de circulación de las personas que el real decreto establece puede referirse a “lugares determinados”; ni que la exigencia de “cumplimiento de ciertos requisitos”, puede consistir, como en este caso, en la “realización” de ciertas “actividades”. Tampoco ponen en duda que el “ámbito territorial” del estado de alarma (apartado 2 del artículo 116 CE) puede llegar a coincidir con el del territorio nacional en su conjunto, según expresamente precisa la LOAES (art. 4, párrafo primero) y dispone también el Real Decreto 463/2020 (art. 4). Ni cuestionan que la autoridad pueda recurrir a controlar a los enfermos o a su entorno inmediato para evitar la transmisión de enfermedades infecciosas. Lo que la demanda discute es que una medida como la impugnada se haya establecido “en todo el territorio nacional y para la totalidad de la ciudadanía”. Considera que ello no solo comporta una suspensión del derecho fundamental alegado, vedada al estado de alarma; sino que ni siquiera hubiera sido factible en los estados de excepción y de sitio (artículo 20.1 LOAES).

Sentado que esta medida es reconducible a una de las previstas en abstracto por la LOAES, por lo que cuenta con ese específico fundamento legal, habrá que analizar si puede integrarse dentro del margen constitucionalmente posible.

Como se ha visto, la demanda se centra en alegar sobre la aducida “suspensión” del derecho a la libertad de circulación. Por el contrario, el abogado del Estado descarta esta y defiende la proporcionalidad de la medida, que estima adecuada y necesaria tanto para la protección de la salud pública (art. 43 CE), como para el aseguramiento de los derechos fundamentales de todos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). En esta misma línea, el Real Decreto 463/2020 justifica en su preámbulo que “las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública”; añadiendo que “las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado [...] deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico”. Se afirma así que “las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación y resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma [...]”; argumento reiterado en los preámbulos de los sucesivos Reales Decretos que dispusieron la prórroga del estado de alarma.

Así las cosas, debemos analizar en primer lugar si, a partir de las consideraciones generales anteriormente desarrolladas, las restricciones que el decreto ahora controvertido proyecta sobre el concreto derecho a la libertad de circulación pueden llegar a considerarse como una suspensión del mismo, constitucionalmente proscrita. Una cuestión ya anunciada, siquiera de manera tangencial y en el contexto determinado por los respectivos procesos, en nuestra STC 83/2016, de 28 de abril, así como en los AATC 7/2012, de 13 de enero, y 40/2020, de 30 de abril. En efecto, decíamos en aquella que “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio” (FJ 8); al tiempo que se recordaba —con cita literal del ATC 7/2012, FJ 4— que “[...] todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen [...] excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa,

determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria [...]” (FJ 9).

Más recientemente, el ATC 40/2020 volvía a subrayar que “[e]l alcance [de] la declaración del estado de alarma [...] sobre los derechos fundamentales [tiene] menor intensidad respecto de los estados de excepción y sitio”, y “plante[a] una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social”. Por ello, continuaba, “es importante el pronunciamiento de este tribunal [...] llevando a cabo un análisis de los contenidos del real decreto de declaración del estado de alarma y de su alcance desde la perspectiva constitucional, especialmente en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que puede establecer pautas importantes en la interpretación y aplicación de las distintas previsiones de aquella norma [...]. Lo que también se puede traducir en la enunciación de criterios de actuación” (FJ 2). A pesar de lo cual, ciertamente, se afirmaba que “la discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, de facto, y por derivación de la limitación de la libertad deambulatoria del art. 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo” (FJ 4).

No otra es, sin embargo, la cuestión ahora planteada en el seno de este procedimiento, cuya naturaleza “sirve exclusivamente a la ‘función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales encomendada a este Tribunal’” (STC 86/2019 de 20 de junio, FJ 3, con cita de las SSTC 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FJ 2; 2/2018, de 11 de enero, FJ 2, y 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 2). Como allí mismo se dice, cuando cincuenta diputados o senadores “deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada” (STC 86/2019, de 20 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 1, y 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2).

Esa es, pues, la cuestión que corresponde dilucidar ahora: en qué medida el “derecho a [...] circular por el territorio nacional” garantizado en el art. 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa pro tempore en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado

de alarma “las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [ciertas] actividades” allí definidas; especificando, además, que tales actividades “deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada”.

No es esta la sede adecuada para resolver cuestiones teóricas que han suscitado y siguen suscitando polémicas doctrinales, por importantes que sean, pero sí para establecer, recogiendo los términos del reiterado ATC 40/2020, “pautas importantes en la interpretación y aplicación” de la norma impugnada, que se pueden “traducir en la enunciación de criterios de actuación” para el futuro. Nuestra jurisprudencia, necesariamente ajustada a la casuística que caracteriza la actividad jurisdiccional, ofrece a día de hoy diversos conceptos que permiten diferenciar, dentro del contenido de ciertos derechos fundamentales, facultades o derechos de distinta naturaleza, adaptándose a las características de cada uno de ellos y a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así, en algunos casos, se ha identificado un “contenido absoluto” de los derechos, un “núcleo irrenunciable” de los mismos que “puede alcanzar proyección universal” (entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8, y 26/2014, de 11 de marzo, FJ 4). En otros, se habla de un “contenido constitucional indisponible” (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, o 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3). Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un “contenido central”. Mientras que las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un “contenido esencial mínimo”, sino también un “contenido adicional” integrado por “derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional”, cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado.

Junto a estas fórmulas elaboradas en la doctrina constitucional para diferenciar, dentro del contenido de los derechos fundamentales, ámbitos o esferas cuya protección puede ser distinta según las circunstancias, la literalidad constitucional añade otra técnica, dado que el art. 53 CE exige al legislador de los derechos fundamentales que “en todo caso” respete “su contenido esencial”. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, con referencia a un derecho concreto, “la fórmula constitucional ‘en todo caso’ [...] encierra un núcleo indisponible” en el contenido de ese derecho (STC 16/1994, FJ 3).

Debemos destacar, sin embargo, que todas esas fórmulas o técnicas, bien sean las de elaboración jurisprudencial bien sean las que derivan de la literalidad del art. 53 CE, se encuadran dentro del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales. Esto sucede de un modo evidente con el límite del “contenido esencial”, como se desprende claramente de su ubicación en el art. 53 CE, dentro de la regulación general que la Constitución hace de los derechos fundamentales y por ello mismo ajeno al capítulo V del título I que, bajo la rúbrica “Suspensión de los derechos y libertades”, disciplina junto con el art. 116 CE los supuestos en que rigen las atribuciones de poderes extraordinarios a los poderes públicos. Ocurre lo mismo con el resto de fórmulas enunciadas más atrás (“contenido absoluto”, “contenido indisponible”, “contenido central” etc.), en tanto que responden a situaciones que, aun siendo particulares y con rasgos que las alejan de lo común, acaecen dentro del régimen ordinario de definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Ninguna de estas fórmulas o técnicas, precisamente porque son propias del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, son aptas para actuar como parámetro constitucional de control de la reducción del contenido y alcance del derecho a circular libremente (art. 19 CE) que se opera en virtud del art. 7 aquí impugnado. Este precepto se ubica en una norma de emergencia, en concreto de estado de alarma, y por ello su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales.

La suspensión de la vigencia de un concreto derecho fundamental es una de estas técnicas y resulta relevante en este momento porque el artículo 55.1 CE prevé que solo resulte practicable en los estados de excepción y de sitio, de modo que el juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario que se hiciera con ocasión del estado de alarma. Ello conlleva que la limitación por defecto de la libertad deambulatoria consignada en el artículo 7 sería inconstitucional si, por entrañar una cesación de este derecho fundamental, solo pudiera adoptarse mediando tal suspensión de vigencia del mismo. Para determinar esta controvertida cuestión procederemos a analizar en qué consiste la limitación que prescribe el art. 7 y hasta qué punto procede calificarla de constrictión tan intensa de esa libertad constitucional que solo cabe mediando la suspensión de su vigencia.

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

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

Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y

podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto.

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

Adicionalmente, tal vaciamiento de este derecho comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica.

b) El derecho fundamental a “elegir libremente la propia residencia” también contemplado en el art. 19.1, párrafo primero, CE, aunque presenta perfiles propios, tiene una estrecha vinculación con el propio derecho a la libertad de circulación, razón por la cual le resultan aplicables los argumentos que acaban de exponerse. Su contenido constitucional es, en términos positivos, el derecho a elegir la localización del propio lugar de residencia, con respeto a las normas generales; y, en sentido negativo, el de excluir que el poder público imponga a su titular una residencia determinada (a salvo de los supuestos de privación de libertad personal).

En otras palabras, ese derecho conlleva una genérica e indiferenciada facultad constitucional para determinar libremente el lugar en que se desee fijar la residencia habitual, lo que incluye como ineludible, la facultad para trasladar, en cualquier momento, dicha residencia habitual a un lugar diferente. En este contexto, el apartado 1 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 incluye entre las actividades permitidas, únicamente la de “retorno al lugar de residencia habitual” [apartado d)], determinación específica que permite delimitar el contorno y alcance de los límites impuestos al ejercicio de este derecho fundamental.

La facultad de acceder a la propia residencia en caso de que la persona se encontrara fuera de ella, única actividad posible y, a su vez, salvedad imprescindible para un mínimo desenvolvimiento personal, conlleva necesariamente que la limitación impuesta a la libertad de circulación determine la prohibición o exclusión del derecho a trasladar o modificar el lugar de residencia habitual y, paralelamente, la imposición al titular, como residencia inamovible, del lugar en que venía residiendo. Ambas facetas pues, positiva y negativa, del derecho a elegir libremente la propia residencia quedan así excepcionadas, en la medida en que no cabe la libre elección del lugar de residencia, en tanto se impone imperativamente la constricción a aquél que tuviera dicho carácter en el momento de entrada en vigor del real decreto, lo que determina, en los términos que ya se han expuesto, la “privación” o “cesación” del derecho contemplado en el art. 19.1 CE.

Todo lo cual conduce a declarar la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del precepto impugnado, en los términos que se señalarán más tarde.

6. Alegan asimismo los recurrentes que las restricciones a la libertad de circulación que impone este artículo 7 habrían deparado también la vulneración de los derechos previstos en el art. 21 CE.

Afirman, en concreto, que “la prohibición de acceder a la vía pública [...] supone la absoluta imposibilidad de celebrar reuniones o manifestaciones en dicha vía”, lo que no resulta amparado por la declaración de un estado de alarma. Entiende el abogado del Estado, por el contrario, que no era preciso que el artículo 7.1 citara, entre las “excepciones a la restricción de libertad” que prevé, la posible realización de manifestaciones, pues el régimen del derecho de manifestación durante el estado de alarma no ha sido modificado, con

independencia de que su ejercicio pueda verse limitado en concreto, de manera motivada y proporcionada, para la protección de la salud pública y del derecho a la vida.

Como ya se ha señalado, el art. 11 a) LOAES apodera al decreto declarativo de un estado de alarma para “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas o lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”; remisión legal que puede dar lugar a una restricción excepcional de la libertad constitucional de circulación por el territorio nacional. Pero nada dice sobre el derecho de manifestación, ni sobre las condiciones de su ejercicio bajo un estado de alarma. Este último derecho fundamental es una “vertiente” (STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3) de la libertad que la Constitución reconoce para la reunión pacífica y sin armas (art. 21.1 CE), pero no de la libertad de circulación, aun cuando su ejercicio suponga el acceso a espacios públicos.

Restringir la libertad de circulación no supone así hacer otro tanto respecto del acceso a tales espacios públicos del que depende el ejercicio del derecho de manifestación. Como observa el abogado del Estado, tal acceso habrá de regirse por lo previsto en el art. 21 CE y, en su desarrollo, por la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que, en la concreta aplicación gubernativa de sus previsiones, se hayan de tener presentes las circunstancias que llevaron a la declaración de un estado de alarma, y en particular el objetivo de reducción de contactos sociales que subyace a varias de las reglas del Real Decreto 463/2020.

Pero incluso bajo estas condiciones, el derecho de manifestación permanece incólume. Sigue abierta la posibilidad de dirigir “comunicación previa a la autoridad” para su celebración (arts. 21.2 CE y 8 y 9 de la Ley Orgánica 9/1983), y se mantiene la garantía constitucional de que las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones solo podrán ser prohibidas (o condicionadas a modificaciones de fecha, lugar o itinerario) cuando existan “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”; o bien cuando su ejercicio pueda deparar “la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución” (STC 193/2011, FJ 3).

En definitiva, ni la Constitución contempla, ni la LOAES ha previsto, la constricción genérica de la libertad de manifestación durante un estado de alarma, por lo que el decreto declaratorio del mismo no puede excepcionar o cancelar este derecho, ni el impugnado art. 7

del mismo contempla esta posibilidad. La hipotética invocación de la necesaria protección de la salud pública no daría soporte a esta genérica restricción, so pena de reducir la ciudadanía a la condición de mera población; algo inconciliable, desde luego, con el pluralismo político y con la condición democrática de nuestro Estado constitucional (art. 1.1 CE).

No es esta pues, la interpretación que deriva de la ausencia de una específica previsión relativa al posible ejercicio de un derecho fundamental, como el de manifestación, para el cual el “espacio urbano” es un ámbito de “participación”, no ya de simple “circulación” (STC 193/2011, FJ 4, y resoluciones allí citadas). Los derechos fundamentales no resultan necesariamente dañados por el mero hecho de que las normas no hagan expresa salvedad de su subsistencia en cada caso (STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4), ni por la eventualidad de que tal silencio pudiera eventualmente dar lugar a una infracción singular del respectivo derecho. Ante tal hipótesis, “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad” (SSTC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2, y 83/2020, FJ 8).

Ello no excluye, obviamente, que las circunstancias que provocaron la declaración de este estado de alarma (que, ha de reiterarse, no ha sido impugnada), y la consiguiente necesidad de guardar un prudencial distanciamiento físico entre personas (que tampoco ponen en cuestión los recurrentes), hayan dificultado en alto grado el ejercicio de este derecho, justificando la prohibición o condicionamiento de reuniones o manifestaciones concretas con fundamento, precisamente, en la protección de la vida, la integridad física y la salud (arts. 15 y 43 CE y ATC 40/2020, FJ 4).

En consecuencia, esta impugnación del art. 7 debe ser rechazada.

7. La última censura que la demanda dirige contra este artículo 7 se funda en la conculcación de los artículos 6, 7 y 23 CE. Considera que, al no mencionar en su apartado 1 la posible circulación por vías y espacios públicos con la finalidad de acudir a reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, tales reuniones quedarían “prohibidas o suspendidas”; prohibición que no resultaría siquiera posible en un estado de excepción (art. 22.3 LOAES). El abogado del Estado no ha alegado sobre este extremo.

Debe ante todo precisarse que este tipo de reuniones no están hoy sometidas al régimen de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión [art. 2 c)], por más que el artículo 22 LOAES (anterior a aquella) excluya su prohibición, disolución o sometimiento a autorización previa para el caso de que “la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veintiuno de la Constitución” (apartados 1 y 3).

Partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales son asociaciones de relevancia constitucional [STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3 C)], como acredita su ordenación en el título preliminar de la Constitución (arts. 6 y 7). Sus reuniones orgánicas no pueden ser impedidas ni obstaculizadas con ocasión de la declaración de un estado de alarma sin lesionar las trascendentes funciones que tienen encomendadas, siendo la Constitución inequívoca al respecto.

En cuanto a los partidos, porque los mismos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política (art. 6 CE); cometidos todos que se actualizan en la labor ordinaria de unas cámaras legislativas (Congreso y Senado) cuyo funcionamiento, como el de los demás “poderes constitucionales del Estado”, no puede interrumpirse durante la vigencia de un estado de crisis (art. 116.5 CE), sin perjuicio de que el debate público sobre cualesquiera proyectos políticos pueda realizarse tanto dentro como fuera de las instituciones representativas (SSTC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 7, y 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5). Y en lo que hace a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, porque su contribución a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE) no consiente una interrupción en el Estado social y democrático de Derecho, y tampoco, por tanto, bajo la vigencia de uno u otro estado de crisis, durante los cuales aquellos intereses perviven y pueden llegar incluso a demandar una protección particularmente intensa.

El artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020 no menciona los desplazamientos con el fin de asistir a reuniones orgánicas de partidos, sindicatos y asociaciones empresariales entre aquellas “actividades” para las que se permite la circulación “por las vías o espacios de uso público”. Pero, como se ha señalado anteriormente, ello no implica la interpretación excluyente que la demanda expone, y que además desmiente el artículo 40.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al

impacto económico y social del COVID-19, que permitió a todo tipo de asociaciones la celebración de sesiones de sus órganos de gobierno por videoconferencia.

Al margen de lo anterior, la interpretación que la demanda propone resulta en todo caso descartada, si nos atenemos al sentido y a los términos propios de este art. 7. Por lo que se refiere a las reuniones orgánicas de sindicatos y asociaciones empresariales, quienes se encaminen a ellas lo harán al amparo del repetido artículo 7.1, que se refiere de manera explícita a la circulación por vías o espacios de uso público con el fin de acudir “al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial” [punto c)]. No menos claro resulta que el régimen jurídico de los desplazamientos para asistir a reuniones internas de los partidos políticos no podría ser menos permisivo que el establecido, en el mismo punto c), para los que se orientan a “efectuar” una determinada “prestación profesional”. Así lo permite la analogía entre unas actividades y otras, pues en ambos supuestos se pretendería siempre, con manifiesta “identidad de razón” (art. 4.1 del Código civil), cumplir con la propia dedicación o el respectivo cometido en la esfera pública, ya fuera este habitual u ocasional.

No cabe pues interpretar este artículo 7.1 en unos términos excluyentes que resultarían contrarios a la Constitución; tanto más cuanto el mismo incluye una mención a “cualquier otra actividad de análoga naturaleza” a las especificadas con anterioridad [punto h)]. Adicionalmente, tampoco es improcedente recordar que, con posterioridad a la presente impugnación, se incorporó a este artículo 7 un nuevo apartado cuyo contenido ilustra, inequívocamente, sobre la plena libertad de acción con la que habría de desarrollarse la actividad de los partidos políticos bajo el estado de alarma. Así, el número 1 bis, introducido por la disposición final 1.1 del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, dispone que la vigencia del estado de alarma “no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a parlamentos de comunidades autónomas”.

A la vista de lo expuesto, se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 7 por este motivo.

8. Procede, a continuación, entrar en el análisis de la aducida inconstitucionalidad del art. 9, que lleva por título “Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación”.

Este precepto incorpora dos determinaciones que se reputan inconstitucionales. Conforme al apartado 1, “[s]e suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación” (esto es: educación infantil, primaria y secundaria obligatoria; bachillerato; formación profesional; enseñanzas de idiomas, artísticas y deportivas; educación de personas adultas y, en fin, enseñanza universitaria), “así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados”. Y en el apartado 2 se dispone que “[d]urante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y on line, siempre que resulte posible”.

La demanda sostiene que este precepto “está adoptando una suspensión en toda regla del derecho fundamental a la educación; dado que [...] en nuestro bloque de la constitucionalidad no está contemplada otra modalidad de ejercicio de ese derecho que no sea la presencial”. Respecto al apartado 2 añade que, según el Instituto Nacional de Estadística, cerca de un 10 por 100 de los hogares españoles carecerían de conexión a internet; y que “el sistema educativo está concebido como esencialmente presencial, sin que esté de modo alguno preparado para la prestación del derecho fundamental a través de medios telemáticos”. El abogado del Estado, por su parte, ha defendido la constitucionalidad de la medida y su proporcionalidad, en atención a la propia crisis sanitaria y a la vista de que los centros educativos constituyen lugares especialmente delicados por la concurrencia masiva y habitual de personas. Considera asimismo que no se habría suspendido, como tal, la actividad educativa, que siguió desarrollándose a través de técnicas informáticas.

El derecho fundamental aquí comprometido es el enunciado en el primer inciso del art. 27.1 CE, conforme al cual “todos tienen el derecho a la educación”. Es ese concreto derecho, en su dimensión prestacional (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3), el que resultó afectado por la suspensión temporal, en palabras del mismo artículo 9.1, de toda la “actividad educativa presencial”. La demanda sostiene que el derecho a la educación solo se satisface, conforme a la Constitución, con la asistencia de los alumnos a los centros de enseñanza, y que la sustitución de la presencia efectiva por una docencia y aprendizaje a distancia u on line no colma, por sus carencias fácticas, las exigencias constitucionales en este extremo.

Los recurrentes parten así de un planteamiento abstracto o genérico, basado en la supuesta exigencia constitucional de que la educación se imparta y preste siempre con la presencia física del alumnado en los centros docentes. Sin embargo, este no es el enfoque jurídico-constitucional con el que ha de ser enjuiciado el artículo 9, dictado en el marco de un concreto estado constitucional de alarma indiscutidamente justificado por la necesidad de hacer frente, con medidas excepcionales, a la propagación del virus causante de la epidemia. Por lo tanto, lo que se ha de determinar es, nuevamente, si el precepto impugnado contó con fundamento en la LOAES; y si, de ser así, significó una suspensión del derecho o una restricción proporcionada a la magnitud de la crisis sanitaria, argumentación que la demanda sin embargo omite. En otras palabras, lo relevante no es si esta específica medida se atuvo a lo dispuesto con carácter general para situaciones de normalidad, en el régimen jurídico que ordena el ejercicio del derecho a la educación, pues ya se ha precisado que el decreto de declaración de un estado de alarma puede contener decisiones que excepcionen, suspendan o modifiquen la aplicabilidad de normas legales (STC 83/2016, FJ 9); lo que debe ser apreciado es, pues, si la medida controvertida respetó aquellas condiciones de legalidad y de proporcionalidad.

No cabe dudar que se produjo una afectación a la aplicabilidad ordinaria de normas legales, así como al contenido mismo del derecho a la educación. Se excepcionó la aplicación del régimen general diseñado por la Ley Orgánica 2/2006, que parte inequívocamente del presupuesto de que la enseñanza debe, en principio, impartirse con la presencia del alumnado en el centro docente; solo así se entiende que en el número 9 de su artículo 3 se prevea que “para garantizar el derecho a la educación de quienes no puedan asistir de modo regular a los centros docentes, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia” En el sistema de la Ley Orgánica 2/2006 la regla general es la enseñanza presencial, sin perjuicio de que la Ley contemple el empleo de “entornos virtuales de aprendizaje”, que “deberán contribuir a la extensión del concepto de aula en el tiempo y en el espacio” y “permitir a los alumnos y alumnas el acceso, desde cualquier sitio y en cualquier momento”, a aquellos entornos cuando estén “disponibles en los centros docentes en los que estudien”, teniendo en cuenta, entre otros principios, el de “accesibilidad universal” (art. 111 bis).

No obstante, esta excepción temporal de la modalidad generalmente prevista en la Ley Orgánica 2/2006 no conlleva, por sí sola, una incidencia en la ordenación constitucional de la enseñanza, pues el artículo 27 CE “no consagra directamente el deber de escolarización”,

entendido como asistencia personal del alumno al centro docente, ni excluye, por tanto, “otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica” (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9).

Ha de reconocerse, asimismo, que el artículo 9 del Real Decreto 463/2020 vino a restringir el derecho fundamental a la educación, derecho que por imperativo constitucional corresponde a “todos” (art. 27.1). Suspendida con carácter general la actividad educativa presencial, la plena y efectiva pervivencia del derecho solo quedaría completamente asegurada con alternativas de enseñanza al alcance de todos los alumnos afectados por la medida; pero el Real Decreto se limita a señalar que “siempre que sea posible” la actividad educativa se mantendrá “a través de las modalidades a distancia y on line”, sin incorporar recursos e instrumentos que garantizaran con eficacia y sin carencias fácticas el ejercicio por “todos” del derecho a la educación.

Ninguna de estas dos constataciones dice aún nada concluyente sobre la validez del precepto en controversia. El decreto de declaración de un estado de alarma, según se viene recordando, puede llegar a excepcionar la aplicación de normas legales e incidir, también, en la esfera de determinados derechos fundamentales. Lo que se ha de ver, en consecuencia, es si el artículo 9 del Real Decreto respetó los límites constitucionales a los que quedan sujetas las medidas de posible adopción en este estado de crisis.

Procede recordar, a estos efectos, que el primero de tales límites viene dado por el necesario sustento de las medidas adoptadas en la ley a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES). Pues bien, el estado de alarma se declaró “al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d)” de dicha ley orgánica (art. 1 del real decreto), y ese apartado b) se refiere, de manera específica, a las “crisis sanitarias, tales como epidemias”, que pueden deparar una de las “circunstancias extraordinarias” ante las que el Gobierno puede instaurar este estado de crisis (arts. 1 y 4, párrafo primero, LOAES). Todo esto ha quedado ya despejado en lo que antecede; pero debe añadirse aquí que el art. 12.1 LOAES dispone que, en ese supuesto, “la autoridad competente podrá adoptar por sí [...], además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas [...]”. Estas indeterminadas medidas pueden adoptarse siempre mediante decretos de los que se habrá de dar cuenta al Congreso de los Diputados (art. 8.2 LOAES y disposición final segunda del Real Decreto 463/2020). Pero es evidente que

también cabe incorporarlas desde un principio, como aquí en efecto se hizo, al texto del propio decreto por el que el Consejo de Ministros (art. 6.1 LOAES) declare la alarma.

Esta remisión de la LOAES a las “normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas” posiblemente toma como referencia la Ley de bases de sanidad nacional, de 25 de noviembre de 1944, que utilizaba ese mismo enunciado como rúbrica de su base cuarta (“lucha contra las enfermedades infecciosas”). En cualquier caso, resulta claro que esta remisión abierta que hace el artículo 12.1 LOAES ha de entenderse hoy dirigida a la vigente ordenación sanitaria y de salud pública. En concreto, los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y 54, apartados 1 y 2, de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, disponen, respectivamente, un conjunto de medidas especiales y cautelares de control, vigilancia e intervención dirigidas a la preservación de la salud pública que pueden ser aplicadas por las autoridades sanitarias. En este sentido, el primero de los preceptos indicados configura un presupuesto de hecho tan abierto que, para la adopción de este tipo de medidas, basta con que, “en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, las autoridades sanitarias pueden adoptar “las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la [...] suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En estos casos y mediante resolución motivada, podrán adoptarse tales medidas, en tanto persista el riesgo “inminente y extraordinario que las justificó” (art. 26.2).

Igualmente, el segundo de los preceptos indicados contempla un catálogo de “medidas especiales y cautelares” que han sido incorporadas por el legislador como complemento de las anteriores, dado que dispone que, “sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la autoridad [sanitaria] competente podrá adoptar, mediante resolución motivada”, las medidas que, a continuación, se relacionan, entre las que se encuentran las del “cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias”, o “la suspensión del ejercicio de actividades, entre otras”.

Ciertamente, este segundo precepto tiene como objetivo prioritario dotar a las autoridades sanitarias de los instrumentos cautelares necesarios para hacer cesar preventivamente determinadas actuaciones que causen o puedan causar un riesgo para la salud pública, procedentes de conductas individuales o colectivas que, indiciariamente, puedan

constituir infracciones administrativas o penales contra aquel bien jurídico de interés general. A esta idea responde, precisamente, el apartado 3 del último precepto citado que contempla, entre otros trámites y de modo general, el de la previa audiencia de los interesados a la adopción de aquellas medidas. Sin embargo, una interpretación integradora de los dos preceptos citados y la conexión que el propio legislador ha establecido entre los mismos (art. 54.2 de la Ley 33/2011) permite habilitar un marco legislativo de desarrollo del art. 12.1 LOAES, que tiene por fin el de hacer efectivos los derechos constitucionales a la vida y a la salud pública reconocidos en los arts. 15 y 43 CE.

En consecuencia, esta genérica remisión del artículo 12.1 LOAES para situaciones de “crisis sanitarias, tales como epidemias”, habilita al decreto declarativo del estado de alarma por dichas circunstancias para incorporar medidas de “cierre” de instalaciones y “suspensión” de actividades como las genéricamente previstas en los referidos preceptos de las Leyes 14/1986 y 33/2011, otorgando así respaldo legal al art. 9.1 del Real Decreto respecto a la suspensión de la actividad educativa presencial.

Esta conclusión en modo alguno se ve alterada por el hipotético reparo de que tales medidas de suspensión legalmente contempladas habrían de entenderse siempre referidas a sujetos individualizados o individualizables, sin alcanzar la condición de medidas de alcance general y con destinatarios indeterminados, como la que aquí se controvierte. Dicha extensión encuentra adecuada justificación en el muy especial contexto de un estado de alarma, que permite la proyección de las medidas consideradas en un “ámbito territorial” que puede extenderse a “todo o parte del territorio nacional” (arts. 116.2 CE; 4.2 y 6.2 LOAES) en el que inciden las “circunstancias extraordinarias” que justifican la declaración de este estado de crisis y, con ello, el posible cambio parcial del estatus de la ciudadanía al que en cada caso se extiende ese estado.

Por último, la decisión de suspender la “actividad educativa presencial” tampoco puede tacharse de desproporcionada. Ante todo, tal limitación extraordinaria del derecho fundamental a la educación llevada a cabo por artículo 9.1 se orientó a la preservación, defensa y restauración de la salud y, en última instancia, de la vida, “derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico” sin el cual los demás “no tendrían existencia posible” (arts. 43 y 15 CE; STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3); bienes

constitucionales en riesgo extremo para el conjunto de la ciudadanía y lesionado para un gran número de ciudadanos por la rápida y creciente expansión de la epidemia.

En segundo lugar, la constricción del derecho constitucional no puede calificarse como inadecuada a tal propósito, dado que las medidas de distanciamiento físico entre personas se presentaban como imperiosas para limitar el contagio y evitar la propagación comunitaria del virus. A la consecución de este objetivo se orientó, en términos razonables, la suspensión de la asistencia personal de los alumnos a los centros docentes, acompañada, se decía, “siempre que resulte posible” por el mantenimiento de las actividades educativas en una modalidad alternativa.

En tercer lugar, y atendidas las circunstancias en que se adoptó, esta decisión tampoco puede ser considerada como desproporcionada, excesiva o no indispensable. No existía certeza sobre la suficiente eficacia que pudieran tener medidas menos incisivas sobre el derecho fundamental, ni cabe olvidar la relativa escasez de recursos efectivos para hacer frente a la expansión inicial de la epidemia. Restricciones análogas fueron también establecidas, por las mismas fechas, en otros ordenamientos europeos [a título de ejemplo, art. 1.1 h) del Decreto del presidente del Consejo de Ministros de Italia, de 8 de marzo de 2020, y art. 9 del Decreto 2020-293, de 23 de marzo, del primer ministro del Gobierno francés].

Cabe concluir, a la vista de lo expuesto, que la constricción extraordinaria del derecho fundamental a la educación (art. 27.1 CE), que prescribió el artículo 9 del Real Decreto 463/2020 contó con fundamento suficiente en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES) y no resultó desproporcionada, por lo que tal decisión no es inconstitucional.

9. Examinaremos a continuación la alegada inconstitucionalidad del artículo 10, que contempla “medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”.

El artículo 10 del Real Decreto 463/2020, antes transcrito, contiene reglas de diverso objeto: (i) suspensión de la apertura al público de determinados tipos de establecimientos y locales (del comercio minorista con determinadas excepciones, así como de museos y otros equipamientos culturales o para fines recreativos) y suspensión genérica de ciertas actividades

(consumo de productos en los propios establecimientos comerciales; hostelería y restauración, sin perjuicio del servicio de entrega a domicilio; así como verbenas, desfiles y fiestas populares); (ii) regulación de la ocupación del espacio en los establecimientos comerciales cuya apertura al público se permite; y (iii) habilitación al ministro de Sanidad para “modificar, ampliar o restringir” unas u otras de las anteriores medidas.

Los recurrentes impugnan el precepto en su totalidad por infracción de los arts. 35.1 y 38 CE. Arguyen que, “a través de la suspensión de todas las actividades profesionales y empresariales que el Real Decreto 463/2020 no considera esenciales se está operando una verdadera suspensión de una dimensión que forma parte del contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio y de la libertad de empresa”, como sería “el derecho no solo a iniciar la actividad, sino a sostenerla y desarrollarla de acuerdo con los propios objetivos y planificación, en atención a los recursos disponibles”. Consideran que estas medidas solo podrían adoptarse en los estados de excepción o de sitio, a cuyo efecto citan el artículo 26 LOAES, y concluyen que “en la situación creada por el COVID-19 muy posiblemente fuese necesaria la suspensión de dichas actividades, pero [...] esta restricción debe hacerse de conformidad a la Constitución [...]”. El abogado del Estado estima, por el contrario, que “las medidas restrictivas de la libertad de empresa” establecidas en este artículo 10 cuentan con fundamento legal en el artículo 12.1 LOAES y que “son idóneas, necesarias y estrictamente proporcionadas para la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la salud de las personas”.

Con carácter previo al examen de fondo, debe precisarse que, si bien los recurrentes alegan la vulneración de los derechos fundamentales enunciados en los artículos 35.1 y 38 CE, solo el segundo de ellos puede ser tomado en consideración. Como la propia demanda señala, el artículo 35.1 garantiza el “contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio”; derecho que no resultó afectado por el impugnado artículo 10, ya que, como hemos tenido ocasión de señalar, “el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio”; y ello por contraste con lo enunciado en el artículo 38 CE, precepto que si bien no reconoce “el derecho a acometer cualquier empresa”, sí garantiza “el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3). Es pues este último derecho fundamental el único que queda afectado por el artículo 10 del Real Decreto, y tan solo en la

segunda de sus vertientes; esto es, la relativa al ejercicio en libertad de una u otra actividad empresarial, por lo que el contraste habrá de hacerse únicamente en estos términos.

Ha de precisarse también que, aunque la demanda solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10 en su conjunto, algunas de las reglas allí previstas no guardan relación alguna con el ejercicio en libertad de la actividad empresarial que garantiza el art 38 CE, por lo que la pretensión de inconstitucionalidad carecería de fundamento en este punto. Así ocurre en lo que se refiere a:

(i) El apartado 2, que disciplina la estancia y ocupación del espacio en los establecimientos comerciales cuya apertura queda permitida. Lo que preserva el artículo 38 es que la libertad empresarial no quede disminuida o coartada sin un fundamento constitucional, y resulta claro que las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos.

(ii) Tampoco afecta a la libertad de empresa la última de las reglas que se contienen en el artículo 10.1, relativa a los establecimientos que pueden abrir al público: “en cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando”. Esta regla no limita o restringe, en general, la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere; sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros.

Advertido lo anterior, procede entrar en el enjuiciamiento de las medidas del art.10 que sí afectan al libre ejercicio de la actividad empresarial; examen que ha de iniciarse con el análisis de las reglas que suspenden la apertura al público tanto de locales y establecimientos comerciales, como de determinados equipamientos culturales o destinados a actividades recreativas; así como las que suspenden las actividades de hostelería y restauración (números 1, 3 y 4).

El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara “el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (STC 8/1984, FJ 3, reiterada entre otras en SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8; 135/2012, de 19 de junio, FJ 5, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3). No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar “excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad” ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES, y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito.

La primera de estas condiciones concurre en las decisiones adoptadas en los apartados ahora discutidos del art. 10, pues con estas medidas se procuró, limitando la concentración de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 CE). Tales decisiones se adoptaron con fundamento en el artículo 12.1 LOAES y, por su remisión, en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, y 54. 2 (letras c) y d)) de la Ley 33/2011, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente, como quedó dicho en el fundamento anterior, la posible “suspensión del ejercicio de actividades”, así como “cierres de empresas” o el “cierre preventivo de [...] instalaciones, establecimientos, servicios e industrias” cuando las circunstancias en ellos descritas (“riesgo inminente y extraordinario para la salud”, en la primera de estas disposiciones, y “motivos de extraordinaria gravedad o urgencia”, en la segunda) lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (y que los propios recurrentes consideran posiblemente necesarias), por lo que sería suficiente con remitirnos a lo ya expuesto.

Ahora bien: en lo que específicamente afecta a la libertad de empresa (y a otros derechos incluidos en la sección segunda del capítulo II del título primero de nuestra Constitución, como la propiedad privada o la limitación de las prestaciones personales), la LOAES admite además, en los apartados b) a e) del reiteradamente citado artículo 11, unas posibilidades de actuación e intervención especialmente intensas, que alcanzan hasta la práctica de “requisas temporales de todo tipo de bienes”, la imposición de “prestaciones personales obligatorias”, la intervención y ocupación transitorias de “industrias, fábricas,

talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza”, la limitación o racionamiento del “uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad”, o la impartición de “las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento” de ciertos servicios. Aspectos todos ellos que inciden, y restringen poderosamente, el derecho a la libertad en el ejercicio de la actividad empresarial.

Adicionalmente, cabe subrayar que el alcance, indiscutidamente restrictivo, del precepto aquí debatido tampoco puede equipararse a la suspensión anteriormente apreciada en lo relativo a la libertad de circulación. En efecto, basta nuevamente la mera lectura de la norma para observar que la “suspensión de actividades” que la misma ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos “minoristas”, que no se encuentren incluidos entre las numerosas excepciones previstas (“alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio”); o las “actividades de hostelería y restauración” (que pueden mantenerse, con las obvias limitaciones que ello implica y que también eran apreciables en el ámbito educativo, en tanto sean susceptibles de prestación por vías alternativas, como los “servicios de entrega a domicilio”). Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general.

Finalmente, cabe destacar que ni siquiera la demanda tacha estas reglas de desproporcionadas, con arreglo al tiempo y a las circunstancias de su adopción; ni desglosa la distinta incidencia de estas reglas sobre los diversos sectores de actividad. Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número 4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3) aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas (por todas, Reglamento BGBI. II núm. 96/2020, de 16 de abril, del ministro federal de Asuntos Sociales, Asistencia y Protección de los Consumidores del Gobierno

austriaco en relación con las medidas provisionales para evitar la propagación del COVID-19).

La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger.

Por otra parte, el apartado 6 del art.10, introducido por el artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, “habilita al ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine”. En esos apartados se contemplan las limitaciones que afectan a la libertad de empresa, las cuales, una vez fijadas en el Real Decreto, no pueden ser ampliadas ni modificadas sino por el propio Consejo de Ministros, mediante un nuevo decreto del que se diera cuenta inmediata al Congreso de los Diputados (art. 116.2 CE).

Los efectos de la declaración de un estado de alarma han de contenerse en el decreto que lo instaure; acto normativo que “establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara” (STC 83/2016, FJ 10). Entre tales efectos han de figurar las medidas que el Gobierno estime indispensables para hacer frente a las circunstancias extraordinarias que llevaron a esta declaración; medidas que, en lo que hace a la posible limitación excepcional de derechos fundamentales, se contemplan en los artículos 11 y 12 LOAES. A partir de ahí, la Ley Orgánica no excluye que las medidas originariamente incluidas en el decreto que declare la alarma puedan ser modificadas por el propio Gobierno, tanto en el lapso de inicial vigencia de este estado de crisis como durante su eventual prórroga; siempre en el respeto, en esta última hipótesis, a lo autorizado por el Congreso de los Diputados. En suma, la Ley Orgánica no impone que las medidas acordadas por el Gobierno queden siempre directa y exhaustivamente disciplinadas por el decreto que instaure el estado de alarma, sin remisión a disposiciones o

actos ulteriores; ni descarta, tampoco, su posible modificación. Prevé, antes bien, que “el Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este” (art. 8.2).

Señalado lo anterior, es preciso recordar que el Gobierno debe inexcusablemente dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados del decreto por el que declare el estado de alarma (art. 116.2 CE y arts. 8.1 LOAES y 162.1 del Reglamento de esa Cámara). Esta comunicación no merma su competencia para mantener, hasta por quince días, este estado de crisis, si bien propicia un control parlamentario (de naturaleza política STC 83/2016, FJ 10), que quedaría privado de sentido si el propio Consejo de Ministros pudiera modificar o ampliar, sin nueva comunicación al Congreso, el contenido del decreto dictado o apoderar a otras autoridades, desde un principio o más tarde, para efectuar tal cambio o ampliación. En ambas hipótesis se malograría tanto la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance efectivo de la alarma constitucional, como el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6), el cual no puede soslayarse.

A este inconstitucional resultado se llegó, sin embargo, con la introducción del apartado 6 de este artículo 10, por el citado Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo. El apoderamiento al titular de un departamento ministerial para alterar (no solo en sentido restrictivo: “modificar, ampliar o restringir”) lo dispuesto por el Consejo de Ministros en el real decreto, le permitió intensificar o extender las limitaciones ya establecidas a la libertad de empresa de las que se informó al Congreso; o, en otras palabras, reducir los márgenes previamente fijados en los que esa libertad se mantenía, facultades todas ellas solo al alcance del Gobierno mismo, que “responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados” (art. 108 CE). Dicha habilitación permitió, en definitiva, que la libertad de empresa fuera limitada más allá de lo previsto en los apartados 1, 3 y 4 del Real Decreto sin la correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados; garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir.

En consecuencia, los términos “modificar” y “ampliar” del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 son contrarios al artículo 38, en relación con el art. 116.2, ambos de la Constitución.

10. Resta por examinar la aducida inconstitucionalidad del art. 11 “Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas”.

Respecto a este precepto, anteriormente transcrito, estiman los recurrentes, con invocación de los arts. 10.1, 16, 55.1 y 116 CE, que “al no hallarse el desplazamiento para asistir a lugares de culto o a ceremonias religiosas entre los supuestos relacionados en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 como habilitantes para circular por las vías o espacios de uso público, resulta innegable que se prohíbe de facto la asistencia de los ciudadanos a los actos religiosos”. Consideran, en consecuencia, que “la redacción del art. 7 del Real Decreto 463/2020 permite amparar tanto la sanción de quienes se desplacen o asistan a lugares o ceremonias de culto, aunque ni aquellos estén cerrados, ni estas prohibidas, como la interrupción policial de la celebración de ceremonias religiosas pese a que las mismas se lleven a cabo con las medidas protectoras reglamentariamente establecidas”. Se añade que “la inconstitucionalidad que se denuncia se hace aún más evidente” atendida la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. El abogado del Estado aduce, de contrario, que la limitación del derecho fundamental a la libertad religiosa sería “mínima”, pues tan solo se impone la adopción de medidas de contención de la propagación del virus; condicionamiento compatible, por proporcionado, con la Constitución. Invoca asimismo el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, con arreglo al cual el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como límite “la salvaguardia [...] de la salud”.

Hay que advertir, en primer término, que no procede, como se ha señalado con anterioridad, efectuar referencia alguna a la Orden SND/298/2020, que no puede ser enjuiciada por el cauce del recurso de inconstitucionalidad. Y, en segundo lugar, que el reproche que se dirige a este art. 11 se sustenta, esencialmente, en que el art. 7.1 debería haber contemplado, como un supuesto más de desplazamientos permitidos, los orientados a acudir a lugares de culto o a ceremonias religiosas; y es pues a este al único que procede dar respuesta.

Las manifestaciones de la libertad religiosa y de culto tienen su límite (art. 16.1 CE) en el “mantenimiento del orden público protegido por la ley”, en el que se integra, junto a la protección de otros bienes, la salvaguardia de la salud pública (art. 3.1 de la Ley Orgánica

7/1980 y STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11); en coherencia, por lo demás, con lo dispuesto en el artículo 9.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950. Respetados estos límites, las libertades religiosa y de culto resultan inmunes a toda coacción (art. 2.1 de la misma Ley Orgánica y STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 6); y ninguna coacción conllevó el que se condicionara la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas “a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones” y en posibilitar determinada distancia entre asistentes. Las normas generales, sean ordinarias o excepcionales, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en recintos o lugares de pública concurrencia no inciden propiamente en las libertades que en tales espacios se ejerciten. A ello cabe añadir, que las previsiones contempladas en este art.11 contaron con fundamento legal y resultaron proporcionadas a los efectos de limitar la propagación de la epidemia (art. 12.1 LOAES y, en relación con este precepto, el ya citado artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, con arreglo al cual corresponde a la autoridad sanitaria, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, realizar acciones preventivas generales).

En consecuencia, el art. 11 no constriñe las libertades religiosa y de culto, ni cabe reprochar al Real Decreto 463/2020 que no haya preservado expresamente el libre desplazamiento con la finalidad de ejercer aquellas libertades. El silencio al respecto del art. 7.1 no contradice la evidencia de que el propio Real Decreto contempla de manera explícita la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas (art. 11), con la consiguiente facultad de encaminarse a unos u otras. Y ante el argumento de los recurrentes de que la imprevisión en este punto del artículo 7.1 podría dar lugar a la sanción de quienes se desplazasen a los efectos que dice el artículo 11, no hay sino recordar, como se ha dicho ya, que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad” (SSTC 58/1982, FJ 2, y 83/2020, FJ 8).

Por todo lo expuesto, el artículo 11 del Real Decreto 463/2020 no es contrario al artículo 16.1 CE, ni en sí mismo considerado ni en relación con el artículo 7.1 del propio Real Decreto.

11. Examinadas pues sucesivamente las diversas alegaciones de inconstitucionalidad formuladas en la demanda, resta determinar el alcance preciso de la controversia y, con ello, los efectos de esta sentencia.

A tal efecto, no cabe ignorar que, como señaláramos en su día (ATC 40/2020, FFJJ 2 y 4), esta es “la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacer [...] frente” a esta “pandemia de dimensiones desconocidas [...] y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”. Esta circunstancia “ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos”, planteando “una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”, que hace “importante el pronunciamiento de este tribunal [...] llevando a cabo un análisis de los contenidos del real decreto de declaración del estado de alarma y de su alcance desde la perspectiva constitucional, especialmente en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que puede establecer pautas importantes en la interpretación y aplicación de las distintas previsiones de aquella norma, en tanto que intérprete supremo de la normal fundamental, que resulten provechosas para el conjunto de la sociedad. Lo que también se puede traducir en la enunciación de criterios de actuación” para el futuro.

Similar planteamiento parece resultar, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, del escrito de demanda: los recurrentes no discuten “la concurrencia [...] del presupuesto que permite la declaración del estado de alarma”; y “son conscientes de la grave situación creada por la pandemia [...] y de la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a preservar la salud y seguridad de los ciudadanos”. Es más: admiten explícitamente que alguna de las medidas que impugnan “muy posiblemente fuese necesaria”. Su argumentación se centra, pues, no en las medidas en sí y en su eventual necesidad en una situación que —se reconoce— “habilita para la declaración del estado de alarma”, sino en su consideración de que algunas de ellas, aunque posiblemente necesarias, supondrían una suspensión de derechos constitucionales y, por tanto, excederían el marco permitido por la configuración constitucional del estado de alarma. En definitiva, su iniciativa se justifica por “el convencimiento de que, a la excepcionalidad de la situación, solo puede hacerse frente dentro de los mecanismos constitucionales y no al margen de los mismos”; acto seguido plantea, genéricamente, la relación entre “estado de alarma” y “suspensión de derechos”; y a

partir de ahí, como se ha razonado previamente, los específicos límites a la restricción de derechos permitidos por dicho estado de alarma.

Desde ese punto de vista, y como ya se ha dicho anteriormente, la Constitución no perfila en particular la distinción sustancial entre estado de alarma y estado de excepción más allá de permitir, en su artículo 55.1, la suspensión de ciertos derechos en este último, excluyéndolos a sensu contrario en toda otra circunstancia (incluyendo, por tanto, durante un estado de alarma) y remitiéndose en lo demás a la ley orgánica de desarrollo (LOAES). Por tanto, una vez apreciada la existencia de tal suspensión y la ausencia de cobertura legal suficiente, la conclusión no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad señalada en nuestro fundamento jurídico 5 respecto de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 de la disposición impugnada.

Ello no obstante, tanto la demanda como la mayor parte de la doctrina (y, en el seno de este proceso, la abogacía del Estado) han subrayado que, según resulta de los debates constituyentes, tal diferencia no responde solo a un criterio gradual, de distinta intensidad; sino que se fundamenta en la distinta naturaleza de los presupuestos de hecho que provocan la declaración del estado constitucionalmente adecuado. Frente a quienes proponían, como ya se ha dicho, eliminar esta figura de la Constitución porque podría servir “para limitar derechos sin decirlo” (“Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas”; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, p. 3074), se impuso la tesis de que “el estado de alarma [...] no es una figura política, es la forma de capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas. La afirmación de que el estado de alarma no es un hecho político no procede de una interpretación personalista o de partido, sino de la contemplación del conjunto de la Constitución” (“Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, p. 4238). Esta interpretación “originalista” parece reforzada, en lo que ahora nos ocupa, por la literalidad del artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981 (y por los debates parlamentarios sobre la misma), cuando autoriza al Gobierno para “declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional”, si se producen, entre otras “alteraciones graves de la normalidad” posibles, “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”.

Tal interpretación responde a la desconfianza ante la posibilidad de que el poder pudiera recurrir al estado de alarma para restringir indebidamente los derechos que la Constitución reconocía. Una desconfianza enteramente lógica en el contexto histórico de la transición española a la democracia, que llevó a subrayar explícitamente (en los debates y en la letra de la ley) la naturaleza no política de este estado, vinculándolo a supuestos de hecho carentes de dimensión política propia (catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud, epidemias...). Sin embargo, esa interpretación parece asumir también, al mismo tiempo y “a contrario”, algo que los debates no revelan: el rechazo tajante a que ciertas situaciones excepcionales provoquen una respuesta excepcional, que exceda las (voluntaria y expresamente limitadas) posibilidades que otorga el estado de alarma, hasta alcanzar a la suspensión de derechos. Por eso, el debate se centra en la limitación de los efectos de la alarma, mucho más que en el alcance —potencialmente suspensivo— de los otros estados, excepción o sitio, cuya aceptación apenas se discute.

En cualquier caso, esa interpretación (que la Constitución no incorporó expresamente, aun pudiendo hacerlo) excluiría radicalmente la posibilidad de que una epidemia, por grave que resulte, habilite al Gobierno para declarar otro estado que no sea el de alarma. Le impediría, por tanto, adoptar medidas que comporten la suspensión de otros derechos, como los aquí discutidos, más allá de los supuestos expresamente previstos en la normativa sanitaria “ordinaria” relativa a la lucha contra las enfermedades infecciosas, ex art. 12.1 LOAES. Dicha suspensión sí sería posible en caso de declararse un estado de excepción, pero conforme a esta interpretación sería necesaria una reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción. Solo así, pues, podría una epidemia —por grave que pueda ser— justificar la suspensión (en los términos anteriormente utilizados en el fundamento jurídico 5) de la libertad deambulatoria con carácter general.

Obviamente, solo el legislador democrático puede adoptar tales reformas normativas que, por otra parte, han recomendado recientemente órganos como el Consejo de Estado (dictamen 213/2021, de 22 de marzo), y el Tribunal Supremo [sentencia 719/2021, de 24 de mayo, fundamento cuarto, letra D)]; y es claro que “no corresponde a este tribunal interferirse en el margen de apreciación” que solo aquel tiene atribuido [SSTC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11, y 8/2015, de 22 de enero, FJ 2 g)]. Pero, conforme a la condición de “intérprete supremo de la Constitución” que le atribuye el artículo 1 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de

octubre, sí le compete “dota[r] a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias [...] a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). No es pues preciso forzar el razonamiento constitucional para afirmar, como allí mismo se hacía, la necesidad “de una interpretación evolutiva [de la Norma Fundamental que] se acomoda a las realidades de la vida [...] como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, por lo que no basta una “interpretación [...] originalista de los textos jurídicos”, sino que es igualmente precisa “la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico”.

En tal sentido, parece también posible una interpretación integradora que permita justificar la adopción de medidas tan intensas como las que amparan los reales decretos impugnados en tanto lo que se cuestiona no es, ha de reiterarse, las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado. En efecto, como también se ha recordado, ya nuestro ATC 40/2020, FFJJ 2 y 4, subrayaba que los distintos estados previstos en el artículo 116 comportan —al margen de las específicas circunstancias que los justifiquen— un distinto grado de intensidad en cuanto a las medidas adoptadas; y basta una lectura de la ley para comprobar que tales estados no constituyen “compartimentos estancos e impermeables”, en tanto la propia norma prevé la concurrencia de circunstancias habilitantes para declarar distintos estados, que justifican la ampliación de las medidas disponibles (artículo 28: “cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley”).

Es más: esta interpretación integradora, capaz de superar una distinción radical entre tales circunstancias habilitantes (“naturales o tecnológicas”, para la alarma; políticas o sociales, para la excepción) se manifestó ya implícitamente con ocasión del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. En efecto, dicha declaración se justificó por “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”, que “impiden el ejercicio del derecho

fundamental” a la libre circulación por todo el territorio nacional, “y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo”. Dichas circunstancias constituían, según afirmaba el real decreto, “una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados”, lo que permitió la declaración del estado de alarma.

En aquel caso, las medidas —frente a un conflicto claramente laboral y social— fueron “relativamente” modestas, aunque incisivas: “se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a [...] AENA”, y los controladores “pasaron a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar, sometidos, en consecuencia, a las autoridades [...] y a las leyes penales y disciplinarias militares” (STC 83/2016, de 28 de abril, antecedente 2). Como es bien sabido, esas medidas solo fueron impugnadas indirectamente a través del recurso de amparo resuelto por dicha sentencia, que no hubo de pronunciarse sobre este aspecto concreto.

Y esa interpretación integradora se plantea también, a nuestro juicio, en el supuesto ahora debatido. En efecto, y aunque algunos sectores doctrinales pusieron de manifiesto desde el primer momento que la gravedad de la crisis hubiera podido justificar la declaración del estado de excepción, lo cierto es que la epidemia —o pandemia, por mejor decir— que inicialmente justificó siguiendo la interpretación (“originaria”, estricta y mayoritaria) de la ley, la declaración del estado de alarma, alcanzó rápidamente, como señalábamos en el auto anteriormente citado, FJ 4 b) ii), dimensiones “desconocidas y, desde luego, imprevisibles”. Así resulta claramente de los debates constituyentes y de los trabajos legislativos que configuraron el régimen vigente en esta materia, en los cuales no parece contemplarse una situación tan excepcional por su generalidad y su gravedad como la que actualmente ha de afrontarse. Estas dimensiones, desconocidas e imprevisibles, llevaron a la autoridad competente a una respuesta imprevista, declarando el estado de alarma (único disponible, según la interpretación “originalista” y mayoritaria en la doctrina), si bien incluyendo medidas que en el curso de este proceso se discuten esencialmente por su cuestionable adecuación a dicho estado. Medidas que —no es ocioso recordarlo— son en gran parte similares a las adoptadas por otros países cercanos al nuestro, por más que las diferencias estructurales existentes entre los diversos ordenamientos hayan generado, lógicamente, controversias formuladas en distintos términos.

Ahora bien: es cierto que el legislador de 1981 incluyó, a título de ejemplo, en el art. 4 LOAES una serie de circunstancias fácticas como causas que legitimaban la declaración del estado de alarma (catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos, desabastecimientos), y que todas ellas tienen en común —en línea con los argumentos expuestos en los debates constituyentes— la ausencia de motivación política. Pero no lo es menos que, al prever en el art. 13.1 las circunstancias justificativas de la declaración del estado de excepción, el mismo legislador omite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los efectos perturbadores provocados en la sociedad para invocar dicho estado como respuesta ante situaciones en que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”.

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

del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad.

En definitiva, tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el fundamento jurídico 5) de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la “previa autorización del Congreso de los Diputados” prevista en el art. 116.3.

Una opción diferente llevaría a desfigurar la apuntada distinción constitucional. En efecto, si, en cuanto a sus causas, la alarma sirve tanto para resolver conflictos “político-sociales” (como el de los controladores, militarizando su organización y su estatuto jurídico); como para afrontar circunstancias naturales, como una epidemia, “de dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles”; y si, en cuanto a sus efectos, permite confinar a los ciudadanos y restringir la actividad de los comercios, escuelas e industrias, vaciando de contenido algunos derechos para gran parte —la mayoría— de la población, porque no existe una suspensión formal, sino una mera limitación, por intensa que sea, se estaría violentando la distinción constitucional y convirtiendo la alarma en un sucedáneo de la excepción, pero no sometida a la “previa autorización” parlamentaria. Se estaría, en otros términos, utilizando la alarma, como tenían algunos constituyentes, “para limitar derechos sin decirlo”, esto es, sin previa discusión y autorización de la representación popular, y con menos condicionantes de duración.

Apreciadas todas estas circunstancias, este tribunal debe limitarse a constatar que las constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el artículo 7 (apartados 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud en su documento “Actualización de la estrategia frente a la COVID-19” (14 de abril de 2020), exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES).

En ese contexto, parece necesario finalmente precisar el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad, modulando los efectos de la declaración de nulidad:

a) Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia se declara, no solo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [así establecido en los arts. 161.1 a) CE y 40.1 LOTC] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes (según criterio que venimos aplicando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, por razones de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE), sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

Y ello porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales. A lo cual se añade que habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE).

b) Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, “en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. Esta excepción viene impuesta por el art. 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin

perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

FALLO

Ha decidido

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

1º Inadmitir la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

2º Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y, en consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos, con el alcance indicado en el fundamento jurídico 2, letra d), y con los efectos señalados en los apartados a), b) y c) del fundamento jurídico 11:

a) Los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7.

b) Los términos “modificar, ampliar o” del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

3º Desestimar, en todo lo demás, el recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno.

Votos

Voto particular que formula el presidente, don Juan José González Rivas, respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del tribunal, me veo en la obligación de manifestar, a través de este voto particular, mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y del fallo de esta sentencia.

1. Este recurso de inconstitucionalidad coloca al Tribunal Constitucional ante la necesidad de interpretar por primera vez varios aspectos sustantivos del régimen que la Constitución prevé para los estados de emergencia. La STC 83/2016 examinó un decreto de alarma, mas lo hizo desde la óptica formal de si era susceptible de un recurso de amparo, limitándose a resolver que dicha norma tenía rango de ley y, en consecuencia, a inadmitir la demanda por no tratarse de una de las actuaciones susceptibles de recurso de amparo.

Esta cuestión de precisar cuál es el régimen de los estados de emergencia previsto en la Constitución de 1978, por ser novedosa en nuestra doctrina constitucional, y sobre todo porque alude al núcleo de la defensa e interpretación auténtica de la Constitución que el tribunal tiene atribuida, requiere de una nítida labor hermenéutica por parte de este tribunal, que establezca con la más amplia certeza y seguridad jurídica cuál es el contenido y alcance de las facultades extraordinarias atribuidas a los poderes públicos dentro de estos estados de emergencia, y en particular dentro del estado de alarma.

La extensa y profunda deliberación a que ha sido sometido este recurso de inconstitucionalidad ha hecho avanzar al tribunal en ese objetivo en varios de los aspectos que planteaba el recurso de inconstitucionalidad. Pero no en todos ellos, como lo acredita la mínima mayoría con la que finalmente ha sido aprobada la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo.

2. Mi discrepancia con el fallo y argumentación de la mayoría es solo parcial y versa sobre la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7. Considero que el fallo de esta resolución es consecuencia directa de entender que la suspensión a que alude el artículo 55.1 CE es un concepto sustantivo y en mi opinión, la suspensión de vigencia de los derechos fundamentales solo existe cuando así se acuerda formalmente por el poder público que tiene atribuida esa facultad. Suspender los derechos fundamentales supone sustituir su vigencia por el régimen jurídico que, a juicio del poder público habilitado para ello, conviene a la situación de emergencia. Es claro que, en este caso, no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio.

Lo que este recurso de inconstitucionalidad realmente sostiene es que el artículo 7 supone una limitación de la libertad deambulatoria tan intensa que queda incluso fuera de las facultades extraordinarias propias del estado de alarma, de modo que dicha limitación sería inconstitucional dentro del mismo. En el criterio de la demanda, una restricción tan importante como esta, de ser necesaria para afrontar la emergencia sanitaria producida, habría exigido según los recurrentes que, por el poder público que está habilitado para ello y en la forma constitucionalmente prevista, se hubiera acordado la suspensión formal del derecho reconocido en el artículo 19 CE.

Por tanto, lo que este recurso de inconstitucionalidad en verdad requería de este tribunal es que procediese a determinar en qué casos una limitación de la libertad deambulatoria es tan pronunciada que queda incluso fuera de las facultades extraordinarias propias del estado de alarma. Resulta evidente que, manteniendo su vigencia el artículo 19 CE, dado que no ha sido formalmente suspendido, las restricciones extraordinarias que pueda imponer el poder público en el estado de alarma no carecen de límites y encuentran una frontera que la Constitución no permite que sea superada. La función de este tribunal no es otra que definir las categorías jurídicas conforme a las cuales procede delimitar estos ámbitos y, una vez hecho esto, utilizarlas como parámetro de enjuiciamiento para decidir si la libertad deambulatoria recogida en el artículo 7 superaba o no las facultades extraordinarias que el Gobierno tiene constitucionalmente asignadas en el estado de alarma.

3. En la sentencia de la mayoría se establece, y no tengo inconveniente en sumarme a ese planteamiento, que el estado de alarma habilita al Gobierno para acordar restricciones de

derechos fundamentales superiores en intensidad a las que resultan admisibles en una situación ordinaria. Dicho con otras palabras, en el estado de alarma el contenido esencial del derecho fundamental debe continuar operando como frontera insuperable a diferencia del régimen común de injerencia en los derechos fundamentales. Ahora bien, el artículo 19 CE no está formalmente suspendido y por ello no ha perdido enteramente su vigencia, con lo que el poder público del estado de alarma no puede restringirlo de un modo ilimitado. Establecer en qué medida, y conforme a qué parámetros constitucionales, la vigencia del artículo 19 CE condiciona las limitaciones a la libertad deambulatoria que el poder público pueda adoptar en beneficio de otros bienes jurídicos dignos de protección, como la salud pública o el derecho a la vida, es lo que, a mi juicio, el tribunal no alcanza a realizar en esta sentencia.

La sentencia de la mayoría centra las consecuencias de la vigencia del artículo 19 CE en atribuir un valor sustantivo al concepto “suspensión de los derechos fundamentales”. No advierte con ello, a mi modo de ver, que en este contexto de los estados de emergencia la figura de la suspensión tiene un contenido eminentemente formal. Precisamente si el artículo 19 CE mantiene su vigencia, que es la premisa a partir de la que se conforma todo el argumento, es porque no se encuentra suspendido. No puede al mismo tiempo afirmarse que sí está suspendido.

4. Como ha quedado expuesto, la cuestión central que suscita este recurso de inconstitucionalidad es interpretar la Constitución para determinar cómo la vigencia del artículo 19 CE condicionaba las limitaciones a la libertad deambulatoria que el poder público podía adoptar dentro del estado de alarma para hacer frente a la situación de emergencia.

La respuesta, en mi opinión, está en el principio de proporcionalidad como emanación de la vigencia del artículo 19 CE. El tribunal debería de haber analizado si las restricciones a la libertad deambulatoria obedecían a finalidades legítimas y si se orientaban a ellas de una manera necesaria y proporcionada, y tendría que haber procedido a realizar este examen en términos análogos a los que fueron utilizados en el ATC 40/2020.

En consecuencia, discrepo de la declaración de inconstitucionalidad señalada en el fundamento jurídico 5, pues las limitaciones que se contienen en el art. 7 (1, 3 y 5) recurrido están amparadas en la declaración del estado de alarma (arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981) y a las mismas, que no implican suspensión de derechos, le son inaplicables las

previsiones del art. 20 de la Ley Orgánica 4/1981, por no ser constitutivas de un estado de excepción.

Para fundamentar la premisa básica de la que parto me apoyo: a) de una parte, en el análisis de los debates parlamentarios de la Ley Orgánica 4/1981 y b) de otra, en la consideración de que las limitaciones no implican suspensiones de derecho, que no pueden realizarse en el estado de alarma.

a) El análisis de los trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) permite constatar el contenido de la enmienda núm. 123 que, en extracto y literalmente señalaba: “El estado de alarma [...] debe reducirse su aplicación a las circunstancias de tipo sanitario [...]”.

Esta redacción propuesta por la ponencia del Congreso fue aprobada por la Comisión Constitucional, primero, y por el Pleno del Congreso de los Diputados después (“BOCG” Congreso núm. 73-II ter, de 14 de abril de 1981, y núm. 73-III ter, de 30 de abril de 1981). El Senado mantuvo inalterada la fórmula de los arts. 4 y 13 del proyecto redactado por el Congreso, al no ser objeto de enmienda ni de debate parlamentario (“BOCG” Senado serie II núm. 168 b, de 13 de mayo de 1981, y “Diario de Sesiones del Senado” núm. 105 de 14 de mayo de 1981).

La consecuencia que se extrae de estos debates es que en supuestos de “crisis sanitarias, tales como epidemias” [art. 4 letra b) LOAES] el Gobierno ha de declarar el estado de alarma (arts. 1.1 y 4 LOAES) cuando los poderes ordinarios de las autoridades competentes no permitan el mantenimiento de la normalidad, como sucedió con la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el objetivo de proteger la vida (art. 15 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE) como instrumento garantizador, no excluyendo el necesario control judicial que hubiera desaparecido o menguado sustancialmente si se hubiese declarado el estado de excepción.

b) En efecto, la suspensión de los derechos está prevista para los estados de excepción y de sitio y produce la pérdida de eficacia temporal del derecho suspendido.

La limitación del derecho (arts. 11 y 12 LOAES y 7 del Real Decreto 463/2020) disminuye pero no suspende el ejercicio del derecho fundamental, sin hacer desaparecer las garantías constitucionales dimanantes de su contenido esencial, con la posible valoración del cumplimiento de la legitimidad, necesidad y análisis del principio de proporcionalidad en la medida adoptada.

De otro lado, las cláusulas generales del art. 7 recurrido [en especial, las letras g) y h) del párrafo primero] reconociendo la facultad de circular por las vías públicas por “causa de fuerza mayor o situación de necesidad” o para realizar cualquier “otra actividad de análoga naturaleza” y el reconocimiento de que la actividad “habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”, refuerzan el contenido del ejercicio del derecho y no lo excluye de la debida ponderación por las autoridades administrativas y el necesario control jurisdiccional ordinario (arts. 53.2 y 117 y ss. CE).

5. Los planteamientos y premisas básicas de las que parto me permiten extraer las siguientes conclusiones:

1ª) Las medidas restrictivas contenidas en el art. 7 (1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se produjeron en una situación de emergencia sanitaria en la que el art. 116 CE remite a los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, para que el Gobierno del Estado (en un momento inicial y por un periodo de quince días) o al Gobierno junto con el Congreso de los Diputados (más allá del tiempo inicial) asumiera potestades extraordinarias.

2ª) En mi opinión, eran constitucionalmente admisibles aquellas medidas que limitasen la libertad de circulación consagrada en el art. 19 CE, al prever su vigencia temporal, pues no suprimían el ejercicio del derecho y eran proporcionales en la consecución del objetivo público que las justifica, máxime al tener en cuenta que la OMS, desde el primer momento (enero 2020) en una valoración científica y no política, consideró como factores decisivos de la difusión del virus la movilidad y los desplazamientos, así como las reuniones privadas en grupos acumulados.

3ª) Constitucionalmente y desde el primer momento (ATC 40/2020) se preservó la vida e integridad física (art. 15 CE) como derecho fundamental y se reconoció el derecho a la salud, como principio de política social y económica (art. 43 CE).

La libertad de circulación y de libre elección de residencia, con la utilización de conceptos formulados de modo abierto, produjo el efecto de moderar el rigor de la restricción, que no puede ser calificada de cesación del ejercicio de los derechos o de suspensión de su vigencia, encuadrable en el estado de excepción [art. 20 (1, 2, 3 y 4) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio] inaplicable al supuesto aquí examinado, pues solo en el estado de alarma se pueden establecer limitaciones o restricciones (STC 83/2016, FJ 8).

4ª) En estas circunstancias se procuró una garantía de las finalidades perseguidas: arts. 15 y 43 CE, con lo que se reconoció que no había una alternativa menos restrictiva, pues se consideró que dicha limitación incidía en el libre desarrollo de la persona humana y, con ello, en la esencia de su dignidad, pero en la coyuntura descrita representó una contribución muy importante para evitar el contagio masivo de una enfermedad entonces desconocida y mortal, produciendo un efecto dirigido a mantener el presupuesto ontológico de todas las manifestaciones humanas, que es la vida y los derechos fundamentales de ciudadanos afectados. Ello resultaba aplicable a la libertad de circulación, libre elección de residencia y reuniones privadas, por su directa vinculación las dos últimas con la primera, sin que el poder público haya impuesto una residencia determinada, dejando al margen los supuestos de libertad personal y permitiendo la movilidad de las personas para atender sus necesidades básicas.

5ª) En conclusión, en mi opinión debería haberse mantenido la constitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 y su inclusión en el estado de alarma, situación en la que los derechos no quedan suspendidos en su ejercicio durante la aplicación de la normativa establecida por tal declaración, que habilita al Gobierno para la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, en función de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art. 4 LOAES.

6. El segundo punto en que quiero centrar este voto particular gira en torno a la mención, dentro de la modulación de efectos que hace la sentencia de la mayoría, al artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Se

afirma en el fundamento jurídico 11 c) que “al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

El análisis de dicho tenor literal no debe entenderse así por dos motivos: a) porque el citado art. 3.2 regula supuestos indemnizatorios derivados de estados de emergencia que sean constitucionales; es decir, regula supuestos en que, a pesar de la constitucionalidad del estado de alarma, proceda acordar tales indemnizaciones; b) y, en conexión con lo anterior, el art. 3.2 citado no reconoce un derecho autónomo a percibir una indemnización, sino que ese derecho surgirá solamente cuando se den los requisitos propios de cada régimen indemnizatorio (el expropiatorio, el de responsabilidad patrimonial de la administración pública, etc.). En el sentido de estas notas es como considero que debe entenderse la mención que se realiza al artículo 3.2.

7. En estos precedentes razonamientos fundamento mi voto particular y discrepo del parecer de la mayoría de los magistrados.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno. Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación a la sentencia dictada por el Pleno del tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria en el Pleno y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, formulo voto particular respecto de la sentencia relativa al recurso citado en el encabezamiento.

1. El recurso de inconstitucionalidad al que se refiere la sentencia se dirige contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto inicialmente citado y la Orden del Ministerio de Sanidad 298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas

excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Se trata del primero de los recursos de inconstitucionalidad planteados al respecto, referido en este caso —conviene no olvidarlo— a las primeras etapas de la respuesta jurídica a tal situación, sin referirse a hechos o resoluciones posteriormente acontecidos sobre el particular.

2. En la deliberación ocupó un lugar central el debate doctrinal sobre el encaje de los hechos y resoluciones contemplados en el marco del artículo 116 CE, que se refiere en su primer epígrafe a la regulación de “los estados de alarma, excepción y sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”, con especial referencia a los dos primeros.

La mayoría del tribunal se ha inclinado a defender la necesidad de que el Gobierno hubiera declarado el estado de excepción, al detectar la vulneración del contenido esencial de algunos derechos fundamentales, al haberse producido una efectiva suspensión de los mismos, que el estado de excepción posibilita, pero desbordaría lo constitucionalmente admisible tras la declaración de un estado de alarma.

A mi juicio, el establecimiento de una frontera entre ambos estados, así como con el estado de sitio también contemplado en el citado artículo, lleva consigo —como, por lo demás, toda actividad jurídica— una dimensión interpretativa, que implica en este caso la entrada en juego de un inevitable juicio de proporcionalidad.

3. El recurso al estado de excepción me parece deudor de algunos puntos de partida, ninguno de los cuales comparto.

El primero, ya descartado, sería convertir en la actual circunstancia en objeto de nuestro examen una visión de conjunto de todo lo ocurrido, que iría más lejos de lo planteado por el recurso que debemos examinar.

El segundo sería una tendencia a entender que las tres figuras contempladas en el artículo 116 CE describirían una escala progresiva de mayor incidencia sobre los derechos de los ciudadanos. Ello restringiría el alcance del estado de alarma a magnitudes inferiores al de excepción, llegando incluso a escandalizar la comprobación de que se han tomado medidas que desbordan a las contempladas en el actual desarrollo legal de este último.

Puede que, en tercer lugar, haya podido también hacerse presente la querencia a marcar, de modo inadecuado, determinadas diferencias entre los derechos fundamentales clásicos, incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de nuestra Constitución y los considerados derechos económicos, sociales y culturales, particularmente presentes en su capítulo tercero, entre los que se encuentra el derecho a la salud del artículo 43, cuyo protagonismo en este caso ha llegado a ocultar el del derecho la vida del artículo 15.

No me parece acertado pretender identificar con los derechos fundamentales, proclives —como ha señalado la doctrina— a un juego normativo o todo o nada, a derechos de diversa estructura, pero tampoco dar por hecho que las medidas exigidas por la protección de estos últimos no pueden —aun sin desbordar la obligada proporcionalidad— superar la incidencia práctica de los anteriores.

La realidad ha demostrado que una pandemia puede afectar con más intensidad a determinadas facetas de los titulares de derechos constitucionales que un posible golpe de estado o la invasión de divisiones acorazadas. Dada mi edad, he podido experimentar varios estados de excepción. Por mi sevillana condición, recuerdo bien que en ninguno de ellos peligró la posible vivencia popular de la semana santa; como en otras latitudes tampoco peligraron manifestaciones equivalentes como expresión de la identidad cultural de la zona, todas ellas ininteligibles sin entrada en acción de una considerable bulla. Dos años ya, impensables en estado de excepción alguno, nos hemos vistos los españoles ayunos de ellas.

A todo ello conviene añadir, tras haberse igualmente suscitado en nuestra deliberación, que el artículo 116.3 CE establece que la “proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos”. Esto lleva a pensar que quien lo proclamara en el arranque de una pandemia como la experimentada estaría transmitiendo a la población que se consideraba en condiciones de ponerle fin en uno o dos meses. A lo largo del desarrollo del estado de alarma se han expresado no pocas majaderías, incluso por portavoces autorizados, pero es de justicia reconocer que no se llegó a ese extremo. Sería precisa una interpretación bastante tortuosa para esquivar este precepto constitucional.

4. Todo ello me lleva a discrepar de la consideración mayoritaria de que, dada la intensidad de la limitación de derechos producida, habría tenido lugar de hecho una auténtica suspensión de los mismos, que debiera haber obligado constitucionalmente a declarar un estado de excepción. A ello puede haber invitado cierto planteamiento de dogmática —quizá nunca mejor dicho— jurídica, que dictaminaría la existencia de la aludida suspensión, consecuencia de la presunta vulneración del contenido esencial de determinados derechos fundamentales.

Una visión excesivamente parcial de dicho planteamiento podría invitarnos a un solemne paseo por el cielo de los conceptos sobre el que ironizara Ihering. Quizá vendría más a cuento en caso de alarma un cálculo de los intereses en juego, como el mismo autor defendía.

No vendría mal al respecto recordar lo que —al margen de toda metafísica— estableció este tribunal en su temprana STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8, de la que fuera ponente el profesor Díez Picazo, relativa al citado contenido esencial de los derechos fundamentales.

Nos dice que una primera identificación, que parece remitirnos a un peculiar “derecho de profesores”, nos anima a identificar unas “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, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico [me permito subrayarlo] de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Todo habría de ser extraído de “lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”.

La otra identificación consistiría “en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. 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 [me permito subrayarlo] o lo despojan de la necesaria protección”.

No dejó de añadirse que los “dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por ‘contenido esencial’ de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”; razonable sugerencia que no he visto reflejada en la postura en este caso mayoritaria. Me temo que ello haya podido inclinarla a suscribir una noción de contenido esencial, incluso con el “núcleo duro” con el que los más entusiastas del concepto tienden a acompañarlo, que parece alejarnos de la actividad jurídica como labor hermenéutica, para obligarnos a abordar el trato de tan singular dureza con mañas de picapedrero.

5. Cada uno de los estados aludidos en el contemplado artículo 116 CE podría identificarse con alguna característica peculiar. Una alarma sanitaria tiene como elemento central el riesgo de contagio. En aquellos estados de excepción, afortunadamente lejanos, una saludable multicopista se podía convertir en indicio criminal. En un —por mí, felizmente, no experimentado— estado de sitio, parece aconsejable no acercarse irrazonablemente a los tanques. Si olvidamos rasgos tan elementales puede que resulte fácil que no acertemos.

Todo ello no quiere decir por supuesto que, declarado el estado de alarma, no sea pensable la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Bastará para ello con que la medida adoptada deba interpretarse como desproporcionada. Lo que no me parece tan razonable es establecer a priori —profesoralmente— que se ha producido lo considerado por cierta dogmática como suspensión de derechos fundamentales y, por tanto, vulneración de su contenido esencial. Sobre todo si se nos añade que ello descartaría todo juicio de proporcionalidad en torno a un derecho que en realidad habría desaparecido. Considero, más bien, que será un juicio de proporcionalidad —tan “histórico” como “razonable”— el que permita determinar si la desproporción ha sido tal como para desnaturalizar el derecho, dadas las circunstancias; teniendo en cuenta que los virus no son precisamente famosos por mayor o menor respeto a las “sociedades democráticas”.

6. Me parece, por lo demás, aceptable el canon de constitucionalidad planteado por la sentencia. El problema es que —partiendo apriorísticamente de la presunta existencia de una suspensión de derecho— es difícil no declarar inconstitucional todo lo que se mueva; extremo, sin embargo, que la sentencia se ha cuidado sin mayores coherencias de no llevar a la práctica. Centrarse en el juicio de proporcionalidad no equivale, por otra parte, a considerar superfluo todo control, sino resistirse a colocar a los bueyes detrás de la carreta. Sería precisamente la desproporción lo que podría afectar al contenido esencial de un derecho fundamental y no la suspensión de este lo que convierta en fuera de lugar todo control, porque no quedaría ya nada que proteger, como se ha llegado a afirmar.

Si repasamos aspectos contemplados en el discutido estado de alarma, la libertad de circulación parece llevarse la palma, aunque, eso sí, dando por inexistente posibilidad de contagio alguna. Es obvio que ni las multicopistas ni los tanques contagian, en sentido estricto. Por el contrario, el contagio solo no es menos previsible si se respetan distancias o se relaciona uno con los convivientes por razones domiciliarias, de trabajo o de ejercicio habitual de los derechos contemplados en los analizados decretos-ley. Lo mismo ocurre con las reuniones familiares, también aludidas; tampoco los virus se interesan demasiado por nostálgicos afectos o parentescos. Perimetrar —por razón de contagios o defunciones— barrios, poblaciones o comunidades puede en ciertas circunstancias no resultar tampoco desproporcionado.

No es muy distinta la situación si nos referimos al derecho a la educación. La inasistencia de menores a la enseñanza obligatoria puede haber llevado en situaciones de normalidad a que la Guardia Civil se ocupe del caso, con consecuencias para los progenitores. Mantener una enseñanza presencial en plena pandemia supondría, por el contrario, una bomba de relojería para todos los alumnos y sus familias. Lo proporcional sigue siendo pues protagonista.

Por el contrario, sí estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia, al considerar inconstitucional —dada su desproporción— la atribución al Ministerio de Sanidad de la posibilidad de “modificar” o “ampliar” el apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, en su texto sintomáticamente modificado solo tres días después de su originaria publicación.

Todos estos juicios de proporcionalidad no están en modo alguno exentos de control. No falta en este tribunal experiencia al respecto. Tal control, como toda la protección de derechos constitucionales, corresponde en primer lugar a la jurisdicción ordinaria, llegando en su caso a convertirse en objeto de nuestras resoluciones. Así ocurrió en Vigo con motivo de la proyectada manifestación sindical del 1 de mayo, a celebrar en la interioridad de una caravana automovilística. No solo fue prohibida por la aludida jurisdicción, sino que tampoco superó, en las urgencias de las vísperas, el control de constitucionalidad en una Sala de este tribunal, a la que se recurrió in extremis. Decisivo al respecto resultó el ATC 40/2020 fallado de urgencia el mismo 30 de abril gracias al voto de calidad de su presidente, mientras que este y otros dos magistrados votaban sin éxito en sentido contrario. Las citadas urgencias olvidaron también ordenar la publicación en el “BOE”, convirtiendo al auto en clandestino, a la vez que priorizaron su notificación a la posible redacción de tres votos particulares. Otros órganos judiciales habían solventado casos análogos pronunciándose a favor de manifestaciones similares.

7. En resumen, el centro del problema ha girado en torno a la protección constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales. De ahí deriva el dilema planteado entre recurso al estado de alarma o declaración de estado de excepción. Mientras que este tiene claros precedentes referidos a problemas de orden público con notorias connotaciones políticas, el de alarma remite a catástrofes y situaciones como la actual pandemia. La clave, a mi juicio, radica en que al declarar el estado de excepción se decide, a priori, afectar al contenido esencial de derechos fundamentales. Por el contrario considero que el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta a posteriori —puede que incluso de modo cautelar— que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial.

Todo ello me lleva a formular este voto particular.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno. Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020

Consideraciones previas

Con la transformación del Estado legal de Derecho en Estado social y democrático de Derecho la Constitución deja de ser un simple instrumento de ordenación política y se transforma en una norma jurídica plena llamada a informar la ordenación social mediante la regulación del contenido de los derechos y la proclamación de los principios de igualdad, justicia y pluralismo. Dado que el Derecho no puede preverlo todo, un punto crucial para el Estado constitucional contemporáneo radica en el hallazgo de soluciones para los nuevos problemas. La vida de la Constitución exige demostrar que la savia continúa circulando por su tronco; que su crecimiento es posible en una línea de desarrollo de los principios y valores consagrados en ella; en suma, que es capaz de asimilar las glosas que la vida escribe en todo cuerpo jurídico si no queremos que se transforme en un texto inerte. En este crecimiento — superando las lógicas dudas y las inevitables críticas— está llamado a desempeñar un papel fundamental el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Carta Magna.

En ciertos momentos, ante nuevos conflictos especialmente graves que deben ser abordados a la luz de una Constitución que no pudo contemplarlos, se pone a prueba el texto constitucional y, con él, todo nuestro sistema jurídico y, de manera especial, al Tribunal Constitucional. En la sentencia a la que formulo este voto particular considero que mis compañeros de la mayoría, a los que profeso el gran respeto que siempre me han inspirado como personas y como juristas, al abordar una situación tan grave como la que ha provocado la pandemia por la dispersión mundial del virus SARS-COV-2, a mi juicio han dado con una solución incorrecta jurídicamente, no han logrado adaptar el texto constitucional a la desde luego exigente novedad que se nos plantea y han concluido en un fallo que, de ser llevado a sus últimos términos, produciría efectos gravemente perturbadores en la aplicación de las medidas que en el futuro habrán de tomarse para tratar de limitar los efectos de la pandemia.

El motivo de fondo que origina esta situación tiene su raíz, a mi juicio, en la tendencia que ha tenido el tribunal desde antiguo a apoyarse en una concepción esencialista del Derecho, mediante la cual trata de buscarse un contenido inamovible delimitado a priori de los derechos fundamentales (“absoluto”, “irrenunciable”, “universal”: FJ 5 de la sentencia) y se rechazan las posiciones constructivistas que predominan en el mundo jurídico contemporáneo. En estas últimas, nacidas bajo el signo de la complejidad de la sociedad actual, tiende a sustituirse la formulación categórica de los derechos por el reconocimiento de

la existencia de contrastes y tensiones entre ellos que deben resolverse con criterios de ponderación y técnicas de proporcionalidad. Creo que las posiciones esencialistas, degradadas hasta el extremo del formalismo, se han enseñoreado del Tribunal Constitucional (entre notables recelos frente al principio de ponderación, como he podido comprobar) hasta poner en entredicho aspectos básicos del Estado de Derecho. Sin ánimo de agotar en absoluto la cuestión, puedo señalar que, antes de mi entrada en el Tribunal Constitucional como magistrado, solo en asuntos resueltos en sentencia, el prejuicio esencialista contaminó, entre otras materias, nada menos que la comprensión del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos ni degradantes; del derecho a la intimidad; de la presunción de inocencia; y del principio de legalidad en el cumplimiento de las penas, en el caso de la llamada doctrina Parot. Ya durante mi mandato ha sucedido lo mismo con el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STC 53/2015, de 16 de marzo), con la imparcialidad de los tribunales y derecho a la presunción de inocencia (SSTC 133/2014, de 22 de julio, y 146/2014, de 22 de septiembre), con la libertad de expresión (SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio), con el derecho a la crítica de las decisiones de los tribunales (STC 65/2015, de 13 de abril) y con el derecho a no ser juzgado en segunda instancia sin ser oído (STC 205/2013, de 5 de diciembre). En todos estos casos formulé voto particular (en alguna ocasión, en solitario) y ha sido invariablemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, enmendando al Tribunal Constitucional de España, ha fijado la correcta doctrina. Me refiero solo a sentencias dictadas durante los primeros años de mi estancia en el Tribunal Constitucional, dado el tiempo que tarda en resolver el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues posteriormente me he visto obligado a seguir formulando durante años votos particulares prácticamente sobre las mismas materias. Se me permitirá el pequeño desahogo de decir que, a estas alturas, puesto ya el pie en el estribo de la jurisdicción constitucional, es difícil no sentir cierta fatiga intelectual frente a la deriva del tribunal. En el caso en el que formulo este voto particular, particularmente sensible por versar sobre derechos humanos de especial relevancia, y con mi condolencia para quienes han sufrido o están sufriendo en el orden familiar, personal, social y económico el dolor y los efectos de esta pandemia, resulta problemático pensar que pueda producirse una intervención del Tribunal Europeo Derechos Humanos, porque la decisión que toma el Tribunal Constitucional se ampara en una interpretación del texto constitucional español sobre los requisitos de la legislación en situaciones de urgencia.

Observaciones generales

Para la comprensión del voto particular que formulo creo oportuno hacer determinadas observaciones:

A) No insisto excesivamente en consideraciones críticas (la expresión latina *res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma, es suficiente para expresar la crítica a la sentencia de la que disiento).

B) En el conjunto de los párrafos que forman el cuerpo del voto particular trato de demostrar, saliendo al paso del argumento *dura lex*, que cabía una solución correcta jurídicamente en términos de una lógica argumentativa impecable y menos perturbadora para las necesarias actuaciones de los poderes públicos contra la pandemia.

C) En los párrafos 17 y 18 del voto expongo la orientación que considero correcta frente a la concepción esencialista del Derecho cuando me refiero a la interpretación que debe darse a la expresión constitucional “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

D) De la argumentación del voto particular se desprende que existen determinados aspectos de la opinión mayoritaria que sustenta la sentencia sobre los cuales, sin disentir abiertamente, creo prudente formular alguna indicación, a saber:

a) Debe reconocerse un valor concluyente a las frases de la sentencia según las cuales las medidas adoptadas para combatir la pandemia eran necesarias y proporcionadas para contener una grave pandemia y se corresponden con las adoptadas en los países de nuestro entorno (párrafo 34 del voto). Es cierto que el desarrollo argumentativo de la posición de la mayoría hace legítimo dudar acerca de la compatibilidad de estas afirmaciones con la solución técnica a la que llega la sentencia, pero sería descabellado desconocer su importancia. No tengo la menor duda de que es necesario atribuir un valor capital a aquellas afirmaciones (contenidas especialmente, en los tres penúltimos párrafos del FJ 8 con respecto al derecho a la educación, y a las que implícitamente se reconoce carácter general en el FJ 11), dada la relevancia que tienen para realizar juicios de proporcionalidad en orden a la protección de los derechos a la vida y a la salud de las personas y demás derechos e intereses constitucionales en juego cuando se trata de adoptar medidas de contención de la pandemia. Opino que los tribunales ordinarios deben tenerlas siempre presentes.

b) El fallo que se sustenta en la opinión de la mayoría tiene valor vinculante. Las interpretaciones de la sentencia según la Ley Orgánica del Poder Judicial deben ser seguidas por los jueces y tribunales, pues estos “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero esto no debe conducir a excesos mayéuticos. El nervio de la argumentación en la que se expresa la opinión mayoritaria se ciñe estrechamente al concreto problema de constitucionalidad planteado. La decisión se funda, por una parte (FFJJ 3 y 5 de la sentencia), en un argumento a contrario sobre el artículo 55.1 CE. El valor de este tipo de argumentación debe entenderse restringido al caso examinado en cada ocasión, como parece obligado a partir de las reservas que esta forma de razonar suscita de manera general en la doctrina jurídica desde Tarello. Por otra parte, se basa en una aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, que se mueve en torno a consideraciones sobre la valoración del contenido esencial de los derechos ceñidas a la configuración constitucional del estado de alarma. Por lo tanto, como la propia sentencia admite, resta incólume la necesidad de compulsar las medidas adoptadas aplicando el principio de proporcionalidad, que es la tarea que compete primordialmente a los tribunales ordinarios, sin perjuicio de que puedan considerar procedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad en algún caso concreto.

c) Sería radicalmente injusto comparar las críticas a la falta de unanimidad en la sentencia con las críticas a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios por discrepancias en cuanto al alcance de las medidas que pueden adoptarse en relación con la pandemia. En efecto, estas últimas se mueven dentro de las distintas valoraciones que pueden hacerse en la aplicación del principio de proporcionalidad en función de las circunstancias y son perfectamente explicables —incluso diría que saludables— en la función de aplicación e interpretación de la ley ordinaria y están llamadas a solucionarse mediante la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No será ocioso decir que, en lo que se me alcanza, ningún tribunal ordinario se ha planteado de forma consistente la necesidad de acudir al estado de excepción. Así se explica en el párrafo 36 del voto particular. Por el contrario, la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria en el caso examinado no se funda en una diferente apreciación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad o sobre el alcance recíproco de los derechos e intereses en juego, sino,

partiendo de concepciones distintas del Derecho, en el contenido que pueda tener en el mundo abstracto de los conceptos la noción de limitación de derechos en el marco del estado de alarma (parágrafos 13 a 19 de este voto particular). Se trataría, en la terminología de Lyotard, no de un conflicto, sino de un diferendo, para cuya solución —lamento decirlo— creo que se hubiera podido profundizar más en la discusión colectiva como criterio epistemológico confiable para el acceso a la verdad moral, por lo que se han perdido oportunidades de consenso, criterio ontológico este especialmente valioso en el ámbito de los tribunales (Carlos S. Nino). No hay que olvidar que en los órganos jurisdiccionales colegiados la regla de la mayoría no es la forma de expresar la voluntad democrática, sino que está subordinada a la deliberación como procedimiento de aproximación a la Justicia (teoría procedimental de Rawls).

d) La idoneidad del estado de excepción para oponerse a catástrofes sanitarias, proclamada a priori, en abstracto y por una mínima mayoría en la sentencia, no se compagina, entre otros extremos, con el plazo de sesenta días que la Constitución impone de manera perentoria a este estado (parágrafos 11, 46 y 47 de este voto). La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia no contiene ninguna explicación acerca de este punto, que es de gran importancia desde la perspectiva argumentativa, pues parece suficiente para desautorizar el estado de excepción para el fin para el que el tribunal lo cree hábil. Por ello considero que no cabe descartar en el futuro una evolución de la jurisprudencia en esta materia, en el caso de que esta cuestión fuera sometida de nuevo al tribunal.

e) La carencia de la necesaria fortaleza en las argumentaciones de la sentencia en relación con la limitación de la responsabilidad patrimonial derivada del confinamiento acordado en el decreto del estado de alarma (parágrafos 54 a 57 de este voto) no es obstáculo a la aplicación del principio, pues la lógica de nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes comporta, como invariablemente ha aceptado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la facultad del Tribunal Constitucional de limitar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando es necesario para preservar valores constitucionales, fácilmente identificables en el caso examinado.

f) Las argumentaciones de la sentencia en relación con la ineficacia de las sanciones impuestas durante la vigencia del decreto del estado de alarma que se declara nulo deben ser

consideradas en la forma que se razona en los párrafos 48 y 50 de este voto particular como producto de mandatos imperativos derivados de la Constitución y de la ley, de donde se desprende que no pueden tener carácter extensivo.

g) Es sabido que instituciones clásicas en el Derecho público, como la convalidación de los actos, maridan mal con las concepciones del Derecho de carácter esencialista y formalista, proclives a dar un valor absoluto a cualquier atisbo de nulidad. La declaración de inconstitucionalidad de la sentencia mayoritaria se formula sin plantear la posible convalidación que la intervención del Congreso autorizando la prórroga de las medidas adoptadas a los once días de la aprobación del decreto de alarma pudo suponer respecto de las medidas iniciales consideradas inconstitucionales. La intervención del Congreso pudo entenderse que convertía en un simple problema de nomen iuris la exigencia constitucional del estado de excepción que el Tribunal Constitucional proclama; al menos durante los sesenta días siguientes a la intervención de la Cámara, dados los plazos fijados para el estado de excepción (párrafos 42 a 46 del voto). La sentencia no da respuesta a esta cuestión, que planteé en la deliberación.

Razones en las que se fundamenta mi opinión discrepante

Disiento de la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia tanto en el fallo como en la argumentación. A mi juicio, el recurso de inconstitucionalidad hubiera debido desestimarse, salvo en la impugnación relativa a los incisos “modificar, ampliar o” del apartado 6 del art. 10 (introducido por el apartado dos del artículo único del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y que se mantuvo también en la redacción completa dada a este apartado por la disposición final primera, apartado dos, del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril).

Las razones que me llevan a no compartir la posición mayoritaria son, por una parte, una distinta concepción de los estados de emergencia que prevé el art. 116 CE. En particular, del estado de alarma y del estado de excepción, que son los que ahora interesan. Y, por otra, un entendimiento diferente de la noción de suspensión de derechos fundamentales y la de limitación de estos derechos.

I. Estado de alarma y estado de excepción.

A) Breve referencia a la regulación constitucional y legal de los estados de alarma y de excepción.

1. La Constitución no determina expresamente cuándo procede declarar cada uno de los estados de emergencia que prevé su art. 116. El apartado primero de este precepto constitucional remite a una ley orgánica la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio “y las competencias y limitaciones correspondientes”. Sus apartados segundo, tercero y cuarto se refieren, respectivamente, al estado de alarma, al de excepción y al de sitio, y se limitan a establecer a quién corresponde la competencia para la declaración de cada uno de ellos, el procedimiento que debe seguirse en cada caso, así como la duración de sus efectos y su ámbito territorial. El apartado quinto garantiza, por una parte, que mientras estén declarados algunos de estos estados no pueda disolverse el Congreso y que en el caso de que las Cámaras no estuvieran en periodo de sesiones se convoquen “automáticamente” y, por otra, que el funcionamiento de los demás poderes constitucionales no pueda interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Por último, el apartado sexto establece que la declaración de estos estados “no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

2. La ley orgánica a la que se remite el citado precepto constitucional, que actualmente es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), al regular estos estados sí que establece el presupuesto que permite declarar cada uno de ellos. A continuación, se van a reproducir los arts. 4 y 13 de la referida ley que son los que, respectivamente, establecen cuándo procede declarar el estado de alarma y en qué casos puede declararse el estado de excepción. Según dispone el art. 4:

“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

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

Y el art. 13.1 establece cuándo procede declarar el estado de excepción:

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

B) Tesis de la decisión mayoritaria sobre la que sustenta la sentencia: la procedencia de uno u otro estado depende de la gravedad de la crisis y de las medidas que hayan de adoptarse para solventarla, no de la causa que la provoque.

3. La mayoría parte de considerar que la declaración del estado de alarma o del estado de excepción no depende de cuál sea la causa que provoca la grave alteración de la normalidad, sino del tipo de medidas que adopte el Gobierno para solventar esa situación. Según se afirma, el legislador, al prever las circunstancias justificativas del estado de excepción:

“[O]mite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los efectos perturbadores provocados en la sociedad para invocar dicho estado como respuesta ante situaciones en que ‘el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados

que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (FJ 11).

La decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia declara:

“[A]unque la causa primera de la perturbación sea una epidemia [lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma ex art. 4 b) LOAES], la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un ‘estado de excepción’. Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas ‘dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles’ para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa” (FJ 11).

Por ello afirma que:

“[c]uando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (FJ 11).

C) Tesis que se mantiene: los estados de emergencia que regula el art. 116 CE responden a causas distintas y, por eso, para que proceda su declaración ha de concurrir el presupuesto que habilita a adoptar esta decisión.

4. A mi juicio, el art. 116 CE prevé estados distintos para abordar circunstancias de emergencia diferentes. La calificación de estos estados como de “alarma” de “excepción” o de “sitio” que realiza este precepto constitucional no se efectúa atendiendo a una diferente graduación de la crisis, sino a la causa que la provoca. Por ello su declaración exigirá no solo seguir el procedimiento y respetar los límites temporales que establece el art. 116 CE, sino también que concurra el presupuesto que habilita al Gobierno para declarar uno u otro estado.

Asimismo, el tipo de medidas que puede adoptarse para hacer frente a la situación que justifica la declaración del estado de emergencia dependerá también del tipo de crisis que la provoca y, en consecuencia, de cuál sea el estado de emergencia que se declare, pues la Constitución solo permite que puedan suspenderse determinados derechos fundamentales cuando se declare el estado de excepción o el de sitio y solo lo permite en estos casos por las circunstancias que determinan su adopción.

5. El estado de alarma procede en los casos en los que la causa de la grave alteración de la normalidad se produce por alguna de las circunstancias que expresamente establece el art. 4 LOAES [catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud, crisis sanitarias, paralización de servicios esenciales, cuando se den las circunstancias previstas en el apartado c) del referido artículo, y situaciones de desabastecimiento] y ha de hacerse frente a esta situación de acuerdo con las potestades que atribuye al Gobierno el capítulo II de la LOAES. El ejercicio de estas potestades podrá conllevar la limitación de derechos fundamentales, no su suspensión. La STC 83/2016, FJ 8, lo afirma con toda claridad al establecer que “[a] diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”. Esta nítida distinción entre “suspensión” y “limitación” que efectúa la citada sentencia evidencia que el tribunal no está considerando la suspensión como una limitación intensa de un derecho fundamental, sino que está reconociendo que “suspensión” y “limitación” son medidas distintas, que son instituciones jurídicas diferentes, cada una de ellas con un régimen jurídico propio.

6. El estado de excepción procede en aquellos casos en los que la grave alteración de la normalidad se produce por hechos o circunstancias que conllevan una perturbación grave del orden público, entendiendo este concepto como seguridad ciudadana. Esto es, el estado de excepción solo puede adoptarse con el fin de restaurar la convivencia pacífica que se ha visto alterada por actos que atentan contra la seguridad pública o la paz social y para ello el Gobierno podrá adoptar las medidas excepcionales que le atribuye el art. 55 CE (la suspensión de determinados derechos fundamentales) y el capítulo III de la LOAES. En consecuencia, para que proceda el estado de excepción es preciso que concurra una grave alteración de la seguridad ciudadana que afecte a la convivencia pacífica de la sociedad. Si la grave alteración de la normalidad no afecta gravemente a la seguridad pública no podrá declararse este estado,

ni, por tanto, podrán adoptarse medidas que puedan conllevar la suspensión de derechos fundamentales, por muy grave que sea la crisis que provoca la emergencia y los efectos que esta crisis pueda tener para la ciudadanía.

7. Las razones que me llevan a sostener que el estado de alarma y el de excepción se fundamentan en presupuestos de hecho distintos y, por tanto, a entender que la declaración de un estado o de otro depende de la causa que origina la situación de emergencia, no de la intensidad o de la gravedad de esta crisis, se fundamentan en: a) los debates constituyentes; b) las consecuencias que el art. 55.1 CE atribuye a la declaración del estado de excepción (la posibilidad de suspender determinados derechos fundamentales); c) la regulación de los estados de alarma y de excepción que establece la LOAES y d) que el estado de excepción tiene una duración constitucionalmente limitada: “su duración no podrá exceder de treinta días, prorrogable por otro plazo igual” (art. 116.3 CE).

a) Los debates constituyentes.

8. Los debates constituyentes ponen de manifiesto que la diferencia entre los distintos estados de emergencia no se encuentra en la intensidad de la crisis, sino en la distinta naturaleza de la situación excepcional que la ocasiona.

Las enmiendas que se presentaron solicitando la supresión del estado de alarma por entender que este estado “no tiene razón de ser, ya que el Gobierno tiene facultades suficientes para enfrentarse a situaciones de anormalidad no graves, sin limitar las libertades públicas, y en el caso de que lo sean está el estado de excepción” fueron rechazadas (enmienda 692, apartado 6, presentada al anteproyecto de la Constitución; en el mismo sentido, enmienda 67 al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los diputados). Estas enmiendas no prosperaron porque se consideró que:

“el concepto y el alcance del estado de alarma ahora introducido en nuestra legislación no es una figura política, es la forma de capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas. La afirmación de que el estado de alarma no es un hecho político no procede de una interpretación personalista o de partido, sino de la contemplación del conjunto de la Constitución, de la voluntad objetiva de la ley”

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

Resulta, por tanto, que los debates constituyentes ponen de manifiesto que los estados de alarma, excepción y sitio fueron concebidos para resolver crisis de diferente naturaleza, no para aplicar un estado u otro dependiendo de la gravedad de la situación de emergencia. La decisión mayoritaria descarta esta interpretación “originalista” y opta por una interpretación “evolutiva” o “integradora”, al apreciar que esta interpretación se encontraba implícita en el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. A mi juicio, sin embargo, y con independencia del entendimiento que el citado Real Decreto efectuara de las causas que habilitan al Gobierno para declarar el estado de alarma —interpretación que, como es obvio no constituye un parámetro de constitucionalidad—, en los más de cuarenta años que lleva en vigor la Constitución no ha habido cambios sociales que justifiquen apartarse de la interpretación que efectuaron los constituyentes de los estados de emergencia que prevé el art. 116 CE.

b) La posibilidad de suspender los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE en el caso de que se declare el estado de excepción o de sitio.

9. El art. 55.1 CE establece la posibilidad de suspender determinados derechos fundamentales cuando se declare el estado de excepción o el de sitio. Los derechos que pueden ser objeto de suspensión son los que garantizan los arts. 17, 18.2 y 3, 19, 20.1 a) y d), 20.5, 21, 28.2 y 37.2 CE. La suspensión de estos derechos y no de otros pone de relieve que la alteración del orden público que justifica la adopción del estado de excepción no puede referirse, como sostiene la mayoría, a cualquier alteración grave de la normalidad que afecte al funcionamiento de las instituciones, sino que la alteración del orden público que justifica la declaración del estado de excepción y la suspensión de algunos (o todos) de los citados derechos solo puede referirse a alteraciones que afecten a la seguridad pública, esto es, a situaciones en las que existan graves desórdenes públicos que impidan la convivencia pacífica. Es en este tipo de situaciones, en las que la seguridad pública se encuentra gravemente comprometida, cuando tiene sentido que se suspendan algunos (o todos) de los referidos derechos, pues su ejercicio puede dificultar que el Gobierno resuelva la crisis con prontitud o puede contribuir a agravarla.

Por el contrario, carece de justificación que para afrontar una crisis en la que no se encuentra afectada la seguridad ciudadana puedan suspenderse algunos de los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE, por ejemplo, los que garantizan la inviolabilidad domiciliaria, el secreto de las telecomunicaciones o el que impide el secuestro de los medios de información, entre otros. Por otra parte, si se entendiera el concepto de “orden público” y el de “suspensión de derechos fundamentales” del modo en que lo entiende la mayoría no tendría sentido que la Constitución no previera la suspensión de otros derechos cuyo ejercicio pudiera impedir afrontar con rapidez crisis en las que la seguridad pública no estuviera afectada. Por ejemplo, una pandemia como la que estamos viviendo puede afectar de modo muy intenso al derecho a la educación, al derecho de sufragio (las elecciones en Galicia y en el País Vasco tuvieron que posponerse porque la situación epidemiológica no permitía la celebración de estos comicios), a la libertad de empresa, a la libertad religiosa, a la propiedad, al derecho al trabajo... y las restricciones de estos derechos pueden ser de tal intensidad que muchos ciudadanos se encuentren privados de ellos mientras dure la situación de emergencia. La Constitución, sin embargo, no permite la suspensión de estos derechos en ningún caso. Solo pueden suspenderse los derechos que prevé el art. 55 CE y para ello es preciso que concurran los supuestos en los que este precepto constitucional permite adoptar esta medida. La explicación a esta supuesta paradoja se encuentra en que, como se expondrá más adelante, “la suspensión” de derechos es una institución distinta a la de la “limitación” de derechos, incluso aunque esta limitación sea tan intensa que impida su ejercicio.

En todo caso, lo que ahora pretende ponerse de relieve es que la Constitución, al establecer que solo cabe la suspensión de determinados derechos fundamentales en el caso de que se declare el estado de excepción o el de sitio (art. 55.1 CE), dado el tipo de derechos que pueden ser suspendidos, lleva a entender que la suspensión de tales derechos se justifica en que puede ser una medida necesaria para afrontar crisis en las que la convivencia pacífica de la sociedad se encuentre gravemente amenazada, no en otro tipo de crisis por muy graves que puedan ser. Esta conclusión comporta que si esta medida no cabe en el estado de alarma es porque la declaración de esta situación de emergencia no se justifica en una crisis de seguridad pública y confirma, en definitiva, la tesis que se sostiene: que lo que determina la declaración de un estado u otro no es la gravedad de la crisis, sino el tipo de crisis, esto es, si la situación de emergencia tiene su origen en una grave alteración de la seguridad pública o en otro tipo de circunstancias.

c) La regulación de los estados de alarma y excepción que establece la LOAES.

10. La regulación que establece la LOAES avala también la tesis que mantengo. Como ya se ha indicado, el art. 4 LOAES establece los supuestos en los que procede el estado de alarma y el art. 13 LOAES los casos en los que cabe el estado de excepción. Como también se ha puesto de manifiesto, la mayoría entiende que lo determinante a efectos de apreciar si procede declarar el estado de alarma o el de excepción es la gravedad de la crisis, no la causa que la motiva, al entender que el art. 13 LOAES “omite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los efectos perturbadores provocados en la sociedad” (FJ 11). Por ello, parece interpretar el concepto de “orden público” al que se refiere este precepto en el sentido de “orden institucional”, no asociándolo a la idea de seguridad ciudadana o seguridad pública. De ahí que considere que para que proceda la declaración del estado de excepción es suficiente con que concurren algunas de circunstancias a las que expresamente se refiere este precepto: que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”.

Ciertamente, esta interpretación puede efectuarse si se atiende únicamente al tenor literal del art. 13 LOAES. Sin embargo, una interpretación sistemática de esta norma impide entender el concepto de orden público en tal sentido. Según dispone el art. 28 LOAES, cuando concurra una alteración del orden público y, además, alguna de las causas que prevé el art. 4 LOAES, el Gobierno podrá adoptar las medidas del estado de excepción y las previstas para el estado de alarma. Es, por tanto, claro que, a tenor de lo establecido en esta norma, los estados de alarma y excepción proceden por causas distintas y las medidas que pueden dictarse a su amparo son diferentes. La ley no los concibe, como parece sostener la mayoría, como diferentes grados de una misma situación de emergencia. Cuestión distinta, como es obvio, es que puedan darse circunstancias que justifiquen la adopción de ambos estados y por ello esta norma prevé que en estos casos puedan adoptarse tanto las medidas propias del estado de excepción como las del estado de alarma (por ejemplo, una situación en la que se produjeran actos terroristas generalizados que dieran lugar a la declaración del estado de excepción podría comportar también un problema de desabastecimiento; una grave catástrofe

natural puede hacer que una parte de la población aproveche la situación para realizar actos vandálicos). Si la adopción de un estado u otro dependiera únicamente de la gravedad de la crisis y no de la causa, como sostiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, la ley no contemplaría esta posibilidad, porque la declaración del estado de excepción, al ser el estado que procede acordar en crisis muy graves, permitiría adoptar cualquier medida. Tal concepción no se ajusta, sin embargo, a la LOAES, que prevé distintos tipos de medidas según cuál sea el tipo de estado que se declare.

Por otra parte, tanto el art. 24.2 LOAES como el art. 29 LOAES se refieren a los “perturbadores del orden público”, lo que pone de manifiesto que el concepto del orden público es algo más que un indebido funcionamiento del orden institucional, sino que exige una actuación deliberada que altere el orden establecido. Dicho de otro modo, que tiene que haber desórdenes públicos. Por ello, una interpretación sistemática de la ley conduce a interpretar este concepto vinculándolo a la idea de seguridad pública o seguridad ciudadana o a actuaciones que afecten de modo grave a la convivencia pacífica.

d) El estado de excepción tiene una duración constitucionalmente limitada: “su duración no podrá exceder de treinta días, prorrogable por otro plazo igual” (art. 116.3 CE).

11. Según establece el art. 116.3 CE, el Gobierno, mediante decreto del Consejo de ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados, puede declarar el estado de excepción por un plazo que no puede exceder de treinta días. Este estado puede ser prorrogado, cumpliendo los mismos requisitos, por “otro” plazo igual. El que la Constitución establezca que el estado de excepción tiene un plazo máximo de duración de sesenta días solo se justifica en que el presupuesto que habilita su declaración es la existencia de una crisis de seguridad pública cuya resolución puede exigir suspender los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 55.1 CE. El establecimiento de este plazo no se compagina con los supuestos de emergencia que tengan su origen en una situación de fuerza mayor, como son los que, de acuerdo con el art. 4 LOAES, permiten la declaración del estado de alarma, pues este tipo de emergencias pueden prolongarse más allá de ese plazo (la pandemia que estamos viviendo constituye un ejemplo). Ciertamente, nada excluye que las crisis graves de seguridad pública pueden tener una duración de más de sesenta días. Sin embargo, la Constitución es tajante en el sentido de que la necesidad de resolver este tipo de crisis no permite mantener el estado de excepción por más tiempo. La suspensión de las normas iusfundamentales solo se

justifica si esta medida es capaz de solventar en un plazo breve la grave crisis de seguridad ciudadana. Una suspensión por un tiempo superior ocasionaría un grave menoscabo del Estado de Derecho y, en definitiva, de la propia Constitución. Por ello, el artículo 116.3 CE es taxativo y solo admite esta drástica medida como máximo durante sesenta días.

12. Por todo ello, considero que el concepto de “orden público” al que se refiere la LOAES ha de entenderse en el sentido de seguridad ciudadana o seguridad pública, lo que me lleva a entender que la grave alteración del orden público que constituye el presupuesto para declarar el estado de excepción exige que la alteración del orden público sea de tal entidad que afecte a la convivencia pacífica de la sociedad.

En consecuencia, en el caso que ahora se examina, al provocar la situación de emergencia una gravísima crisis sanitaria —“una pandemia de dimensiones desconocidas [e] imprevisibles” (ATC 40/2020)— y no concurrir ninguna circunstancia adicional que provocara graves alteraciones en el orden público que afectaran a la seguridad ciudadana, el Gobierno solo podía acordar la declaración del estado de alarma.

II. ¿Las medidas adoptadas por los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, constituyen una suspensión de derechos fundamentales? Diferencia entre “suspensión” y “limitación” de derechos fundamentales.

13. En relación con las restricciones a la circulación previstas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia afirma que:

“parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritos como se ha reiterado ya en el estado de alarma” (FJ 5).

Discrepo de esta conclusión. A mi juicio, la intensidad de la limitación, incluso aunque suponga vaciar de contenido el derecho fundamental, no constituye una suspensión. Como

trataré de explicar a continuación, en mi opinión, la suspensión y la limitación de derechos son instituciones diferentes, su objeto es distinto y cada una de ellas tiene su propio régimen jurídico.

A) La suspensión de derechos fundamentales.

14. En Derecho el concepto de “suspensión” se entiende como la cesación temporal de la eficacia de un acto o norma jurídica. Este concepto es, además, un concepto formal, en el sentido de que el efecto propio de esta institución —la privación temporal de efectos de un acto jurídico— solo puede conseguirse si expresamente acuerda la suspensión la autoridad con competencia para ello y a través del procedimiento establecido. No caben, por tanto, suspensiones de hecho, ni puede atribuirse este efecto a situaciones materiales que puedan considerarse similares a la que se producen con la suspensión (por ejemplo, la inejecución de una sentencia no significa que la sentencia se encuentre suspendida, pues la obligación que de ella se deriva sigue siendo exigible; en cambio, si la sentencia está suspendida la obligación que impone no resulta exigible).

La Constitución prevé la suspensión de derechos fundamentales en el art. 55 CE. Es por ello un concepto jurídico positivo; es un concepto constitucional que queda definido por esta norma en sus aspectos formales (competenciales y de procedimiento). La suspensión de derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional solo puede consistir en la cesación temporal de la eficacia de la norma que garantiza el derecho fundamental y este efecto se produce como consecuencia de una expresa declaración que así lo establezca, no por la intensidad de las limitaciones que puedan imponerse al ejercicio del derecho que esa norma consagra (así, por ejemplo, el art. 22 LOAES se refiere expresamente a la “suspensión del artículo veintiuno de la Constitución”). Esta pérdida de eficacia de la norma iusfundamental puede ser general (art. 55.1 CE) o afectar solo a “personas determinadas” (art. 55.2 CE), pero en todo caso conlleva que la norma que consagra el derecho fundamental durante el tiempo en que está suspendida no produzca efectos en el territorio en el que está declarado el estado de sitio o de excepción (art. 55.1 CE) o respecto de las personas afectadas por investigaciones relacionadas con el terrorismo (art. 55.2 CE).

15. De este modo, cuando el derecho fundamental se encuentra suspendido el derecho se desconstitucionaliza, por lo que el régimen jurídico de ese derecho no será el

constitucionalmente establecido —la norma iusfundamental está temporalmente privada de eficacia—, sino el previsto en ley orgánica que regule el estado de excepción o el de sitio o en la ley orgánica que regule las investigaciones relacionadas con el terrorismo. En consecuencia, cuando está suspendido el derecho fundamental, este derecho no existe como tal y solo tendrá el alcance que le otorguen las leyes orgánicas a las que se remite el art. 55.2 y 116 CE.

Así lo ha entendido el tribunal al afirmar, en relación con la suspensión de derechos fundamentales que prevé el art. 55.2 CE, que esta suspensión se refiere a situaciones “normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo” (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3). Esta doctrina es aplicable al supuesto que ahora se analiza, entendiendo que el orden instaurado es el previsto para el estado de excepción y de sitio por la ley orgánica que regula estos estados de emergencia.

Resulta, por tanto, que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional cuando el derecho fundamental está suspendido su régimen jurídico no es el “regular y ordinario”, esto es, no es el precepto constitucional que lo garantiza porque la norma iusfundamental se encuentra temporalmente privada de eficacia, sino “uno distinto”, el previsto en la ley orgánica a la que se refiere el art. 116.1 CE o el art. 55.2 CE, dependiendo de que nos encontremos en el supuesto previsto en el art. 55.1 CE (suspensión general) o el 55.2 CE (suspensión individual).

16. Por otra parte, como he señalado, la suspensión es un acto formal, por lo que exige una decisión expresa por la que se prive de eficacia a la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental. Por ello, no puede considerarse que existe una suspensión del derecho fundamental porque se haya restringido el derecho fundamental, incluso aunque la restricción impuesta sea de tal entidad que impida su ejercicio. En este caso, nos encontraríamos ante una limitación de derechos fundamentales cuyo régimen jurídico es, como he señalado, distinto del de la suspensión.

B) La limitación de derechos fundamentales.

17. Como ha sostenido el tribunal reiteradamente, ningún derecho, ni siquiera los fundamentales, es absoluto o ilimitado, pues su ejercicio puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites si estas restricciones están legalmente previstas, tienen como finalidad salvaguardar bienes o valores constitucionales que se consideran merecedores de protección y son proporcionadas.

Conviene señalar que, aunque el art. 53.1 CE establece que la ley que regule los derechos fundamentales “en todo caso deberá respetar el contenido esencial”, el llamado “contenido esencial” de un derecho fundamental no es un concepto absoluto ni inmutable, pues este contenido se ve delimitado por el contenido de otros bienes o valores constitucionales y por ello el “contenido esencial” de un derecho tendrá un alcance u otro dependiendo de si su ejercicio incide en otros bienes o valores constitucionales que se consideran merecedores de mayor protección (límites inmanentes). Si no se produce esta colisión entre bienes y derechos constitucionales, el contenido esencial del derecho es aquel que hace al derecho reconocible. En cambio, en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho fundamental colisione con otros bienes o valores constitucionales este contenido podrá limitarse, pudiendo incluso adoptar medidas que conlleven la privación del derecho, siempre que tales medidas las adopte el legislador y cumplan las exigencias de la proporcionalidad. Por ejemplo, se puede acordar el ingreso forzoso de un enfermo que padece un trastorno mental si un juez lo autoriza o lo ratifica, caso de que el ingreso sea urgente y se cumplan las demás exigencias establecidas en el art. 763 LEC. En estos casos, se priva por completo al enfermo de su libertad, pero esta privación del derecho que le reconoce el art. 17 CE está justificada en la necesidad de proteger su propia integridad física y la de terceros, está legalmente prevista y cumple las exigencias del principio de proporcionalidad. La ley puede, por tanto, establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales que delimiten su contenido esencial y estos límites serán conformes a la Constitución si tienen como finalidad salvaguardar otros valores o bienes constitucionales (límites inmanentes) y respetan las exigencias del principio de proporcionalidad.

18. Conviene señalar, por otra parte, que estos límites inmanentes delimitan también el ejercicio del derecho. El contenido de ese derecho tendrá un alcance diferente dependiendo de si su ejercicio colisiona o no con otros bienes o valores constitucionales, pues en el caso de que esta colisión se produzca, la necesidad de salvaguardar esos otros valores o bienes constitucionales puede determinar que el contenido esencial de ese derecho tenga un alcance

más reducido. Por ejemplo, la colisión que se produce entre los derechos a la libertad de información y el derecho al honor puede determinar, según las circunstancias del caso, que uno de estos derechos pueda tener un alcance más reducido, con el fin de garantizar el ejercicio del otro.

C) Calificación de las medidas previstas en los apartados 1 y 3 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 (el llamado “confinamiento domiciliario”).

19. Como se ha expuesto, la posición mayoritaria considera que los apartados 1 y 3 del art. 7 Real Decreto 463/2020, al establecer una intensa limitación del derecho que garantiza el art. 19 CE, suponen una suspensión del derecho a la libertad de circulación. Las razones que acabo de exponer me llevan a discrepar de la mayoría en este punto.

A mi juicio, aunque las limitaciones que impusieron los referidos apartados del art. 19 CE son tan intensas que, como afirma la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, pueden conllevar un “vaciamiento de hecho” del contenido de este derecho, no por ello estas limitaciones determinan la suspensión del referido derecho, pues la norma iusfundamental, esto es, el art. 19 CE, no ha sido privada temporalmente de eficacia. Para ello, como se ha indicado, hubiera sido precisa una declaración formal efectuada por el órgano competente (el Gobierno previa autorización del Congreso de los Diputados) que estableciera esta consecuencia.

Precisamente porque el art. 19 CE tiene plena eficacia puede ejercerse un control de constitucionalidad de tales medidas de acuerdo con los parámetros que, según establece la jurisprudencia del tribunal, han de tomarse en consideración para analizar las limitaciones que conforman el contenido esencial de los derechos fundamentales (previsión legal, fin constitucionalmente legítimo y respeto del principio de proporcionalidad). Esta es la diferencia fundamental entre ambas instituciones, pues, aunque las dos puedan llegar a un resultado material similar —la privación del derecho o el vaciamiento de su contenido—, en el caso de la suspensión este resultado se produce porque la norma que lo garantiza está temporalmente privada de eficacia, lo que conlleva que ese derecho en ese momento es “inexistente”, por lo que no se puede invocar el derecho constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de esa medida. En cambio, si no hay suspensión de derechos, sino únicamente limitación, por muy intensa que sea esta limitación, incluso aunque como

consecuencia de ella se llegue a privar del derecho a su titular, como el precepto constitucional que lo garantiza tiene eficacia plena se podrá enjuiciar la constitucionalidad de esta restricción y para ello deberá atenderse a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del tribunal para apreciar si las limitaciones de los derechos fundamentales son acordes con el precepto constitucional que consagra el derecho.

III. Medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales impuestas al amparo del estado de alarma. Consideraciones generales.

20. La declaración del estado de alarma permite al Gobierno ejercer las potestades exorbitantes que, en virtud de la remisión que efectúa el art. 116.1 CE, le atribuye el capítulo II de la LOAES. Estas potestades le permiten, entre otras cosas, adoptar medidas que incidan temporalmente en el régimen jurídico del derecho (durante quince días o por más tiempo si el Congreso prorroga tales medidas) llegando incluso a restringir intensamente su contenido esencial o incluso, en determinadas circunstancias, impedir su ejercicio.

Como se acaba de exponer los derechos fundamentales no son ilimitados y por ello aun cuando tienen un contenido esencial, este contenido no es inmutable y, dependiendo de los bienes o valores constitucionales con los que pueda entrar en conflicto, su ejercicio pueden ser limitado si las restricciones impuestas son proporcionadas.

Cuando las limitaciones de derechos fundamentales se acuerdan como medida para solventar la situación de emergencia que justifica la declaración del estado de alarma presentan ciertas peculiaridades que no tienen cuando las establece el legislador al regular el régimen jurídico del derecho. Estas peculiaridades, sintéticamente expuestas, consisten en que (i) en lugar de ser adoptadas por una ley orgánica (art. 81 CE) se establecen por el Gobierno por decreto (art. 116.2 CE); (ii) son medidas temporales, pues no pueden tener una duración superior a quince días salvo que el Congreso las prorogue y perviva la situación de emergencia que las justifica; (iii) han de adoptarse de conformidad con lo previsto en la LOAES; (iv) las limitaciones establecidas deben tener como finalidad salvaguardar bienes o valores constitucionales y han de respetar las exigencias del principio de proporcionalidad, que en este ámbito tiene un alcance limitado y (v) la restricción de derechos que conllevan pueden afectar con carácter general a la población del territorio que se ha declarado en estado de alarma, no solo a ciudadanos determinados o determinables.

(i) Las limitaciones de derechos fundamentales se establecen por el Gobierno mediante decreto.

21. Como se acaba de indicar, aunque como regla general el art. 81 CE establece que el desarrollo de los derechos fundamentales y, por tanto, los límites que se establezcan a su ejercicio han de efectuarse por ley orgánica, el art. 116.1 y 2 CE atribuye potestades exorbitantes al Gobierno para que mediante un decreto pueda establecer estas limitaciones en el caso de que concurran las circunstancias que permiten la declaración del estado de alarma.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que tanto el decreto que acuerda el estado de alarma como la resolución del Congreso que lo prorroga tienen rango de ley (STC 83/2016 y ATC 7/2012). De otro modo, no podrían desplazar temporalmente las normas legales que regulan el ejercicio del derecho mientras esté en vigor el estado de alarma y establecer durante ese tiempo el régimen jurídico que regula el ejercicio del derecho sobre el que incide la medida limitativa. Al tratarse de normas con rango de ley solo cabe interponer contra ellas recurso de inconstitucionalidad. No pueden, por tanto, ser controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

(ii) Estas limitaciones son temporales.

22. El Gobierno puede acordar el estado de alarma por un plazo máximo de quince días. Este plazo solo puede ser prorrogado si lo autoriza el Congreso (art. 116.2 CE). Por ello, las limitaciones de derechos fundamentales que establezca el decreto por el que se declara el estado de alarma o, en su caso, la resolución del Congreso que lo prorroga, solo pueden establecerse mientras esté en vigor el estado de alarma y siempre que concurra la situación de emergencia que justifica su declaración.

(iii) Las limitaciones impuestas han de tener cobertura en la LOAES.

23. A pesar de tratarse de normas con rango de ley ni el decreto de alarma ni la resolución del Congreso que, en su caso, lo prorroga, pueden establecer medidas que no tengan cobertura en la LOAES. El art. 116.1 CE remite a una ley orgánica la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las “competencias y limitaciones

correspondientes”. En consecuencia, la Constitución no otorga una discrecionalidad ilimitada al Gobierno ni, en su caso, al Congreso, para determinar las medidas que pueden establecer para resolver la situación que justifica declarar algunos de los estados de emergencia que prevé el art. 116 CE. Tales medidas han de acordarse de conformidad con lo establecido en la ley orgánica que regula estos estados. Por ello, esta norma constituye un parámetro de constitucionalidad mediato, lo que determina que si las medidas que se disponen para afrontar la situación de emergencia no tienen cobertura en las establecidas con carácter general en ley orgánica a la que se remite el art. 116.1 CE, al infringir lo dispuesto en esta ley, estarán infringiendo también, de modo mediato, el art. 116 CE.

(iv) Las limitaciones establecidas deben tener como finalidad salvaguardar bienes o valores constitucionales y han de respetar las exigencias del principio de proporcionalidad, que en este ámbito tiene un alcance limitado.

24. Las limitaciones de derechos fundamentales que se establezcan para resolver la crisis que justifica la declaración del estado de alarma, como cualquier limitación de derechos fundamentales, deben tener como finalidad salvaguardar los bienes o valores constitucionales y han de respetar las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad. No obstante, en este ámbito, este principio no tiene el mismo alcance que el que tiene con carácter general cuando las limitaciones las establece el legislador al regular el derecho fundamental o cuando estas limitaciones se producen con ocasión del ejercicio del derecho al entrar en colisión con otros bienes o valores constitucionales.

La Constitución, al configurar los estados de emergencia que regula el art. 116 CE, está previendo el cauce que ha de seguirse para resolver situaciones excepcionales que no puedan afrontarse a través de los medios ordinarios. La declaración de estos estados conlleva la atribución al Gobierno de las potestades exorbitantes que han de ejercerse conforme establezca la ley orgánica a la que se remite el art. 116.1 CE (actualmente la LOAES). Es, por tanto, la propia Constitución y la LOAES la que otorga al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad para establecer las medidas que considere pertinentes para afrontar la crisis. Por ello, en estos casos el principio de proporcionalidad ha de entenderse de modo más laxo, pues es la propia configuración constitucional de los estados de emergencia la que determina que la decisión de las concretas medidas que se adopte sea una decisión política cuyo control jurisdiccional no puede sustituir el juicio político del Gobierno o, en su caso, del Congreso.

25. Por otra parte, en los casos en los que la crisis que justifica la declaración de alarma se fundamenta en hechos respecto de los que la ciencia carece de respuestas claras para su resolución, el principio de precaución obliga a ser deferente con las medidas establecidas por las autoridades para su resolución. La crisis sanitaria que conllevó la declaración del estado de alarma la ha provocado una pandemia originada por una enfermedad, la COVID 19, que hasta ese momento era desconocida, que puede ser muy grave, con un elevado riesgo de contagio y respecto de la que la ciencia en ese momento no podía ofrecer respuestas certeras.

26. Las circunstancias expuestas determinan que el examen de los pasos que conforman el juicio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ha de tener un alcance limitado. En concreto, por lo que se refiere al juicio de adecuación y al de necesidad solo puede efectuarse en sentido negativo. Es decir, para considerar que la medida es acorde con este principio no es necesario justificar que la medida es idónea porque es capaz de lograr el fin pretendido, sino que basta con comprobar que no puede considerarse inidónea para conseguir el resultado perseguido. Del mismo modo, para entender que se cumple el juicio de necesidad bastará con argumentar que no existen alternativas que con toda evidencia logren el mismo resultado incidiendo de modo menos lesivo en los derechos de los ciudadanos.

27. Por lo que se refiere el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (juicio ponderativo), este juicio no puede realizarlo el tribunal valorando si las ventajas de las medidas adoptadas son o no superiores a sus desventajas. Realizar tal valoración supondría sustituir el juicio político del Gobierno y el control que puede ejercer el tribunal, como es evidente, es un control jurídico. Por ello, este juicio ponderativo debe efectuarse en el sentido propuesto por R. Alexy, primero, identificando los bienes constitucionales que se encuentran en conflicto; segundo, atribuyendo a cada uno de ellos un “peso” atendiendo a las circunstancias concurrentes y tercero examinando el grado de afectación de la medida establecida en los bienes constitucionales en conflicto, de tal modo que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El juicio ponderativo supone que si el principio constitucional que se considera limitado no se compensa por el beneficio que conlleva para el

otro principio la limitación impuesta, la restricción del derecho fundamental no podrá considerarse constitucionalmente admisible.

28. Esta conclusión determina que en el supuesto que estamos analizando, en el que el estado de alarma ha sido declarado por existir una grave crisis sanitaria que pone en riesgo de forma grave la vida y la salud de la población, al valorar los derechos en conflicto, el derecho que va a tener mayor peso va a ser el derecho a la vida —es evidente que, en abstracto, ningún derecho tiene más valor que este— y dado el alto grado de afectación que en este derecho podía tener el ejercicio de los otros derechos en conflicto (la libertad de circulación, el derecho de reunión, el derecho a la educación, la libertad de empresa y la libertad religiosa) no parece probable que puedan considerarse desproporcionadas las limitaciones impuestas.

(v) El decreto que declare el estado de alarma puede imponer restricciones de derechos fundamentales que pueden afectar con carácter general a la población, no solo a personas individualizadas o individualizables.

29. Como se ha indicado, el contenido esencial de los derechos fundamentales no es inmutable, pues pueden existir circunstancias que justifiquen que el legislador, con el fin de proteger otros valores o bienes constitucionales y respetando las exigencias del principio de proporcionalidad, establezca restricciones a ese contenido. Ahora bien, estas limitaciones legalmente previstas son restricciones que, en principio, sus destinatarios han de ser ciudadanos determinados. Como regla general, no pueden imponerse a una pluralidad indeterminada de personas salvo en supuestos de estado de necesidad en los que sea necesaria una prohibición general con el fin de dar una respuesta inmediata a una situación que requiera una medida limitativa específica. Por ejemplo, ante un incendio forestal las autoridades pueden impedir la circulación por la zona afectada a toda la población en virtud de las potestades que le confiere la legislación en materia de protección civil. Sin embargo, cuando esa situación de emergencia no se puede solventar adoptando una medida concreta y específica, sino que para resolver la crisis es preciso establecer durante un tiempo medidas limitativas de derechos fundamentales que afecten a la población en general (no a ciudadanos determinados o determinables) parece que, si la situación que la provoca se encuentra dentro de las previstas en el art. 4 LOAES, la institución jurídica constitucionalmente más adecuada para afrontarla es el estado de alarma.

IV. Breve análisis de las medidas restrictivas de derechos fundamentales establecidas en el art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020.

30. Las consideraciones que acabo de efectuar me llevan a entender que las medidas restrictivas de derechos fundamentales que estableció el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 son acordes con la Constitución.

Por las razones expuestas, las restricciones establecidas no pueden ser calificadas como una “suspensión” de derechos fundamentales, sino como una “limitación” aunque esta restricción pueda ser tan intensa que pueda suponer, en determinados supuestos, “un vaciamiento de hecho” del derecho o su privación. Por ello, como el derecho constitucional es eficaz, las limitaciones impuestas para que puedan considerarse conformes con el art. 19 CE deberán cumplir las exigencias ya señaladas: tener cobertura en la LOAES y ser acordes con el principio de proporcionalidad, aunque, como se ha indicado, en este ámbito el principio de proporcionalidad tiene un alcance más limitado.

31. El art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020 estableció una intensa limitación del derecho a la libertad de circulación, pues solo permitió la circulación por las vías o espacios de uso público si concurría alguna de las causas que establecía esta norma. Estas limitaciones serán acordes con el art. 19 CE si, como se ha expuesto, tienen como fin salvaguardar bienes o valores constitucionales, tienen cobertura en la LOAES y respetan las exigencias del principio de proporcionalidad.

32. Es evidente que la finalidad de estas medidas es salvaguardar bienes o valores constitucionales, pues se adoptaron con el fin de hacer frente a una pandemia que estaba poniendo en riesgo muy grave la vida y la salud de la población. No hace falta recordar que cuando el estado de alarma se declaró la situación hospitalaria estaba al borde del colapso.

33. Las intensas limitaciones a la libertad de circulación que establecen los apartados 1 y 3 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 tienen, además, cobertura legal en el art. 11 a) LOAES. Este precepto establece que entre las medidas que podrá acordar el decreto de declaración del estado de alarma se encuentra la de “[l]imitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de

ciertos requisitos”. Ciertamente, las restricciones previstas en el art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020 tienen difícil encaje en el primero de los incisos del precepto, pues este inciso se refiere a limitaciones horarias o espaciales (permite limitar la circulación “en horas y lugares determinados”) y la prohibición de circulación que establece el citado artículo art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020 no es temporal ni se refiere a “lugares determinados”, se establece para todas las horas del día y afecta a todas las vías o espacios de uso público. Sin embargo, el segundo de los incisos en virtud del cual se puede condicionar la libertad de circulación “al cumplimiento de ciertos requisitos” da cobertura bastante a las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en los apartados 1 y 3 del art. 7 del Real Decreto. Esta norma lo que hace es, precisamente, condicionar el ejercicio de la libertad de circulación y la permanencia de personas en las vías o espacios de uso público a que se cumpla alguno de los requisitos que establece su apartado 1, pues solo en tales supuestos se puede ejercer este derecho. En consecuencia, estas limitaciones se encuentran amparadas en el art. 11 LOAES.

34. De igual modo, las limitaciones establecidas a la libertad de circulación cumplen las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad. Las intensas restricciones a la libertad de circulación establecidas en el art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020 no pueden considerarse que fueran manifiestamente inidóneas para evitar la propagación de la pandemia. Ni tampoco se puede afirmar que con toda evidencia existían medidas menos restrictivas de la libertad de circulación y que fueran igual de eficaces. Las medidas adoptadas estaban en consonancia con las recomendaciones sanitarias, incluidas las ofrecidas por la OMS, que insistían en que una de las medidas más eficaces para cortar la transmisión del virus era evitar los contactos sociales. Buena prueba de ello es que la mayoría de los países adoptaron medidas muy similares. Asimismo estas medidas superan el juicio de ponderación, pues, como se ha señalado, el derecho a la libertad de circulación colisiona con el derecho a la vida y con el derecho a la salud —derechos que en abstracto van a tener mayor peso que el derecho a la circulación— y, además, como la afectación de aquellos derechos era muy alta y con un elevado grado de seguridad (el riesgo de contagio era extremo en esos momentos) la limitaciones a la circulación impuestas, a pesar de su intensidad, no pueden considerarse desproporcionadas.

35. Tampoco puede apreciarse que las restricciones a la circulación impuestas por el art. 7.1 y 3 del Real Decreto 463/2020 lesionen los arts. 21, 6, 7 y 23 CE. Como sostiene la mayoría en relación con estas impugnaciones, las limitaciones a la circulación que esta norma

impone no inciden en el ámbito protegido ni por el derecho de reunión y manifestación ni pueden considerarse contrarias a los arts. 6, 7 y 23 CE, pues no impiden que partidos políticos, sindicatos ni asociaciones empresariales puedan reunirse ni ejercer la actividad que le es propia, aunque las limitaciones a la circulación puedan afectar al modo en que puedan desarrollar esta actividad.

36. Ha de señalarse, por otra parte, que los órganos judiciales, a los que el art. 53.2 CE encomienda la tutela de los derechos fundamentales, en el enjuiciamiento de los procedimientos sancionadores desarrollados por el incumplimiento de las previsiones de los preceptos considerados inconstitucionales por la posición mayoritaria o en los que se enjuicien la legalidad de las normas dictadas en su desarrollo, no han mostrado dudas sobre su constitucionalidad mediante el uso del mecanismo previsto expresamente en el art. 163 CE de la cuestión de inconstitucionalidad. Es más, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no solo no ha controvertido esta cuestión, sino que, expresamente, en las sentencias 171/2021, de 10 de febrero, y 324/2021, de 9 de marzo, ha considerado que las medidas previstas en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 sobre limitación de la circulación, no exigían la cobertura de la declaración del estado de excepción, siendo suficiente, por su naturaleza, la declaración del estado de alarma.

V. Otras cuestiones que plantea la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia.

A) ¿La declaración del estado de excepción conlleva más garantías para los ciudadanos que la declaración del estado de alarma?

37. La decisión mayoritaria considera que las “constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el art. 7 (apartados, 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud [...] exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el art. 116.1 CE (LOAES)”. Según se afirma, tales limitaciones hubieran requerido la “previa autorización del Congreso de los Diputados” prevista en el art. 116.3 CE, pues de otro modo se convierte la alarma en “un sucedáneo del estado de excepción, pero no sometida a la ‘previa autorización’ parlamentaria” y se estaría

“utilizando la alarma, como temían algunos constituyentes, ‘para limitar derechos sin decirlo’, esto es, sin previa discusión y autorización de la representación popular, y con menos condicionantes de duración” (FJ 11). A tenor de esta argumentación puede deducirse que, en opinión de la mayoría, las restricciones a la libertad de circulación impuestas por los citados apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 exigían la declaración del estado de excepción porque la declaración de este estado de emergencia conlleva más garantías para los ciudadanos.

38. No comparto esta conclusión. Es cierto que en el estado de excepción el control parlamentario existe desde el primer momento, pues para poder ser acordado requiere la previa autorización del Congreso de los Diputados. En cambio, el estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno y solo es preciso que dé cuenta a esta Cámara (la autorización del Congreso únicamente es necesaria si se quiere mantener por más de quince días). Ahora bien, aunque la declaración del estado de excepción precise la previa autorización del Congreso, esta exigencia no garantiza que las medidas que se establezcan sean más generosas con la libertad, pues, precisamente, la declaración de estado de excepción requiere la previa autorización del Congreso porque a su amparo se pueden imponer medidas que conllevan la privación temporal de la eficacia de normas constitucionales que garantizan derechos y libertades fundamentales. Esta medida va a ser siempre más restrictiva de la libertad que las limitaciones de derechos fundamentales que puedan establecerse en virtud del estado de alarma, pues estas limitaciones, por muy intensas que sean, no privan de efectos temporalmente a la norma constitucional que lo garantiza.

39. Como he puesto de manifiesto anteriormente, a mi juicio, la suspensión y la limitación de derechos fundamentales son instituciones distintas. El control de constitucionalidad que puede ejercerse sobre las medidas que afectan a los derechos suspendidos se limita a verificar que no son contrarias al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y que tienen cobertura en la ley orgánica a la que se refiere el art. 116.1 CE. Si dichas medidas no respetaran esta norma vulnerarían de forma mediata el citado precepto constitucional.

Por el contrario, si se declara el estado de alarma y a su amparo se limitan derechos —limitación que puede ser tan intensa que impida materialmente el ejercicio del derecho—, como la norma constitucional que lo garantiza no está suspendida, no solo se podrá controlar

si las restricciones impuestas con carácter general por el decreto que declare el estado de alarma tienen cobertura legal y cumplen un fin legítimo, sino también si respetan las exigencias del principio de proporcionalidad. Este último control, sin embargo, no podrá efectuarse respecto de las suspensiones de derechos que establezca el decreto de excepción, pues la suspensión acordada determina que mientras dure la suspensión ese derecho no “exista”. Por ello, al no “existir” el derecho, sus restricciones no tienen que ser proporcionadas, ni podrá aducirse a efectos de controlar la conformidad a Derecho de las medidas adoptadas al amparo del estado de excepción.

40. Atendiendo a otro tipo de consideraciones se llega también a la conclusión de que bajo el estado de excepción las libertades de los ciudadanos, al tener menos garantías que en el estado de alarma, se encuentran más afectadas. En este último caso, es el decreto que lo declara el que establece con carácter general, para todos los ciudadanos que se encuentren en el ámbito territorial al que afecta el estado de alarma, las limitaciones de derechos fundamentales, sin dejar margen alguno a los agentes de la autoridad para imponer restricciones específicas a ciudadanos determinados (arts. 11 y 12 LOAES). La autoridad gubernativa no tiene más prerrogativas que las que le atribuye el ordenamiento para garantizar su cumplimiento. Por el contrario, en el estado de excepción son las autoridades quienes deciden cuándo ejercer las potestades exorbitantes que le atribuyen los arts. 16 y ss. LOAES, en qué situaciones concretas y las personas que se van a ver afectadas por ellas [así, por ejemplo, la suspensión del art. 17 CE permite que cualquier persona pueda ser detenida si la autoridad gubernativa la considera sospechosa de alterar el orden público (art. 16 LOAES) o si la suspensión afecta al art. 18 se podrán efectuar registros domiciliarios cuando se considere necesario para esclarecer hechos presuntamente delictivos].

41. Resulta, por tanto, que en el estado de excepción, a diferencia de lo que ocurre en el de alarma, la restricción concreta de las libertades de los ciudadanos se produce en la mayoría de los supuestos de forma individualizada y como consecuencia de una específica decisión de la autoridad gubernativa. La autorización del Congreso de los Diputados y el decreto que a su amparo declara el estado de excepción actualiza las habilitaciones que están en potencia en los arts. 16 y ss. LOAES, con la consecuencia de que, suspendidos unos u otros derechos, la intervención concreta que afecte a determinados ciudadanos dependerá de la apreciación discrecional de la autoridad gubernativa.

De este modo, bajo el estado de alarma los ciudadanos conocen de antemano en qué medida sus derechos o libertades quedan limitados. Tienen certeza jurídica del alcance de la restricción de sus derechos o libertades, sin que estas limitaciones dependan de decisiones concretas de los agentes de la autoridad. En el estado de excepción, sin embargo, estas limitaciones dependen de la apreciación de los agentes de la autoridad a quienes la norma atribuye un amplio margen de discrecionalidad. La atribución de estas potestades exorbitantes a las autoridades gubernativas sitúa al ciudadano en una relación de sujeción general que no solo le impide conocer si su ámbito de libertad va a ser restringido —situación de incertidumbre que, por la inseguridad que genera, incide de modo negativo en su esfera jurídica— sino que, además, si finalmente esa afectación se produjera no podría invocar la norma constitucional que garantiza el derecho restringido (norma que se encuentra suspendida), sino, tan solo, las disposiciones correspondientes de la LOAES y, en relación con ellas, el principio de proporcionalidad.

B) Las autorizaciones otorgadas por el Congreso de los Diputados para prorrogar el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 conllevan la subsanación del vicio —la falta de la previa autorización por el Congreso de los Diputados— en el que, según sostiene la mayoría incurrieron, los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020. Alcance de la convalidación.

42. La mayoría considera que los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020 son inconstitucionales porque establecieron medidas que conllevaron la suspensión del derecho fundamental que consagra el art. 19 CE sin contar con la previa autorización del Congreso de los Diputados. Considera que para adoptar estas medidas el Gobierno hubiera debido declarar el estado de excepción y para ello hubiera debido contar con carácter previo con la referida autorización. Por este motivo estiman que los referidos preceptos son inconstitucionales y nulos.

43. Esta conclusión, sin embargo, no creo que sea correcta. Aunque se aceptara la tesis que sostiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia y, por tanto, se entendiera que los referidos apartados del art. 7 del Real Decreto 463/2020 suspendieron el derecho a la libertad de circulación sin la previa autorización del Congreso, en el presente caso, esta infracción constitucional no podría conllevar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de estos preceptos. Ciertamente, el Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma,

no el estado de excepción y por ello no contó con la previa autorización del Congreso de los Diputados. Ahora bien, once días después el Congreso otorgó esa autorización. El 25 de marzo de 2020 el Pleno del Congreso de los Diputados acordó conceder la autorización para prorrogar el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. Esta autorización prorrogó todas las medidas adoptadas por el Gobierno e impuso, además, la obligación de remitir semanalmente al Congreso información documental sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para alcanzar los objetivos propuestos. A partir de este momento las medidas establecidas en el Real Decreto 463/2020 y en los sucesivos reales decretos que las prorrogaron contaban con la previa autorización del Congreso de los Diputados —autorización que se acuerda con la misma mayoría que la exigida para declarar el estado de excepción—, por lo que cumplían las exigencias que la Constitución impone para suspender derechos fundamentales, aunque fueran previstas por una norma que declaró el estado de alarma y no el de excepción. Los actos jurídicos han de calificarse de acuerdo con su naturaleza, no con el nombre que se les otorgue.

44. Cabría sostener incluso que la autorización otorgada por el Congreso el 25 de marzo de 2020 para prorrogar el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, al autorizar todas las medidas establecidas en el referido real decreto, subsanó en origen el vicio en el que, según sostiene la mayoría, incurrió el Gobierno al dictar esta norma sin la previa autorización del Congreso de los Diputados y convalidó los preceptos que establecían tales medidas. Aunque se aceptara que el Consejo de Ministros cuando aprobó el Real Decreto 463/2020 incurrió en una infracción de la Constitución al haber suspendido derechos fundamentales sin la previa autorización del Congreso, este vicio habría sido subsanado por esta Cámara al hacer suyas en su integridad las medidas acordadas por el Gobierno. El órgano competente para otorgar la autorización —el Congreso de los Diputados—, al prorrogar las medidas adoptadas por el Consejo de Ministros, las confirmó, lo que supone asumir como propio lo acordado por el Gobierno.

45. Para que un órgano pueda subsanar los actos dictados por otro es necesario que el ordenamiento le haya otorgado potestades para reformar la decisión de aquel y en este caso es claro que la Constitución atribuye al Congreso potestades para reformar las medidas adoptadas por el Gobierno. Por ello, puede mantenerse que la prórroga íntegra de tales medidas corrigió el defecto inicial en el que incurrió el Gobierno al adoptar medidas suspensivas de derechos fundamentales —según mantiene la mayoría— sin la preceptiva

autorización del Congreso y convalidó los preceptos que establecieron estas medidas (los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto).

46. El problema que plantea esta convalidación es que si, como sostiene la mayoría, las medidas adoptadas conllevan la suspensión del derecho fundamental que garantiza el art. 19 CE, no podrían tener una duración superior a sesenta días, que es el plazo máximo que puede estar en vigor el estado de excepción (art. 116.3 CE). En consecuencia, estas medidas hubieran debido decaer el 13 de mayo de 2020, que es cuando transcurrió este plazo. Sin embargo, estuvieron en vigor hasta las 00:00 horas del día 21 junio de 2020, fecha en la que venció la última prórroga de la vigencia del Real Decreto 463/2020 otorgada por el Real Decreto 555/2020, de 5 junio. Por ello, si, según sostiene la opinión mayoritaria, el llamado “confinamiento domiciliario” conlleva una suspensión del derecho que consagra el art. 19 CE, su inconstitucionalidad no debería declararse porque fuera acordado sin contar con la autorización del Congreso —los preceptos que lo establecieron fueron convalidados por las autorizaciones del Congreso para prorrogar el estado de alarma—, sino porque se prorrogó durante más tiempo del permitido por el art. 116.3 CE.

47. Las anteriores consideraciones evidencian que el estado de excepción no puede ser el cauce para resolver situaciones de emergencia que no tengan su causa en una grave alteración de la seguridad ciudadana. Esta concepción supone dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior a sesenta días y exigieran adoptar medidas que conllevaran intensas limitaciones de derechos fundamentales. A mi juicio, privar al Estado de estas potestades exorbitantes para gestionar este tipo de crisis carece de justificación constitucional. En mi opinión, aplicar las reglas del estado de excepción —entre ellas su límite temporal— a la gestión de las crisis en las que no se encuentra afectada la convivencia pacífica de la sociedad constituye un grave error conceptual que lleva a una interpretación que distorsiona por completo la configuración de los estados de emergencia que efectúa el art. 116 CE. Como he expuesto, el presupuesto que habilita a declarar estos estados es distinto en cada caso y también son diferentes las medidas que al amparo de ellos pueden establecerse. Entender, como mantiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que lo que determina la declaración de uno u otro estado es la intensidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales que hayan de adoptarse para solventar la situación de emergencia supone desvirtuar el sentido constitucional de estos estados y conduce a situaciones paradójicas, pues no solo priva al Gobierno de potestades

necesarias para poder resolver crisis que no tengan su origen en una alteración grave de la seguridad pública, sino que además, como ya he señalado, supone una merma importante de las garantías constitucionales.

C) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

48. En el fundamento jurídico 11 la sentencia ha limitado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad modulando los efectos de la nulidad. Esta limitación se ha efectuado en unos términos que, a mi juicio, no aportan claridad. Salvo cuando se refiere a los supuestos en los que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 40.1 LOTC y 161.1 a) CE no es posible la revisión de los actos dictados al amparo de normas declaradas inconstitucionales (sentencias firmes salvo que tengan por objeto un acto de carácter penal o sancionador), los demás casos en los que se limitan los efectos no están debidamente diferenciados entre sí y las razones en las que se fundamenta la limitación del alcance de la nulidad no justifican, en mi opinión, esta medida.

49. La sentencia (FJ 11) alude, por una parte, [apartado a)] a los supuestos que no son susceptibles de revisión, diferenciando entre: (i) “los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”; (ii) “las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes” y (iii) “las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados”; por otra, [apartado b)] menciona los casos que sí pueden ser objeto de revisión: “los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad” y, por último [apartado c)], se establece que “esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.

50. Nada habría que objetar a los supuestos previstos en el inciso (i) del apartado a) pues los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [art. 161.1 a) CE y art. 40 LOTC], salvo los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a procedimientos sancionadores en los que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad (art. 40.1 LOTC) no pueden ser objeto de revisión. Y

tampoco suscita ninguna duda que estos últimos procesos sí pueden ser revisados, como establece el apartado b).

51. Tampoco son susceptibles de revisión, según mantiene la decisión mayoritaria, “las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes”. Los motivos que me llevan a discrepar de la mayoría en relación con esta limitación de efectos son las razones por las que considera que este tipo de situaciones no pueden ser revisadas. En contra de lo que parece sostenerse, la imposibilidad de revisar este tipo de “situaciones” no es un efecto que se derive con carácter general de las sentencias de inconstitucionalidad. El tribunal, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, y en otras muchas, ha admitido la limitación de efectos respecto de los actos firmes que no tengan naturaleza penal o sancionadora, pero solo en aquellos casos en los que exista un valor constitucional que lo justifique. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la regla general es la eficacia retroactiva de las sentencias. El principio de constitucionalidad (art. 9.1 CE) impone la plena adecuación del orden jurídico a la Constitución y conlleva que, en principio, deban eliminarse del ordenamiento todos aquellos actos de aplicación de preceptos que hayan sido declarados inconstitucionales. No obstante, esta regla general cede en aquellos casos en los que sea necesario conservar este tipo de “situaciones” con el fin de salvaguardar otro bien constitucional que, por las circunstancias concurrentes, obligue a modular los efectos que se derivan del principio de constitucionalidad. Por ello, la imposibilidad de revisar las situaciones firmes que no tengan valor de cosa juzgada no es una limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que se produzca siempre y en todo caso desde la STC 45/1989, como parece sostener la mayoría, sino únicamente cuando el tribunal así lo declara y para ello será preciso que lo justifique en la necesidad de salvaguardar un bien constitucional que se considere merecedor de protección.

52. La mayoría considera que tampoco cabe revisar “las demás situaciones jurídicas generadas por aplicación de los preceptos anulados”. La primera cuestión que plantea este tercer inciso del apartado a) es determinar las situaciones a las que alude. Una interpretación sistemática de este apartado lleva a entender que su inciso tercero se refiere a todos aquellos casos en los que la “situación jurídica” no haya devenido firme, pues las que tienen valor de cosa juzgada se han excluido en el primer inciso y las “situaciones firmes” en el segundo, por lo que el único sentido que puede tener el tercer inciso es el de referirse a actos o “situaciones” no firmes por estar pendiente de revisión o puedan serlo. Ahora bien, si esto

fuera así se llegaría al absurdo de afirmar la aplicabilidad pro futuro de preceptos declarados inconstitucionales que han sido expulsados del ordenamiento jurídico.

53. La segunda cuestión que se suscita en relación con esta limitación de efectos es analizar si los argumentos en los que la mayoría la fundamenta justifican esta decisión. Estos argumentos son dos: (i) “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales” y (ii) la suspensión afecta a la generalidad de la población y, según se afirma, “no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE)”.

Los motivos expuestos no pueden fundamentar, a mi juicio, la limitación de efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. Estas normas, salvo las llamadas leyes singulares, que son excepcionales, se caracterizan por su generalidad, por lo que el razonamiento de la mayoría llevaría a tener que limitar la eficacia retroactiva de casi todas las sentencias que declarasen la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley y, como evidencian los más de cuarenta años de jurisprudencia constitucional, esto no es así. De igual modo, tampoco me parece que pueda justificar la limitación de los efectos de la sentencia el que la inconstitucionalidad se fundamente “en el instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales”. Con este razonamiento lo que la mayoría parece sostener es que hay inconstitucionalidades de diversos grados, las que afectan “a la materia”, esto es, a lo regulado por la norma, y las que se refieren a la “forma”, es decir, al procedimiento y a la competencia para establecer esa regulación. Sin embargo, esta conclusión no es correcta, pues, como se afirmó en la STC 109/2016, de 7 de junio, FJ 5 C), “[l]a democracia parlamentaria no se agota, ciertamente, en formas y procedimientos, pero el respeto a unas y otros está entre sus presupuestos inexcusables”.

54. La sentencia excluye también que puedan formularse reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la administración con fundamento en la

inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia [apartado c)]. Se afirma que no caben este tipo de reclamaciones por tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar. No se explica, sin embargo, por qué los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar los efectos de una norma que el tribunal ha declarado inconstitucional. Estas razones deberían haberse expuesto.

55. A mi juicio, la modulación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad no se ha efectuado con la claridad que este tipo de declaraciones requiere. El casuismo en el que incurre y la imprecisión de los conceptos utilizados puede inducir a confusión y si algo debe estar claro en una sentencia es el alcance del fallo. De otro modo, se crea inseguridad jurídica, lo que puede dar lugar a aumentar la litigiosidad y a la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios. Por ello, entiendo que, si lo que se pretendía con esta limitación de efectos era establecer la eficacia ex nunc de la declaración de inconstitucionalidad, como parece deducirse de la modulación de efectos que realiza la sentencia, se hubiera debido decir con claridad y justificar esta limitación de efectos respecto del pasado en la necesidad de salvaguardar un bien o valor constitucional. En las observaciones iniciales he expuesto que la lógica de nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes comporta, como invariablemente ha aceptado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la facultad del Tribunal Constitucional de limitar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando es necesario para preservar valores constitucionales.

56. En mi opinión, en este caso existen valores constitucionales que justifican esta limitación de efectos, al menos en lo que se refiere a los apartados 1, 3 y 5 de art. 7 del Real Decreto 463/2020 (el llamado “confinamiento domiciliario”). A través de las normas anuladas se adoptaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la COVID-19 con el fin de salvaguardar la vida y salud de la población que se encontraba gravemente amenazada por esta enfermedad. El riesgo de contagio era extremo, los hospitales estaban colapsados y se adoptaron las medidas que, en aquel momento, se consideraron las más idóneas para evitar la propagación de la enfermedad. Junto a ello existía una situación de incertidumbre jurídica. La situación creada no tenía precedentes en nuestra historia constitucional y no había certeza sobre cuál debía ser el cauce jurídico que debía seguirse para imponer estas medidas (buena prueba de ello es el intenso debate que se ha suscitado entre los juristas sobre si el estado de alarma era el adecuado para establecerlas o era preciso acordar el

estado de excepción). Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerarse constitucionalmente justificado que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta. En estos casos, el derecho a la vida y a la salud justifican que el tribunal declare la limitación de efectos de la nulidad respecto del pasado, esto es, que otorgue a la sentencia únicamente efectos ex nunc, lo que conllevaría que, al carecer la norma de vigencia por caducidad, la declaración de inconstitucionalidad no tuviera más efectos que el de permitir la revisión de los actos sancionadores dictados a su amparo, aunque hayan devenido firmes (art. 40.1 LOTC).

57. Esta es la consecuencia que, según creo, se deriva de la modulación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad que efectúa la sentencia, si bien para llegar a ella ha acudido a un casuismo que dificulta la comprensión del alcance del fallo y se fundamenta de un modo que, en mi opinión, es incorrecto. Por ello, aunque no comparto la declaración de nulidad de los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto 463/2020, tal y como he expuesto, considero que, declarada la inconstitucionalidad y nulidad de estos preceptos, el tribunal hubiera debido precisar con más claridad y mayor corrección el alcance del fallo y las razones que justifican la limitación de efectos.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil veintiuno. Voto particular que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. Las razones de mi discrepancia son las que tuve ocasión de sostener en el Pleno en el que se deliberó el presente asunto.

Mi disconformidad tiene que ver esencialmente con la fundamentación que se realiza en la sentencia para sostener la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, pues considero que parte de un entendimiento equivocado de las categorías constitucionales aplicables.

Este erróneo planteamiento tiene como resultado inmediato declarar inconstitucionales las medidas adoptadas por el Gobierno para luchar contra las pandemias en dicho artículo séptimo; medidas que habían sido ratificadas por más del 90 por 100 de los miembros del Parlamento cuando se aprobó la prórroga inicial.

El correcto entendimiento de las categorías constitucionales suspensión/restricción no es por tanto un simple problema doctrinal, pues tiene importantes consecuencias en nuestro sistema de derechos fundamentales.

1. Debo señalar, en primer lugar, que la sentencia de la que discrepo parte de un entendimiento “material” del concepto constitucional de “suspensión” lo que le lleva a considerar que, en lo que a los derechos afecta, existiría un continuum entre su restricción (posible en el estado de alarma) y su suspensión (solo posible en los estados de excepción y sitio). Nociones que solo serían distinguibles en términos de la menor o mayor intensidad de la incidencia sobre los derechos fundamentales.

Es este entendimiento gradualista o cuantitativo de cada una de estas intervenciones, suspensión/restricción, sobre los derechos fundamentales la que lleva a la sentencia de la mayoría a considerar que, en el caso de lo dispuesto en determinados apartados del art. 7 del Real Decreto impugnado, se produjo una suspensión de derechos, pues se adoptó una restricción del derecho a la libertad de circulación de “altísima intensidad”, y “general en cuanto a sus destinatarios”. Sin precisar, con la suficiente certeza el momento concreto en que una determinada limitación puede considerarse como de “altísima intensidad”, por lo que el canon establecido solo puede generar una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión.

Suspensión que, en nuestro sistema constitucional, no sería posible adoptar bajo la declaración de un estado de alarma sino únicamente bajo la declaración de un estado de excepción o uno de sitio. Es así el estado de excepción, el que considera la sentencia que se

tendría que haber declarado para poder acometer la situación pandémica acontecida en marzo de 2020, a pesar de no concurrir, como desarrollaremos, el presupuesto para poder declararlo que no es otro que una grave alteración del orden público.

Considero que este enfoque es equivocado. Restricción y suspensión son dos categorías jurídicas distintas.

2. La suspensión a la que se refiere el artículo 55.1 CE, además de exigir una declaración formal que explícitamente la prevea, se debe identificar con la supresión temporal del derecho o, si se quiere decir de manera distinta, con el desplazamiento circunstancial o pro tempore de la norma constitucional, de tal modo que el régimen jurídico-constitucional del derecho suspendido, incluyendo sus garantías, pasaría a ser sustituido por el régimen que establezca, para los estados de excepción y sitio, aquella ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE [así lo hace hoy la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), sobre todo en sus artículos 16 a 23].

Así, en tales estados de crisis (excepción y sitio) los derechos suspendidos perderían su condición de derechos constitucionales. Se produciría una supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional. Los correspondientes ámbitos de libertad pasarían a estar intervenidos y regidos, porque así lo habría querido la Constitución para estas situaciones extremas, por lo dispuesto en la ley orgánica a la que la propia norma fundamental se remite. Un derecho “en suspenso” no sería, en definitiva, un derecho configurado por la Constitución, por más que la ordenación legislativa de su ámbito propio (ex art. 116.1 CE) no pudiera incurrir en arbitrariedad.

Es por ello, por lo que “suspensión”, de una parte, y “restricción” extraordinaria de derechos, de la otra, operarán en planos jurídicos diferentes: la primera, para los estados de excepción y sitio, produciría que el derecho fundamental suspendido pierda eficacia temporalmente y sea sustituida por la ordenación dispuesta por la concreta ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE; la segunda, para el estado de alarma, produciría que el contenido del derecho fundamental restringido, quede con carácter general disminuido, incluso de modo drástico, por el Real Decreto de declaración de dicho estado, pero sin que desaparezcan algunas de las garantías constitucionales de aquel contenido como es la del sometimiento de tal restricción al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, para la sentencia de la que discrepamos, lo procedente hubiera sido hacer desaparecer el derecho a la libre circulación mediante su suspensión declarando el estado de excepción. Proponer que se garantizan mejor los derechos de los ciudadanos suprimiéndolos en lugar de restringiéndolos dejando incólumes sus garantías constitucionales, es, a mi juicio, no comprender adecuadamente el sistema de derechos fundamentales establecido en nuestra norma fundamental.

La concepción que subyace a la fundamentación de la sentencia de la que discrepamos es contradictoria con nuestro régimen ordinario de derechos fundamentales en el que se admiten intensas restricciones del haz de facultades que un determinado derecho fundamental reconoce.

Difícilmente se puede poner en duda, por ejemplo, la constitucionalidad de la previsión de confinamientos individuales como los que se podrían derivar del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública cuando establece que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, [y] de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”. Se trata de una previsión que habilita una restricción de derechos de “altísima intensidad”, como se demostró con la crisis del ébola de 2014, pero que no por ello determina que la misma se convierta en una suspensión.

Tampoco el carácter general o individual de una medida puede ser el criterio determinante para que un derecho fundamental, que supone siempre el reconocimiento de un haz de facultades individuales, se considere suspendido en lugar de restringido. Cuando el art 17.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, dispone que “los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración”, no está suspendiendo el derecho de libre circulación por tratarse de una medida “general en cuanto a sus destinatarios”.

Así, ni la intensidad de la restricción, ni su generalidad, ni ambas conjuntamente, pueden determinar la transformación de una restricción en una suspensión.

Por cierto, que en lo que se refiere a la supuesta intensidad de la restricción conviene resaltar la incongruencia interna en la que incurre la sentencia de la mayoría, pues considera que el art. 7 del Real Decreto impugnado supone una limitación del derecho a la libre circulación de “altísima intensidad” —que hace que la restricción se transmute, según su concepción, en una suspensión—, pero, sin embargo, la propia sentencia diluye la intensidad de la restricción cuando considera que era posible circular para realizar tanto las “actividades” que expresamente puntualiza el art. 7 [y que no cabe olvidar que incluyen cláusulas abiertas que deben ser interpretadas, pro libertate: la primera “por causa de fuerza mayor o situación de necesidad”, punto g), y la segunda “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”, punto h)]; como las “actividades” que constituían un ejercicio del resto de derechos fundamentales que nunca fueron prohibidas. En efecto, señala correctamente la sentencia cómo bajo el estado de alarma declarado los ciudadanos podían circular por las vías públicas, además de en los supuestos expresamente previstos, también para encaminarse a los lugares de culto y a ceremonias religiosas; para, en su caso, manifestarse; para acudir a reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, y, en fin, prácticamente para ejercer cualquier otro derecho fundamental distinto del propio de circular. Con ello indudablemente la propia sentencia de la que discrepamos, contradice su propia afirmación de que se trataba de una restricción de altísima intensidad que es la ratio que utiliza para convertir una restricción en una suspensión.

Como ya hemos indicado, para la sentencia la suspensión se caracteriza por ser una forma más intensa de restricción del haz de facultades que se derivan del reconocimiento de un derecho fundamental. Sin embargo, considero, como igualmente he señalado ya, que la suspensión no es sino la supresión temporal del derecho y de sus garantías constitucionales, y su sustitución por lo dispuesto en la normativa de excepción. La suspensión exige una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las referidas garantías constitucionales.

Ciertamente, es la normativa de excepción —la LOAES, que reemplaza a las disposiciones constitucionales relativas a aquellos derechos fundamentales que de acuerdo con el art. 55.1 CE pueden ser suspendidos—, la que, en su caso, puede someter la suspensión

de un determinado derecho al cumplimiento de concretos requisitos y condiciones que pasan así a constituirse en las garantías temporales de tal derecho mientras rija el correspondiente periodo de excepción que permite la suspensión. La decisión relativa a cuáles son las garantías de los derechos una vez suspendidos queda así en manos del legislador orgánico al que se remite el art. 116 CE, que es el que tiene la capacidad de sustituir de manera temporal el régimen de los derechos en situación de normalidad por el régimen de los derechos en situación de excepción.

Así, ese legislador orgánico de excepción puede decidir que el régimen jurídico de los derechos en tales situaciones se someta al cumplimiento de determinadas condiciones como puede ser la de que las medidas a adoptar sean las estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOAES). Se trata, en este caso, del establecimiento por el legislador de excepción al que se remite el art. 116 CE de una condición legal, que no constitucional. Condición contingente, que no constitucionalmente necesaria, se ha señalado por la doctrina, pues no se deriva de la propia Constitución que precisamente habilita a aquel legislador para determinar, de manera temporal, el concreto régimen jurídico de determinados derechos en aquellas situaciones de excepción en las que se permite por previsión constitucional, ex art. 55.1 CE, su suspensión.

Recapitulando, lo que diferencia la categoría de la suspensión de la restricción es la sustitución, entre otras, del régimen de garantías al que se someten las limitaciones de un concreto derecho y no el grado de intensidad o la generalidad de estas. La sentencia de la mayoría pretende que el régimen de garantías de los derechos limitados para hacer frente a la pandemia, en este caso el derecho a la libre circulación sea el propio del estado de excepción, donde las garantías constitucionales desaparecen, en lugar de aquel donde ello no ocurre, el estado de alarma. Se trata de una discutible concepción de los derechos fundamentales, pues los que la sostienen afirman que su construcción serviría a una mayor garantía de aquellos, cuando es precisamente al contrario, pues su efecto es, como hemos visto, la supresión de las garantías constitucionales a cambio de la mera parlamentarización de su declaración inicial. Parlamentarización que, por cierto, está igualmente prevista en el estado de alarma para poder prorrogar las medidas más allá de los primeros quince días.

Cabe realmente dudar de que los derechos de los ciudadanos se encuentren mejor protegidos en un sistema democrático como el nuestro, donde el Gobierno se encuentra

sustentado por una mayoría parlamentaria, si se exige que la autorización de las medidas sea acordada por el Congreso desde el primer momento mediante la declaración del estado de excepción, pero se haga, por el contrario, prescindiendo de las garantías constitucionales de los derechos. No otra cosa es lo que propone la construcción doctrinal de la sentencia. Para evitar que el Gobierno restrinja unilateralmente nuestros derechos durante quince días declarando el estado de alarma, la doctrina sustentada por la mayoría exige que sea el Congreso el que autorice a suspender los derechos mediante el estado de excepción. En este segundo caso se habrán suprimido el contenido de nuestros derechos constitucionales y sus garantías, supresión que no es posible bajo el estado de alarma.

3. Una vez recordado lo anterior, no cabe sino señalar que el hecho de que consideremos restricciones las medidas recogidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, no significa que las mismas no deban quedar sometidas al escrutinio de este tribunal.

Así, una medida de confinamiento domiciliario puede ser adoptada bajo cualquiera de los dos estados (alarma o excepción), pero el régimen jurídico y las garantías del derecho variarán dependiendo de si nos encontramos ante una restricción (alarma) o ante una suspensión formalmente declarada (excepción). Las restricciones de derechos a que puede dar lugar la declaración de un estado de alarma quedan sujetas siempre a límites y condiciones constitucionales, pues precisamente ello es lo que caracteriza a las restricciones frente a las suspensiones.

Son estos límites y condiciones constitucionales los que habría que haber aplicado para determinar si el Real Decreto impugnado era o no era conforme con nuestro ordenamiento constitucional. Pero, la eventual vulneración de tales límites y condiciones no supondría, sin embargo, la transformación de la restricción de un derecho en una suspensión del mismo, sino, simplemente, que tal restricción debió ser considerada contraria a la Constitución.

Así, en efecto, en el caso del Real Decreto 463/2020 no se produjo formalmente la suspensión de derecho alguno y, por tanto, de lo que se trataba era de determinar si las restricciones de derechos establecidas en aquella norma se adecuaban a los límites y condiciones que permanecían incólumes precisamente por no haber quedado aquellos derechos formalmente suspendidos.

En primer lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación de la concurrencia de alguno de los presupuestos habilitantes que la Ley Orgánica 4/1981, fija a efectos de la lícita proclamación de la alarma constitucional ante la insuficiencia de los “poderes ordinarios” para el “mantenimiento [restauración, en rigor] de la normalidad” (art. 1.1 LOAES), presupuestos o hechos determinantes que, como es sabido, se enuncian en el artículo 4 de la misma Ley Orgánica y que se relacionan con determinados sucesos naturales o crisis sanitarias tales como epidemias.

En segundo lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación de la debida sujeción de las medidas introducidas por el mismo a las normas que en la LOAES establecen los tipos genéricos de intervenciones posibles en un estado de alarma (arts. 11 y 12 LOAES), normas cuya eventual transgresión por aquel decreto determinaría su inconstitucionalidad por infracción (mediata) del artículo 116.1 CE.

Y finalmente, y en tercer lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación del respeto del principio de proporcionalidad en la concreta configuración de las medidas adoptadas. Así en el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten en todo caso y al servicio de que así sea está el control de proporcionalidad sobre el decreto que lo declare (siempre que ese mismo decreto hubiera superado previamente, con arreglo a la LOAES, el control de legalidad).

Lo que este tribunal debiera haber hecho es aplicar el referido canon a los preceptos impugnados. Y al hacerlo, lo primero que hubiese constatado es la procedencia de haber declarado, ante la emergencia deparada por la pandemia, un estado de alarma, siendo así que una de las “alteraciones graves de la normalidad” que pueden justificar el recurso a este instrumento es el de las “[c]risis sanitarias, tales como epidemias [...]” [art. 4, punto b), LOAES].

En segundo lugar, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11 a) LOAES, hubiese confirmado que una de las medidas que pueden ser adoptadas “en el decreto de declaración del estado de alarma, o en los sucesivos que durante su vigencia se dicten” es la de “[I]mitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas o lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”.

Lo establecido en el artículo 7 (apartados 1 y 3) del Real Decreto tendría, entiendo, encaje en esta previsión legal.

Así, el Real Decreto de alarma viene a prohibir —a salvo de las “actividades” que expresamente puntualiza en el art.7 (incluyendo las cláusulas abiertas que allí se recogen) y a salvo también, como recuerda la sentencia de la mayoría, de las “actividades” que sean un ejercicio del resto de derechos fundamentales que nunca fueron prohibidas—, la circulación por todas “las vías o espacios de uso público” y durante cualesquiera horas, restricción extrema que cabe reconducir, sin embargo, a la abierta previsión del primer inciso del precepto en orden a la limitación de permanencia y tránsito en horas o lugares que se determinen a la vista de las circunstancias de la emergencia [artículo 11 a) LOAES].

Es más, la regla controvertida recogida en el art. 7 encontraría igualmente su acomodo en la otra previsión del mismo artículo 11 a) LOAES, que apodera genéricamente para condicionar la libre circulación “al cumplimiento de ciertos requisitos”, requisitos que podrían entenderse aquí cifrados en la “realización de las [...] actividades” que relaciona, a título de excepciones a la norma impeditiva, el artículo 7 del Real Decreto.

No puede, por tanto, compartirse la formalista afirmación de la sentencia de la que discrepamos de que la disposición impugnada plantea la posibilidad de circular no como regla, sino como excepción, pues, precisamente lo que plantea es la posibilidad de circular sometida a una serie de requisitos como son la realización de ciertas actividades.

En tercer lugar, hubiese concluido que la medida establecida en el artículo 7 (apartados 1 y 3) del Real Decreto no puede ser tachada —en sí misma— de desproporcionada. Fue, cabría decir, una limitación razonablemente idónea y necesaria, en las circunstancias en las que se adoptó, para hacer frente de manera perentoria a una epidemia (pandemia, a escala universal) fuera de control entonces, de magnitud sin precedentes para las generaciones vivas y que no solo ponía en riesgo máximo la salud de todos (art. 43 CE), sino que amenazaba también con deparar inmediatos estragos sociales y económicos. Así las cosas, esta extrema constricción de la libertad de circulación se puede considerar idónea a fin de detener la expansión de los contagios y en atención a las recomendaciones cursadas por la Organización Mundial de la Salud, que puso énfasis, como es conocido, en la necesidad de

acotar y restringir, ante la ubicuidad del virus, los contactos sociales. Fue, asimismo una medida necesaria o indispensable en aquella ocasión, cuando los recursos sanitarios se encontraban al límite de sus capacidades y se carecía tanto de terapias adecuadas para la enfermedad en curso como, muy en particular, de vacunas para evitar las infecciones o remediar sus efectos más intensos, terapias y sobre todo vacunas que, según la experiencia acreditó después, hubieran permitido —de estar disponibles y generalizarse— evitar o aliviar tan drástica limitación de la libertad constitucional (art. 19 CE). Sin que quepa olvidar, en fin, que medidas análogas fueron adoptadas en fechas muy próximas por las autoridades competentes de otros Estados de la Unión Europea. No puede corresponder al control de la jurisdicción constitucional, a la vista de todo ello, concebir y designar opciones de prevención sanitaria menos incisivas sobre el derecho fundamental y que fueran, en lo sustancial, de equivalente eficacia.

Sin embargo, la sentencia de la que discrepamos no hace nada de esto. La razón para calificar como una suspensión una restricción muy intensa de un derecho fundamental no parece ser otra que, como se ha denunciado, permitir un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad. Es un atajo con el que se pretende, por un lado, eludir un juicio de constitucionalidad más riguroso y complejo, basado en el principio de proporcionalidad; y por otro, permitir que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la medida adoptada aun cuando la misma pudiese superar tal juicio de proporcionalidad.

Ciertamente, la propia sentencia de la mayoría parece considerar que las medidas adoptadas habrían sido proporcionadas para hacer frente a la situación planteada en marzo de 2020, pues así se afirma en el fundamento jurídico 11 que dispone que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se lleva cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales”. Pero viene a considerar que tanto el Gobierno como el Parlamento que prorrogó las medidas inicialmente adoptadas por este con más del 90 por 100 de apoyo de la Cámara y sin ningún voto en contra, erraron en la elección del estado declarado.

Para la sentencia no había que declarar el estado, el de alarma, que mejor se adaptaba al presupuesto de hecho, una pandemia, y que era el que mejor permitía mantener las

garantías constitucionales; entre las cuales se encuentra el control de la proporcionalidad de las medidas. No, era preferible innovar y considerar que se cumplía el presupuesto de hecho de otro estado, el de excepción, y que se garantizaban mejor los derechos de los ciudadanos suprimiéndolos.

4. En efecto, la sentencia de la mayoría nos propone para luchar contra la pandemia suprimir los derechos constitucionales y sus garantías mediante la declaración del estado de excepción. Para ello debe superar el obstáculo no menor que supone el hecho de que no se cumpla el presupuesto para poder declarar tal tipo de estado.

Como se desprende de los debates constituyentes, de los debates legislativos que se produjeron al aprobarse la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de lo interpretado mayoritariamente por la doctrina científica, y de la propia doctrina previa de este Tribunal Constitucional, la declaración de un estado de excepción tiene como presupuesto la existencia de una situación de naturaleza eminentemente política que pueda provocar una grave alteración del orden público. Así, mientras que de acuerdo con el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, el estado de alarma se dispone para hacer frente a situaciones derivadas de hechos naturales (terremotos, inundaciones), crisis sanitarias (epidemias, contaminación grave), accidentes graves, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, o también alteraciones que supongan la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (en este último supuesto, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y siempre que concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en el propio artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981); el estado de excepción, de acuerdo con el art. 13 de la Ley Orgánica 4/1981, ofrece una respuesta a situaciones de naturaleza eminentemente política que pueden provocar una grave alteración del orden público. Es la alteración del orden público, incidiendo en aspectos como el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, o el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, el presupuesto que debe concurrir para la declaración del estado de excepción.

Así se desprende del proceso de elaboración de la vigente Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en el que ciertamente el proyecto de ley presentado por el Gobierno y que daría lugar después a la vigente Ley Orgánica 4/1981, se fundó, en ese primer texto, en una concepción gradualista: el estado de alarma podía ser

declarado tanto por la concurrencia de catástrofes públicas, crisis sanitarias o paralizaciones económicas como por “alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana” [letra a) del art. 20 del proyecto de ley, “Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados”, I Legislatura, núm. 73-I, de 21 de septiembre de 1979]. Las alteraciones del orden o la seguridad ciudadana debían ser tales que “su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa” (idem). A su vez, la situación que justificaba declarar el estado de excepción venía definido en el proyecto del Gobierno así: “Cuando el orden público resulte tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades previstas en los artículos anteriores [el estado de alarma] fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (art. 28.1 del proyecto de ley).

Sin embargo, las Cortes rechazaron esa interpretación e impusieron una distinta, que no es gradualista sino esencialista: los supuestos que permiten declarar el estado de alarma son distintos a los que dan lugar al estado de excepción. Este sirve para afrontar situaciones de grave alteración del orden público (art. 13.1 LOAES, que procede del art. 28.1 del proyecto de ley). Por el contrario, el estado de alarma se ciñe a lo dispuesto en el vigente art. 4 LOAES, que tiene su origen en el art. 20 del proyecto del Gobierno, una vez suprimido el apartado a) que mencionaba las alteraciones del orden público.

Las enmiendas de supresión del orden público en los estados de alarma [que dieron lugar a la eliminación de la letra a) del actual art. 4 LOAES] fueron completadas con aquellas enmiendas dirigidas a centrar el estado de excepción únicamente en las alteraciones del orden público.

La sentencia de la mayoría para sortear los términos de la normativa de excepción a la que se remite la propia Constitución, y lo que denomina una interpretación “originaria” u “originalista” de la misma, propone realizar una interpretación original fundada en lo que denomina una interpretación “evolutiva” —que no es otra cosa que una interpretación contra legem contraria a la voluntad explícita del legislador al que el art. 116.1 de la norma fundamental ha remitido explícitamente la regulación de la materia—, y que implica que “la situación producida por la pandemia hubiera permitido la declaración de un estado de excepción, atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas”; legitimando con ello lo que la sentencia considera una suspensión de derechos.

Sin embargo, el entendimiento amplio que se realiza en la sentencia de la que discrepamos del concepto de alteración del orden público como presupuesto para la declaración del estado de excepción se opone al entendimiento que de tal concepto había realizado con anterioridad la propia doctrina de este mismo tribunal. Así, en efecto, en el reciente ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala Primera, se consideró que con la prohibición de una manifestación en pleno estado de alarma “no se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas”.

Ahora, apenas unos meses después, en un cambio de criterio (overruling) inmotivado, se considera por la sentencia de la que discrepamos que “cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional [...] no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (FJ 11).

Es decir, en el ATC 40/2020, en pleno estado de alarma, este tribunal negó explícitamente que los derechos allí concernidos se hubiesen restringido por razones de orden público, pues se trataba de otra cosa, de la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Ahora, sin embargo, este tribunal considera que las razones que entonces ya concurrían son reconducibles a una afectación del orden público. La interpretación “originalista” asumida por este mismo tribunal hace apenas unos meses se ve atropellada por la necesidad de una interpretación “evolutiva” justificada en la “necesidad de acomodarse a las realidades de la vida [...] como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, la de la norma fundamental se supone. La interpretación con la que se juzgó la misma situación que se juzga ahora, y más concretamente la interpretación del concepto de orden público, ha quedado en apenas unos meses anticuada.

En todo caso, no puedo sino dejar constancia de mi preocupación al constatar que, como ya señalé en los votos particulares formulados en el recurso de inconstitucionalidad 2035-2020 o en el recurso de inconstitucionalidad 3883-2018, se están realizando cambios en

la doctrina jurisprudencial no expresamente reconocidos ni debidamente justificados, incurriendo así en cambios doctrinales u overrulings encubiertos que no responden a las exigencias que nuestra propia doctrina jurisprudencial establece para estos cambios de criterio.

Así, cabe constatar que la utilización de las categorías constitucionales restricción/suspensión que propone la sentencia genera un problema: en el caso actual no habría sido posible establecer en nuestro ordenamiento un confinamiento domiciliario, pues no concurría el presupuesto para declarar el estado de excepción, una situación de alteración del orden público interpretado este concepto en sentido estricto.

Y es para “arreglar” el problema creado por la propia sentencia mediante el uso equivocado de las referidas categorías constitucionales para lo que se decide hacer una interpretación extensiva del concepto de orden público, poniendo así en cuestión tanto lo afirmado en nuestra anterior doctrina como lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, pero sin considerar siquiera la necesidad de someter la propia norma a control de constitucionalidad. Se consigue con ello posibilitar que nuestros derechos y sus garantías sean suprimidos obligando a tener que acudir a su suspensión y a la sustitución del régimen ordinario por el extraordinario. Si bien para ello es necesario forzar el presupuesto para poder declarar el estado de excepción.

Bajo mi punto de vista lo que sería radicalmente contrario a la Constitución sería, precisamente lo que nos propone la sentencia: declarar el estado de excepción —suspendiendo derechos fundamentales y, por ende sus garantías constitucionales— para luchar contra una pandemia, pues el propio poder constituyente, a través de la remisión que ha realizado al legislador orgánico de excepción, ha decidido que en el caso de pandemias, y cuando no se produce una alteración del orden público, no se puedan suspender los derechos fundamentales.

5. La sensación de que la construcción de la sentencia de la que discrepamos no es sino un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que dispusieron el denominado confinamiento domiciliario, se fortalece al constatar que la propia sentencia elude en buena medida llevar a sus últimas consecuencias la aplicación de su propia construcción cuando examina la constitucionalidad del resto de medidas adoptadas.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la medida de suspensión de determinadas actividades económicas adoptada en el art. 10 del Real Decreto impugnado, la sentencia, en su fundamento jurídico 9, señala que “no hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos”. Sin embargo, considera que se trata de limitaciones muy intensas, pero no de una suspensión del derecho a la libertad de empresa, pues la “suspensión de actividades” no es general, se afirma, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos “minoristas”, que no se encuentren incluidos entre “las numerosas excepciones previstas”. O en relación con las “actividades de hostelería y restauración” no se puede considerar una suspensión, pues se pueden realizar “servicios de entrega a domicilio”.

Puesto que era posible abrir algunos establecimientos, como los de alimentación, o se podía hacer entregas a domicilio, en el caso de la hostelería, la prohibición general de abrir, nos dice la sentencia, no era una suspensión del derecho a la libertad de empresa por no ser una restricción de carácter tan general sino una restricción a secas a la que, por cierto, se somete al principio de proporcionalidad para determinar finalmente su constitucionalidad. Calificar de simple restricción el cierre al público de los restaurantes por el mero hecho de que puedan realizar servicios de comidas a domicilio, y sin embargo de “suspensión” las limitaciones a la libertad de circulación, que contienen unas excepciones mucho más numerosas, demuestra que nos encontramos ante una interpretación legal que solo genera inseguridad jurídica, ya que finalmente la determinación de que una determinada limitación constituya suspensión o no, dependerá del libérrimo criterio del intérprete constitucional.

Debo insistir en que ni la intensidad ni la generalidad de una restricción pueden determinar que nos encontremos ante una suspensión (posible solo en el estado de excepción), pero es que además tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación misma. Así se confirma en la sentencia de la que discrepamos cuando realiza afirmaciones apodícticas en relación con cuantas excepciones —numerosas, según la sentencia, en el caso de la libertad de empresa o escasas, parece, en el caso de la libre circulación—, son necesarias para que se transite desde una restricción a una suspensión. Así, la construcción de la sentencia de la que discrepamos no da certeza alguna, pues se funda en la paradoja de sorites atribuida a Eubulides de Mileto que demostró la dificultad de determinar cuántos granos de arena hacen

un montón, y se convierte en instrumental para permitir que este tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas, si bien pudieron ser correctas para hacer frente a la pandemia, fueron inconstitucionales por el hecho de que el número de excepciones no fue suficiente para evitar tener que catalogar la restricción como una suspensión, y considerar, así, que se habría adoptado sin haber utilizado la herramienta correcta.

Lo que ocurre es que tal construcción, con la falta de certeza que se deriva de la misma, aboca a los poderes públicos a la utilización futura de una herramienta, el estado de excepción, que, sin embargo, conlleva como hemos señalado, una evidente disminución de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

En efecto, las consecuencias derivadas de la concepción que se alumbra en la sentencia serán sufridas directamente por los ciudadanos, pues a partir de ahora, el Gobierno autorizado por el Congreso —y ante la dificultad para determinar cuán intensa debe ser una restricción para transmutarse en una suspensión de derechos—, tendrá que suspender los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo el estado de excepción suprimiendo las garantías constitucionales de los mismos. Como ejemplo paradigmático, una vez declarado el estado de excepción para hacer frente a una futura pandemia, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 21 de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones (art. 22 LOAES). Algo que nunca sería posible bajo el estado de alarma, pues de acuerdo con la doctrina recogida, acertadamente en este punto, en la propia sentencia, los derechos del art. 21 CE y sus garantías se someten, bajo aquel estado, al régimen ordinario previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica que los desarrolla y que recordemos que dispone por ejemplo para las manifestaciones un mero régimen de comunicación previa. Bajo el estado de alarma no se pueden excepcionar o cancelar los derechos de reunión y manifestación que permanecen incólumes, bajo el estado de excepción las garantías constitucionales de aquellos sí pueden desaparecer, y a ello anima la construcción realizada por la sentencia de la que discrepamos.

6. Constituye una cierta tradición en el tribunal citar la frase del primer presidente, García Pelayo, quien señaló que la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos.

La sentencia de la mayoría hace exactamente lo contrario. No resuelve, sino que crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias, privándole del instrumento que la ley determina expresamente para hacer frente a las crisis sanitarias, que es el estado de alarma. Y no responde, a criterios propiamente jurídicos, pues dichos criterios deben proporcionar certeza y seguridad jurídica mientras que en el caso actual, se utiliza un atajo argumental (calificar como suspensión una restricción intensa de un derecho fundamental) para estimar la inconstitucionalidad de una medida sanitaria solicitada por un partido político, que previamente la había apoyado expresamente en el debate y votación parlamentaria de la prórroga del estado de alarma.

La construcción doctrinal de la sentencia podría suscitar en un inadvertido lector la impresión de que lo que se consigue con la misma es una mejor garantía de los derechos, pues se somete al Gobierno a un control parlamentario desde el primer momento en el que se produce la restricción de aquellos. Sin embargo, nada más alejado de la realidad, la construcción lo que permite es que se debiliten las garantías constitucionales de los derechos a cambio de que la supresión constitucional de los mismos sea autorizada por el Parlamento.

Ciertamente el resultado inmediato de la construcción de la mayoría no es otro que lograr una declaración de inconstitucionalidad fundada en que el instrumento jurídico utilizado no fue correcto, puro formalismo jurídico, como se ha dicho. Sin embargo, las consecuencias no son solo formales, pues se prescinde del estado de alarma a costa de disminuir las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veintiuno. Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que sustentan el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.

En una pandemia que se ha desencadenado a nivel mundial, los medios científicos y jurídicos instrumentalizados para hacerle frente alrededor del planeta presentan perfiles muy homogéneos, de manera que las restricciones de los derechos han sido tan inevitables como universales.

La Comisión de Venecia ha podido pronunciarse acerca de estas, calificándolas como las respuestas ante un estado de necesidad que exigía la adopción, por parte de los gobiernos, de medidas proporcionadas a las exigencias de tan singulares circunstancias (Informe provisional aprobado en la 124ª Sesión Plenaria de octubre de 2020). Unas medidas que, como asegura la propia Comisión de Venecia, en todos los estados miembros de la Unión Europea “ya sea mediante la declaración de un estado de emergencia (o equivalente) o no, habrán tenido repercusiones en mayor o menor medida en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos”.

En este sentido, la sentencia que este tribunal estaba llamado a dictar, en una situación tan excepcional, exigía un esfuerzo argumental importante, en particular al tratarse de la primera vez en que una situación de estas características era sometida a juicio de constitucionalidad. A pesar del intento, no ha sido posible alcanzar una argumentación asumible para una mayoría más amplia de magistrados, poniendo de manifiesto la polarización extrema de los argumentos en cuanto al fallo. Sin embargo, una lectura acerca de su posible déficit de legitimación no sería, a mi juicio, apropiada. La mera previsión legal del voto de calidad de la presidencia (art. 90 LOTC), utilizado para resolver muchos recursos (SSTC 111/1983, sobre el Decreto-ley de expropiación del Grupo Rumasa; 53/1985, sobre la legalización parcial de la interrupción del embarazo; 127/1994, sobre la televisión privada, entre otras muchas) pone de manifiesto la eventualidad de la división aritmética de posiciones y esa realidad que en nada merma la consideración de las decisiones que han sido adoptadas de este modo. Las posibilidades abiertas a la interpretación de las normas jurídicas permiten diferentes opciones, todas ellas igualmente legítimas, en relación con un texto constitucional configurado, también, desde el consenso de las diferentes fuerzas políticas en la fase constituyente de la transición en España.

Dicho esto, es en la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales del art. 120.3 CE, donde se cumple con la necesidad y la obligación constitucional de hacer comprensible a la ciudadanía el sentido del fallo. Y, es la argumentación que se lleva a cabo

por el tribunal, respecto de la norma objeto de enjuiciamiento, la que lo justifica dado que, según el art. 117 CE, “la justicia emana del pueblo”. Solo de esta manera es posible el control social del Derecho en las sociedades democráticas sujetas al modelo de un Estado social. Y, esa opción que en el voto mayoritario conforma el fallo, todavía permite que, mediante la institución del voto particular, prevista en el art. 90.2 LOTC, se puedan explicitar otras opciones tan válidas desde el punto de vista jurídico como la que consigue imponerse, y que permite, por lo tanto, la posibilidad de que la sociedad pueda conocerlas y formarse su propio juicio acerca de las alternativas posibles y sus consecuencias para el Derecho.

En ejercicio de esa posibilidad emito este voto particular, que me permite señalar las diferencias con la mayoría en relación con una sentencia que puede producir cierta perplejidad y que, a mi juicio, y como dije también en el voto a la STC 172/2020, de 19 de diciembre (sobre la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana), genera más inseguridad jurídica de la que intenta combatir y, añadido, resulta menos garantista de lo que pudiera intuirse al leer el fallo parcialmente estimatorio. Desde un somero análisis del sentido común, es difícil aceptar como contraria a la Constitución una legislación que ha permitido, de una manera rápida y eficaz, arbitrar medidas sociales efectivas de cara a proteger bienes jurídicos tan importantes como la vida y la salud de las personas, y en un contexto de identificación con las medidas del entorno europeo que no han sido discutidas, con el grado de intensidad que lo son en España, en sus Estados respectivos. A esta dificultad ha podido contribuir un cierto ruido interno en el tribunal, que de manera desacostumbrada ha sostenido algunas posiciones extrajurídicas poco recomendables para el futuro, en una institución que solo debería pronunciarse a través de sus resoluciones.

Pero en todo caso, mi voto pretende, en la medida de lo posible, clarificar algunas de las dificultades que han surgido del contraste entre la Constitución, la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (y sucesivos) sujeto al control de constitucionalidad.

1. Las causas de declaración del estado de alarma como elemento determinante del juicio de constitucionalidad.

La sentencia establece el canon de enjuiciamiento de la declaración y mantenimiento del primer estado de alarma en su fundamento jurídico 3, que se basa, a mi juicio, en una interpretación incompleta de los arts. 55 y 116 CE. Desde la afirmación de que estos preceptos no contemplan las causas de declaración de los estados excepcionales y, por tanto, son sus efectos el elemento determinante de la distinción entre estado de alarma y estado de excepción, se formula un juicio abstracto que gira en torno a las ideas de limitación y suspensión de los derechos y de afectación o no de su contenido esencial, para concluir con la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 impugnado, por inadecuación de la fórmula de declaración del estado de alarma.

Pero este fundamento jurídico tercero, parte de una concepción formalista del texto constitucional, que obvia la necesidad de considerar la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), como parte integrante del bloque de la constitucionalidad, y que ignora la voluntad del legislador de la transición al diseñar el derecho constitucional de excepción en España.

Es cierto que ni el art. 55 CE, ni el art. 116 CE, se refieren a las causas por las que se puede declarar uno u otro de los tres estados excepcionales constitucionalmente previstos. Por eso, la lectura combinada de ambos nos permite definir el derecho de excepción como contenido constitucional abierto e inconcluso, en ausencia de su desarrollo por el legislador orgánico. La sentencia traduce ese silencio en irrelevancia constitucional de la causa que justifica la declaración, expresándolo claramente cuando dice que la Ley Orgánica 4/1981 no es una “norma de mediación entre las previsiones constitucionales y los decretos del Consejo de Ministros que proclamen, y en su caso prorroguen, este estado de crisis” [FJ 3 ii)].

Pero esta opción interpretativa ignora que el legislador —en la misma legislatura constituyente— completó esa ausencia de regulación al redactar la LOAES, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 116.1 CE. Debe concluirse que la Ley Orgánica 4/1981 perfecciona la regulación del derecho constitucional de excepción, conformándose así en parte integrante del bloque de la constitucionalidad, entendido como parámetro de control de las normas con rango de ley como lo es el decreto de declaración del estado de alarma.

La lógica argumentativa, por tanto, lleva a descartar la afirmación contenida en el fundamento jurídico 3, respecto de la definición de los estados excepcionales sobre la única

base de sus distintos procedimientos de adopción y los efectos que se les asocian. Porque si aceptásemos esa razón, la sentencia tendría que haber llegado a dos conclusiones más que, sin embargo, descarta.

Por un lado, si aceptamos que lo único relevante para declarar un estado de emergencia es el alcance suspensivo de los derechos, que se deriva de las medidas previstas en el real decreto, debería asumirse también que su control se limita a verificar la naturaleza y el alcance de esas medidas. La consecuencia directa de esta posición, es que podría llegar a considerarse constitucional cualquier declaración de un estado de excepción que contemple medidas suspensivas de derechos, aprobadas por la mayoría de una Cámara, que tendría un amplísimo margen para verificar la concurrencia o no de la causa habilitante. Pero la lectura de los trabajos parlamentarios, previos a la aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, da cuenta de la identificación de los riesgos que una facultad tan amplia tendría para el propio Estado de Derecho. Las garantías para la ciudadanía, en este caso, no serían mayores, ni quedarían mejor salvaguardados los derechos fundamentales desde esta opción argumental.

Por otro lado, y en la medida en que no es viable declarar simultáneamente el estado de alarma y el estado de excepción, una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido que debió optarse por el de excepción para imponer la medida del confinamiento domiciliario, lo lógico hubiera sido declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto. Si la forma elegida era constitucionalmente inviable, lo era con carácter general, porque las medidas no podían fragmentarse, utilizando el estado de excepción para las suspensivas de derechos y el estado de alarma para las meramente limitativas. En suma, o todo es inconstitucional por inadecuación del estado excepcional identificado, o nada lo es, habida cuenta de la imposibilidad de disociar las medidas adoptadas en varios instrumentos normativos distintos.

2. Concurría el presupuesto habilitante para declarar el estado de alarma y no para declarar el estado de excepción.

El estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno cuando, en una parte o en todo el territorio nacional, se produzca alguna de las siguientes “alteraciones graves de la normalidad”: “b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice [funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad en el marco de la

adopción de medidas de conflicto colectivo, o en el caso de una convocatoria de huelga]. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria, consideró que concurrían dos de los supuestos: una crisis sanitaria [art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981] y una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad [art. 4 d) de la Ley Orgánica 4/1981]. La propia sentencia reconoce que concurrían estos presupuestos fácticos, pero asume que la gravedad de la situación provocada cualificaba los mismos haciendo posible la declaración del estado de excepción. Como si alarma y excepción fueran situaciones de distinta gravedad dentro de un mismo arco de escenarios de crisis. Pero el legislador no pretendió que los estados de alarma y excepción fueran vasos comunicantes, ni que se pudiera transitar de uno a otro en función de la gravedad de las situaciones de emergencia.

El art. 13 de la Ley Orgánica 4/1981, establece que se adoptará el “estado de excepción” en aquellos supuestos en que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”. En este caso, el tipo de situación de emergencia que justifica la declaración del estado excepcional es distinto. Se conecta con la naturaleza de la amenaza al sistema constitucional: la existencia de un riesgo para ese sistema que presupone una alteración del orden público, de tal magnitud, que solo sería reconducible mediante la declaración de un estado de excepción que prevea una severa limitación de los derechos individuales.

Pero la situación acaecida en marzo de 2020, si bien observó la modificación del normal funcionamiento del servicio público sanitario en muchas zonas del país, no vino provocada por ninguna alteración previa del orden público que condicionara la prestación de ese servicio público sanitario. La naturaleza del riesgo para el sistema constitucional es distinta en el estado de alarma y en el estado de excepción. En cualquiera de los dos casos, la declaración del estado excepcional supone la posibilidad de adoptar medidas destinadas a controlar o revertir la situación de emergencia que justifica esa adopción. Por esa razón, la Ley Orgánica 4/1981 asocia al estado de alarma medidas vinculadas a la gestión de la crisis material, sin descartar aquellas que pueden suponer limitación del ejercicio de derechos,

mientras el estado de excepción se asocia a la adopción de medidas claramente restrictivas (suspensivas según el art. 55 CE) de aquellos derechos fundamentales que, de ser ejercitados de forma ordinaria en el contexto de la crisis constitucional identificada, podrían reforzar esa misma situación así como la situación de alteración del orden público que ha llevado a la declaración del estado de excepción.

La sentencia, subvirtiendo la intención del legislador, afirma que es posible que una situación justificativa de la declaración de un estado de alarma, en supuestos particularmente graves, pueda justificar también la declaración del estado de excepción. Dice, literalmente que “cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (FJ 11).

Pero no se puede estar de acuerdo con tales afirmaciones. La gravedad de la situación que provoca la COVID-19 es innegable, y la sentencia así lo reconoce. Que se trata de una epidemia que debe ser afrontada, esencialmente, con medidas de prevención médica, también. Y la cuarentena (el confinamiento domiciliario) no es más que esto, y aparece profundamente vinculada a la aplicación del principio de precaución, que exige adoptar medidas preventivas cuando una actividad (en el caso de la COVID cualquier actividad que supusiera contacto entre personas) representa una amenaza o un daño para la salud humana, incluso cuando la relación causa-efecto no haya podido demostrarse científicamente de forma concluyente.

La razón del confinamiento domiciliario no era recuperar el orden público, ni el correcto funcionamiento de los servicios públicos —excepción hecha del sanitario—, porque ese funcionamiento normal se vio alterado, precisamente, como consecuencia de esta medida, del mismo modo que quedó alterada la labor del parlamento, o el trabajo en las escuelas y las universidades, o en la administración de justicia. La razón del confinamiento, y la de otras opciones como los cierres perimetrales o el toque de queda, fue evitar los contagios

exponenciales, una medida estrictamente sanitaria, por tanto, cuya finalidad única es prevenir la pérdida de vidas humanas.

Debe recordarse, asimismo, que la jurisprudencia del tribunal atribuye una obligación positiva al poder público en relación con la protección del derecho a la salud, cuando se conecta con el derecho a la integridad física y los riesgos para la vida, porque cualquier “actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud” de una persona (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3). Esto significa que, en el contexto de la adopción de medidas de control de la pandemia, cualquier acción gubernamental que no hubiera aplicado el principio de precaución, o que hubiera obviado el riesgo de las acciones u omisiones asumidas para la vida de las personas, hubiera podido resultar lesiva del art. 15 CE. Se trataba de sacrificar el derecho a la salud y, por tanto, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), presupuesto a su vez del ejercicio de otros derechos fundamentales, o de limitar la libertad deambulatoria del art. 19 CE.

Lo cualitativo está ahí, y no en lo muy intensa que pudiera ser la alteración de la vida normal de la ciudadanía en ese tiempo y, evidentemente, de sus derechos.

La gravedad de la afectación de los derechos de la ciudadanía, o la inevitable alteración del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la organización de los poderes del Estado, cuando esta es consecuencia de una medida adoptada en el decreto de declaración del estado de alarma, no pueda alegarse como causa de la adopción sucesiva del estado de excepción. Una comprensión tal nos llevaría a encadenar sistemáticamente la declaración de uno y de otro, porque la situación derivada del estado de alarma sería presupuesto para la adopción del estado de excepción. No parece ser esta la previsión del legislador postconstituyente, claramente preocupado por separar los presupuestos fácticos que justifican la adopción de uno y otro estado excepcional.

En suma, en el supuesto que nos ocupa, se daban las circunstancias propias de la declaración del estado de alarma, de modo que el instrumento elegido por el ejecutivo nacional fue el constitucionalmente adecuado, sin perjuicio del análisis que se pueda hacer

sobre las medidas y sus efectos sobre la restricción, más o menos intensa, al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

3. Un canon de constitucionalidad basado en el juicio de proporcionalidad.

En el fundamento jurídico 3 de la sentencia, el tribunal asume que las nociones de suspensión o limitación de derechos son “apriorísticas” y tienen un significado completo, en sí mismas, que permite calificar una medida, más allá de lo previsto en la LOAES, como suspensiva o limitativa de derechos. A partir de esa calificación sería posible enjuiciar la selección del tipo de estado de emergencia declarado, y la sentencia formula ese juicio sosteniendo que el confinamiento domiciliario que preveía el Real Decreto 463/2020, fue una medida suspensiva por la intensidad de la afectación del contenido esencial del derecho a la libertad deambulatoria. Por ello, entiende la sentencia que la declaración del estado de alarma no se ajustó a la Constitución, que no permite suspender derechos fundamentales en este caso.

Pero esta construcción argumental puede ser cuestionada, si se niega que la distinción entre limitación y suspensión sea la que aplica la sentencia.

Un recorrido por las reflexiones de la doctrina constitucionalista a este respecto nos permitiría comprobar fácilmente que ni suspensión ni limitación son conceptos cerrados, autónomos o absolutos. No hay definiciones claras ni incontrovertidas de estos conceptos. Muchos autores las consideran útiles y entienden que son limitaciones de intensidad distinta en relación con un derecho fundamental, otros evitan recurrir a ellas y prefieren reflexionar en clave de límites al contenido esencial de los derechos, y algunos otros consideran que resulta más apropiado recurrir a fórmulas de interpretación de objetividad contrastada y uso habitual por los tribunales internacionales como, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de los límites de los derechos.

A mi juicio, no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión y, aunque lo fuera, creo que la sentencia tampoco lo consigue. De modo que la calificación del confinamiento domiciliario como medida suspensiva de la libertad deambulatoria, termina por parecer un ejercicio de voluntarismo cargado de subjetividad, entre otras razones porque olvida que la restricción de movimientos no fue absoluta, en la medida en que se

contemplaban un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio.

En cambio, si la sentencia hubiera aplicado al juicio de constitucionalidad sobre el art. 7 del Real Decreto, el mismo canon que aplica al resto de los preceptos impugnados, es decir, un juicio clásico de proporcionalidad, la solución hubiera sido mucho más comprensible y objetiva. Incluso aunque hubiera llegado a la conclusión de que la norma limitativa de derechos era desproporcionada y, por ello, merecía un juicio negativo de constitucionalidad. No obstante, aplicado desde una perspectiva centrada en la preservación del derecho a la vida y la salud de las personas, entiendo que la aplicación del canon de proporcionalidad, de haberse aplicado, debería haber conducido a declarar la constitucionalidad del art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Una vez aceptada la concurrencia del presupuesto habilitante para adoptar el estado de alarma, como se ha expuesto, y no pudiendo identificarse plenamente las medidas cuestionadas con las previstas en los arts. 11 (estado de alarma) o 20 (estado de excepción) LOAES, a pesar de ofrecer cualquiera de los dos preceptos cobertura legal suficiente para adoptarlas, el juicio de proporcionalidad habría llevado a valorar la idoneidad, necesidad y razonabilidad de la medida de confinamiento. Ese canon fue el aplicado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4, al cual apela la sentencia en diversos pasajes.

La idoneidad concurría, porque existía una finalidad constitucionalmente legítima para adoptar las medidas restrictivas: la preservación de la salud pública. El confinamiento estaba directamente destinado a controlar la progresión de la enfermedad causante de la crisis sanitaria, esto es, a proteger preventivamente la salud de los ciudadanos (art. 43 CE), estando estrechamente conectado este principio rector, a la preservación del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

La necesidad de la medida adoptada tampoco es negada por la sentencia, sin perjuicio de que pueda concebirse la posibilidad de haber adoptado decisiones, sobre distanciamiento social y evitación de contactos interpersonales, que hubieran afectado de modo diverso a la libertad deambulatoria. No obstante, la deferencia con el ejecutivo y con el Congreso de los Diputados que ratificó la decisión llegado el momento, autorizando la prórroga, y que

actuaban en ejercicio de las funciones que la Constitución reconoce a cada uno de estos poderes, exige reconocer que se adoptaron, contando con la información escasa y disponible en ese momento, decisiones pertinentes y adecuadas al principio de precaución previamente referido. Y, si bien pudieron tomarse otras distintas, no corresponde al Tribunal Constitucional reemplazar las funciones que cumple desempeñar al legislativo y al ejecutivo en el marco del derecho constitucional de excepción.

Por último, las medidas adoptadas también pueden superar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. La restricción de la libertad deambulatoria contenida en el art. 7 del Real Decreto, pese a ser severa, no resultaba desproporcionada, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el derecho a la salud de la ciudadanía en el contexto de desabastecimiento de equipos médicos, materiales y humanos, existente en el momento en que se adoptaron las medidas cuestionadas, y la situación equivalente que se estaba viviendo en todos los países de nuestro entorno. El sacrificio innegable infligido en el derecho fundamental a la libertad deambulatoria, no puede entenderse superior al beneficio obtenido, en ese momento, en relación con la limitación del contagio exponencial del virus, que habría impactado de forma irrecuperable en el derecho a la vida de muchas personas, y de forma intensa en el derecho a la salud de un número aún mayor.

El canon propuesto, además de ser más claro y permitir comprender e interpretar mejor el modelo de derecho constitucional de excepción que prevé nuestro bloque de la constitucionalidad, ofrece una ventaja innegable: permite tener presente la existencia de un eventual conflicto entre derechos a partir de la idea de la universalidad de los mismos.

En la situación que forzó y justificó la adopción del estado de alarma, se puso de manifiesto (y lo seguimos viendo y viviendo hoy en el discurso político y en la realidad cotidiana) una confrontación abierta entre la garantía de las libertades individuales y la preservación de la salud particular, pero también colectiva. La salud, que tenemos como principio rector en nuestro texto constitucional (art. 43 CE), pero que de ninguna manera puede entenderse desligada del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), actúa como presupuesto natural del ejercicio de las libertades de cada uno y cada una de nosotras. Y solo un juicio que asuma la relatividad como pauta hermenéutica, un juicio como el de proporcionalidad, que nos permita apreciar esa realidad que opone dos derechos, de

naturaleza diversa pero profundamente relacionados, nos dará respuestas que nos sirvan para avanzar en la función que el constituyente, en su día, atribuyó al Tribunal Constitucional.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno.