



**UNIVERSITAT DE
BARCELONA**

**¿Suspensión o limitación?
Análisis de los Derechos Fundamentales
durante el Estado de alarma**

**TRABAJO DE FINAL DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO 2021-2022
SEGUNDO SEMESTRE**

**Departamento de Ciencia Política, Derechos Constitucional y
Filosofía del Derecho
Área de Derecho Constitucional**

Carla Navarro García (20143045)

Tutor: Prof. Xavier Arbós Marín

RESUMEN

El derecho de excepción es el sector del ordenamiento jurídico que se encarga de resolver situaciones de crisis en las que no es de efectiva aplicación el derecho ordinario. La situación provocada por la pandemia de COVID-19 que se inició en marzo de 2020 obligó al Gobierno español a declarar el estado de alarma y adoptar medidas excepcionales para poder gestionar la crisis. En este trabajo se hace un recorrido por la historia constitucional española explicando la evolución de la regulación del Derecho de excepción. Seguidamente, se centra en las medidas adoptadas por el Gobierno y se hace un análisis de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la dicotomía entre suspensión y limitación de derechos fundamentales, con especial atención al derecho de libre circulación. En base a las conclusiones que se extraigan de esta cuestión, se hablará de la posibilidad de haber declarado un estado de excepción, en vez de un estado de alarma. Y finalmente, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se analizará el cambio de paradigma que se introduce en la regulación de la prórroga de los estados de excepción.

PALABRAS CLAVE: derecho de excepción, estado de alarma, estado de excepción, limitación y suspensión de derechos fundamentales, proporcionalidad y ponderación y prórroga.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo (singular)

Arts.: Artículos (plural)

CE: Constitución Española de 1978

DDFF: Derechos Fundamentales

FJ: Fundamento jurídico

LO: Ley Orgánica

LOAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio

LOP: Ley de Orden Público

LOTIC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

RD: Real Decreto

TC: Tribunal Constitucional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (singular)

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional (plural)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	1
I. Derecho de excepción	3
1. Significado constitucional	3
2. Modelos de derecho de excepción	4
3. Derecho de excepción en el constitucionalismo español	6
3.1. Constitucionalismo de la primera mitad del Siglo XIX	6
3.2. Constitucionalismo de la segunda mitad del Siglo XIX	7
3.3. Derecho de excepción en la Constitución de 1978	8
4. Estado de alarma	10
4.1. Presupuesto de hecho	10
4.2. Declaración	11
4.3. Efectos	12
5. Estado de excepción	14
5.1. Presupuesto de hecho	14
5.2. Declaración	14
5.3. Efectos	15
6. Control jurisdiccional de los estados de excepción	16
II. STC 148/2021, de 14 de Julio	17
1. Antecedentes	17
2. ¿Suspensión o limitación?	19
3. Ponderación de los derechos y juicio de proporcionalidad	23
3.1. Ponderación	23
3.2. Juicio de Proporcionalidad	25
4. ¿Estado de alarma o Estado de excepción?	29
III. STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021	32
1. Antecedentes	32
2. De la duración de la prórroga	33
CONCLUSIÓN	35
BIBLIOGRAFIA	38

INTRODUCCIÓN

Cuando estaba en primero de carrera recuerdo al profesor de Derecho Constitucional explicándonos el derecho de excepción, y con total honestidad confesaré que en su momento pensé: “que el legislador haya tenido que prever situaciones de emergencia me parece muy arcaico, es imposible que alguna vez se declare un estado de emergencia”. Ahora me doy cuenta de lo que equivocada que estaba.

Nadie en el mundo podía imaginarse que una situación como la que hemos estado viviendo durante estos dos años consecutivos pudiera tener lugar. Si que es cierto que a lo largo de la historia han ocurrido epidemias de alta mortandad como la viruela, la peste negra o la gripe española, pero de estas situaciones ya hace más de cien años. En un mundo tan avanzado tecnológicamente como el nuestro, era inimaginable que de repente apareciera una mutación de un virus del cual no se tenía conocimiento y no se sabía cómo tratar.

Debido a que esta situación respondía más bien a una película de ciencia ficción que a una realidad, el Gobierno procedió como manda el ordenamiento jurídico y declaró el estado de alarma. En un primer momento, todo el mundo pareció mostrarse conforme con las medidas que el Ejecutivo aprobó. Sin embargo, no tardaron en alzar la voz aquellos autores contrarios a las medidas, alegando que éstas estaban afectando a los derechos fundamentales, llegando a suspenderlos, lo cual era más propio de un estado de excepción. En ese preciso momento es cuando se inicia una batalla campal doctrinal en la cual se intenta definir qué es limitar y suspender un derecho.

Sería descortés por mi parte no comentar que opinaba yo, para poder entender cómo enfoco mi trabajo en este instante. Al principio de la pandemia, consideraba que el hecho de confinarnos a todos respondía a un criterio de proporcionalidad, es decir, hay un virus que no se puede controlar y tiene una gran mortalidad a sus espaldas, era adecuado, necesario y proporcional que se nos confinase en nuestros domicilios. Sin embargo, pasados unos meses empecé a cuestionar la validez de las medidas, y consideré la posibilidad de que constituyeran una suspensión de nuestros derechos. Como se puede observar he pasado por ambas fases.

Durante la extensión de este trabajo se va a intentar desgranar en qué consiste una limitación y una suspensión de los derechos fundamentales para poder llegar a comprender el porqué de la discusión. Es cierto que el debate abarca derechos como el de manifestación y reunión, libertad de culto y educación. Sin embargo, mi análisis se enfoca desde la perspectiva del derecho a la libre circulación recogido en el artículo 19 Constitución española.

Para cumplir con este objetivo, se va a contar con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los artículos doctrinales publicados en las distintas revistas jurídicas y la legislación.

Sobre este trabajo sobrevuelan las siguientes preguntas: ¿el Gobierno hizo bien en declarar el estado de alarma, o hubiera respondido mejor a la situación de crisis declarando un estado de excepción? ¿Se produjo, realmente, una limitación de derechos, o fue más bien una suspensión? ¿Qué impacto jurídico tiene la nueva doctrina del TC en materia de estados excepcionales?

Para poder dar respuesta a todas estas preguntas, este trabajo se va a dividir en tres partes. En la primera, se hace un recorrido por toda la historia constitucional española para poder comprender como nuestros antecesores regularon el Derecho de excepción y de que manera ha influenciado en nuestro derecho actual.

En segundo lugar, ya se entra en materia haciendo un análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, donde se declara parcialmente inconstitucional el Real Decreto 463/2020 por haberse suspendido el derecho a la libre circulación durante el primer estado de alarma. Para proceder a explicar cuál es la diferencia entre suspensión y limitación de derechos se profundiza sobre la cuestión del contenido esencial de los derechos. Asimismo, para entender si se produjo una suspensión o una limitación, deben tomarse en consideración la ponderación de derechos y el juicio de proporcionalidad. Por último, se hará un análisis de la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al estado de alarma y al estado de excepción.

En tercer y último lugar, se comenta de forma resumida la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional con relación a la declaración del estado de alarma por tercera vez mediante el Real Decreto 926/2020 y el Real Decreto 956/2020 que lo proroga durante seis meses. Este apartado se centra en el análisis del cambio de paradigma en relación a la prórroga de un estado de alarma. No obstante, en dicha Sentencia se tratan otras cuestiones muy interesantes como es la cesión de competencias para la gestión de la pandemia que se hace a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, y debido a que durante la extensión de este trabajo me centro en cómo se relacionan los derechos fundamentales y los estados de excepción, me parece más acertado centrarme en la prórroga.

I. Derecho de excepción

1. Significado constitucional

Cuando se habla de los orígenes del constitucionalismo, siempre se hace referencia a la Constitución norteamericana, la famosa Declaración de Independencia de los Estados Unidos, promulgada en 1776; y a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789. Es fácilmente reconocible que estos textos de tanta importancia jurídica lo que pretendían era establecer un nuevo orden público, donde se producía una separación de poderes. El legislador constituyente creía firmemente que la Constitución regía todas las circunstancias de la vida cotidiana y que la separación de poderes nunca se vería en peligro. Sin embargo, éste se dio de bruces con la realidad, y es que dentro de la comunidad política podían surgir perturbaciones que ponían en peligro la existencia del Estado¹.

Es por este motivo, que las constituciones empiezan a incorporar en sus preceptos normas que tendrán dos consecuencias fundamentales: la concentración del poder por parte del órgano Ejecutivo, y la suspensión o limitación del ejercicio de los derechos previstos en dicha Constitución.

A esta circunstancia se la denomina Derecho excepcional o Derecho de excepción. Esto es así porque cuando la comunidad política se ve perjudicada, el Gobierno debe adoptar medidas para poder combatir la amenaza o el ataque que ponga en peligro el orden constitucional. Dicho de otra manera, el Derecho de excepción es una forma de garantía frente a situaciones de crisis constitucionales, por la que se puede suspender la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades².

A raíz de esta definición nace un conflicto doctrinal para establecer cuáles van a ser las fuentes del derecho de excepción. Se puede determinar que existen dos posturas doctrinales. Aquélla que defiende que el Derecho de excepción provoca la posibilidad de suspender la vigencia de la Constitución y el poder Ejecutivo pasa a estar por encima del poder Legislativo. Y, en contraposición, aquélla que reconoce que solo podrá imponerse el derecho de excepción cuando concurra una situación de fuerza mayor o de necesidad y que la limitación a la Constitución debe ser mínima.

Por un lado, MAURICE HAURIOU³ y CARL SCHMITT⁴, apoyan la idea de que ante circunstancias que puedan poner en peligro la subsistencia del Estado constitucional, es preferible que la normativa aprobada por el poder Ejecutivo esté por encima de la normativa promulgada por el Legislativo. Schmitt añade que ante este tipo de

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

² LAFUENTE BALLE, J.M. *Los estados de alarma, excepción y sitio (I)*. Revista De Derecho Político, núm. 30, p. 25, 1989.

³ HAURIOU, M. *Précis de Droit constitutionnel*. París, Sirey, págs. 110 a 111, 1923.

⁴ SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Ed., págs. 124 a 126, 1982.

situaciones debería poderse modificar la prescripción legal-constitucional, ya que de no hacerse la propia Constitución será un obstáculo para la protección del Estado de Derecho. A esta corriente doctrinal se suma GUISEPPE DE VERGOTTINI⁵ argumentando que cuando se ponga en peligro la supervivencia de los principios constitucionales, está más que justificada la derogación de la Constitución provocando su suspensión temporal e introduciendo una normativa excepcional.

Por el contrario, PIERRE WIGNY⁶ niega la necesidad de establecer un Derecho de excepción que suspenda la vigencia de la norma constitucional. Este autor se cuestiona la validez de las normas que no se han adoptado por los procedimientos regulados. WIGNY reconoce que la validez de dichos actos dependerá de si fueron realizados en una situación de fuerza mayor o no. Para llenar de contenido esta expresión, “*situación de fuerza mayor*”, WIGNY establece tres condiciones: fuerza mayor que imposibilite la observancia de la Constitución; la Constitución debe ser respetada en todo momento; y, por último, la inobservancia debe ser limitada.

A nivel nacional, tanto FERNÁNDEZ SEGADO⁷ como CRUZ VILLALÓN⁸ defienden que el Derecho de excepción debe estar previsto en la Constitución. Para FERNÁNDEZ SEGADO, el debate no se centra en si la necesidad debe ser una fuente de Derecho, sino si dicha necesidad faculta al Gobierno para hacer uso discrecional de los poderes, o si bien, para ejercer el poder de forma discrecional es necesario que haya una previa constatación de la situación que perturba el orden constitucional por el poder Legislativo. Depende de cómo lo enfoquemos la necesidad pasará a ser una fuente directa o indirecta.

Por su parte, CRUZ VILLALÓN reconoce que la Constitución tiene una limitación normativa, ya que no puede prever todas las circunstancias externas. No obstante, defiende que es la propia Carta Magna la que debería regular el Derecho de excepción, al menos en dos aspectos: mantenimiento de la eficacia formal de la Constitución y facilitación a la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria.

2. Modelos de derecho de excepción

La discusión en la doctrina ha generado una problemática sobre la regulación del Derecho de excepción en los distintos estados. Distinguimos dos formas de regulación. La primera se centra en defender que la Constitución no puede suprimirse en ninguna circunstancia y por ello, no regula ningún derecho de excepción. Por el contrario, la segunda reconoce la existencia de dicho derecho y lo regula. De esta

⁵ DE VERGOTTINI, G. *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Espasa Calpe, págs. 190 a 191, 1983.

⁶ WIGNY, P., *Droit Constitutionnel*, Établissements Émile Bruylant, T. I, págs. 198-200, 1952.

⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Revista de Derecho Privado, págs. 14 a 24, 1977

⁸ CRUZ VILLALÓN, P. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Ed. Tecnos, págs. 13 a 23, 1984.

última se puede reconocer una subclasificación de dictadura constitucional y estado excepcional.

Cuando se intenta ilustrar un sistema carente de Derecho de excepción, se pone de ejemplo la Constitución belga de 1831, ya que en su artículo 130 se recoge que la Constitución no podrá ser suspendida total o parcialmente. Los estados carentes de regulación de Derecho de excepción, para poder defender el Estado democrático-constitucional necesitaran basarse en principios de fuerza mayor o en el estado de necesidad.

Por el contrario, en aquellos sistemas donde se regula un Derecho de excepción, debe establecerse cuál va a ser el alcance de la suspensión de la Constitución; fijar los presupuestos de hecho que darán lugar a este régimen jurídico excepcional y sus efectos. CRUZ VILLALÓN reconoce que:

Con su sola existencia el derecho de excepción pone de manifiesto de manera constante hasta dónde un determinado ordenamiento está dispuesto a llegar en nombre de su propia seguridad sin con ello mismo desautorizarse; con ello, el derecho de excepción aporta permanentemente un elemento de legitimidad al sistema⁹.

Asimismo, según cómo se regule el derecho de excepción podemos encontrar una previsión de dictadura constitucional o un estado de excepción. El primero lo que pretende es mantener el imperio de la Constitución, renuncia a la regulación de las situaciones de crisis y prevé la concentración del poder del Estado en el Ejecutivo, utiliza una fórmula de apoderamiento para adoptar las medidas necesarias. El ejemplo más claro de una dictadura constitucional es la que se recoge en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958:

ARTICULO 16. Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional (...). Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello (...).

Como vemos, el artículo 16 establece dos presupuestos de hecho por los cuales se podría imponer una dictadura constitucional: cuando exista una amenaza grave y cuando se vea interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales. Añade, que será el Presidente de la República quien deberá adoptar las medidas necesarias. Estas deberán garantizar que los poderes públicos siguen funcionando con independencia de la gravedad de la situación.

El segundo modelo, el estado de excepción, se define como *“el derecho de excepción basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con la previsión de una serie de competencias*

⁹ Ídem.

*extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en algunos de sus extremos*¹⁰. Como podemos observar, el Derecho de excepción brinda la oportunidad a que aparezcan diferentes estados excepcionales que se distinguen cualitativamente respecto a los presupuestos de hecho que los activan, y cuantitativamente en relación con los efectos que producen¹¹.

A nivel español existen tres tipos de estados excepcionales: el estado de alarma, el de excepción y el de sitio. Según LAFUENTE BALLE¹², no importa tanto el estudio comparatista de los presupuestos de hecho, como los efectos de cada uno que se centra en la suspensión o limitación de garantías.

Como hemos podido observar, vemos que los modelos del derecho de excepción parten de un principio distinto. Mientras unos pretenden que no haya un derecho de excepción y usan justificaciones como la fuerza mayor para proteger el orden constitucional, otros intentan llevar a cabo una regulación exhaustiva del mismo. De hecho, como hemos visto, la dictadura constitucional pretende que cuando el normal funcionamiento de un Estado se vea afectado, el Ejecutivo reúna todo el poder y deje de someterse a los controles del poder Legislativo. En esta misma línea de regulación, también están los estados excepcionales, donde se recogen distintos presupuestos de hecho que justifican decretar un estado de emergencia.

3. Derecho de excepción en el constitucionalismo español

Este epígrafe se va a centrar en el derecho de excepción en la historia del constitucionalismo español, en el cual podemos distinguir dos etapas. La primera etapa se centra en las regulaciones previas a la Constitución de 1869 y la segunda etapa sería la regulación que se hace con posterioridad a la promulgación de esta.

3.1. Constitucionalismo de la primera mitad del Siglo XIX

Como es bien sabido por todos, la historia constitucional en España nunca ha sido fácil. Durante un periodo corto de tiempo se promulgaron varias Constituciones. Sin embargo, la vigencia de estas se veía limitada por golpes de estado que impedían que España se desarrollara como un estado constitucional.

No obstante, en cada una de estas constituciones el derecho de excepción siempre estuvo muy presente. Cabe destacar, que esta primera etapa se caracteriza por un derecho de excepción que suspendía ciertas garantías de carácter penal y, aun habiendo una previsión constitucional, no se respetó de forma adecuada, provocando abusos en la declaración de un estado de excepción de carácter militar (estado de guerra o de sitio) que carecía de fundamento constitucional¹³.

¹⁰ Ídem.

¹¹ LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio* (I). *Revista De Derecho Político*, núm. 30, p. 33, 1989.

¹² Ídem.

¹³ Ibid. p. 34.

En la Constitución de 1812 se estableció un Derecho de excepción cuyo presupuesto de hecho era la seguridad del Estado; sus efectos eran la suspensión de garantías del detenido, y la legitimación activa. A raíz de la brevedad durante la que estuvo vigente esta constitución, se promulgaron una serie de leyes y reales decretos -de dudosa constitucionalidad- que servían de fundamento legal para establecer estados excepcionales. Aunque el monarca tenía amplias competencias para adoptar estados de sitio, a partir de 1835 esta legitimidad activa se le otorga a la autoridad militar y pasará a denominarse estado de guerra¹⁴.

Por su parte, la Constitución de 1837 estableció que el estado de excepción debía responder a una reserva de ley y a unos presupuestos de hecho que giraban en torno a la amenaza contra la seguridad del estado. En relación con los efectos, se centra en la suspensión de garantías del detenido y la inviolabilidad domiciliaria. La Constitución de 1845 sigue la misma regulación que la de 1837¹⁵.

En el año 1856, se refuerza la reserva de ley al exigir la promulgación de una Ley de Orden Público que debía regir durante la suspensión en el territorio afectado. En la Ley de Orden Público de 17 de mayo de 1867 se prevén por primera vez tres tipos de estados excepcionales: normal, de alarma y de guerra. El presupuesto de hecho para el estado normal era el mantenimiento del orden público; para el estado de alarma, bastaba con la sola sospecha de que perturbara el orden público; y para el estado de guerra solo se autorizaría cuando la autoridad civil no pudiese acallar la agitación y ordenaba al ejército restaurar el orden público. A pesar de la regulación, tanto las autoridades militares como civiles se desvincularon de la LOP y continuaron abusando de la declaración de estados excepcionales¹⁶.

3.2. Constitucionalismo de la segunda mitad del Siglo XIX

A partir de la Constitución de 1869 la regulación en materia del derecho de excepción empieza a cambiar, pero hay ciertas cuestiones que se mantienen. En el artículo 31 se reconoce la necesidad de una doble reserva de ley, es decir, primero se debía promulgar una ley de suspensión y otra de orden público. Asimismo, se produce un refuerzo de los presupuestos de hecho, únicamente podrá ordenarse el estado de excepción cuando haya una amenaza extraordinaria para la seguridad del Estado; y, se aumentan los efectos que produce la suspensión, por ejemplo, se suspenden las garantías del detenido, inviolabilidad domiciliaria, libertad de residencia, libertad de expresión, derecho de reunión y derecho de asociación.

Cumpliendo con el mandato constitucional, las Cortes promulgaron la Ley de suspensión de garantías constitucionales en octubre de 1869, para poder declarar el

¹⁴ LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio* (I). *Revista De Derecho Político*, núm. 30, p. 34, 1989.

¹⁵ *Ibid.*, p. 36 – 37.

¹⁶ *Ídem.*

estado de guerra en aquellas partes del territorio donde fuera conveniente. Un año después, el 23 de abril de 1870, se promulga la LOP, en la cual se regularizan dos estados excepcionales: el estado de prevención y alarma -carácter civil-, y el estado de guerra -carácter militar-. Estos dos estados tenían la misma finalidad, que era restaurar el orden público, sin embargo, la intensidad de los efectos era distinta.

La Constitución 1876 es la primera norma que omite una remisión a una LOP y otorga al Gobierno la facultad para acordar la suspensión de garantías en el caso de grave y notoria urgencia. No obstante, no se modificaron ni los efectos ni el presupuesto de hecho.

La Constitución de la Segunda República introduce dos formas de regular el Derecho de excepción. En el artículo 42 regula la declaración un estado excepcional y en el artículo 76.d) reconoce una dictadura constitucional.

En su artículo 42, vuelve a recuperar la tradición de la promulgación de una LOP que rija la suspensión declarada. Por otro lado, aumenta los efectos reconociendo la posibilidad de suspender los derechos del detenido, la libertad de circulación y residencia, inviolabilidad domiciliaria, libertad de expresión, derecho de reunión y derecho de asociación. Asimismo, establece una duración máxima de treinta días prorrogables previo acuerdo de la Cortes.

La Ley de Orden Público se promulga en fecha 28 de julio de 1933 donde se regulan tres estados excepcionales: ordinario, de prevención y alarma y un estado de guerra. Como siempre, la distinción entre todos es la gravedad del presupuesto de hecho -restablecer el orden público¹⁷- y la intensidad de los efectos.

Como se ha mencionado, en el artículo 76.d) se otorga la competencia al Presidente de la República para “ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes”.

Como todos sabemos el periodo de la Segunda República española no estuvo exenta de conflictos, lo que produjo que la Ley de Orden Público debiera aplicarse con frecuencia, sobre todo declarando el estado de prevención y el de alarma.

3.3. Derecho de excepción en la Constitución de 1978

Una vez vista la historia constitucional española es momento de centrarse en la regulación actual del Derecho de excepción. Las previsiones que se recogen en la Constitución de 1978 tienen un carácter garantista. Esto se ve reflejado en la regulación que hace el constituyente a la hora de determinar los distintos estados de excepción – de alarma, excepción o de sitio- y los derechos que van a quedar suspendidos o limitados en cada uno de ellos. En ningún caso se prevé una

¹⁷ En este contexto se define orden público como el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución.

suspensión total de la Constitución, ya que solo podrán verse afectados los derechos recogidos en el artículo 55.1:

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

Asimismo, para poder hacer efectiva esta suspensión, en el artículo 116 CE se recoge la necesidad de que una Ley Orgánica regule los estados de alarma, excepción y de sitio. Como podemos observar, esta remisión nos recuerda a la que se hacía en constituciones pasadas donde se remitía a una Ley de Orden Público. Cabe destacar, que el artículo 116 está situado en el Título V relativo a la relación entre las Cortes y el Gobierno, ABA CATORIA¹⁸ pone de manifiesto que hubiera sido más correcto colocar el precepto en el Título dedicado a la Defensa de la Constitución porque, aunque no estamos ante un mecanismo de defensa jurídico, se trata de la defensa política de la Norma Superior del ordenamiento. Por su parte CRUZ VILLALÓN¹⁹ opina que este artículo se sitúa en el Título V porque en definitiva se trata de repartir las competencias que tendrá el Parlamento y el Gobierno una vez declarado el estado excepcional.

En los preceptos constitucionales se anuncian cuáles son los tipos de estados excepcionales que hay, pero no se da ningún tipo de definición al respecto. De esta inexactitud surgen dos posibles regulaciones: la primera sería una concepción más gradualista, donde los estados de excepción responden a una misma situación de emergencia, pero según la gravedad de la amenaza se impondría uno u otro; y la segunda se centraría en una concepción pluralista en virtud de la cual a cada estado de excepción se le atribuiría una situación de emergencia distinta. Era el legislador a través de la Ley Orgánica quien debía aclarar qué forma se iba a utilizar.

Pues bien, el legislador, siguiendo lo establecido en el art. 116.1 CE, promulga el 1 de junio de 1981 la Ley Orgánica 4/1981, de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio. CRUZ VILLALÓN²⁰ afirma que dicha ley tiene una posición de privilegio porque sin ella las disposiciones constitucionales de excepción son derecho no inmediatamente aplicable.

Claramente, el legislador optó por la concepción pluralista, ya que en la LO se atribuye a cada estado de excepción un escenario distinto. El estado de alarma está concebido específicamente para las catástrofes naturales, pandemias y accidentes de gran magnitud (artículo 4 y ss. LOAES). El estado de excepción únicamente podrá

¹⁸ ABA CATORIA, A. *El Estado de alarma en España*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, p. 324, 2011.

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, pág. 51.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, P. "EL nuevo derecho de excepción", Revista Española de Derecho Constitucional, Vol.1 no.2, 1981, p. 93.

imponerse cuando el orden público se vea gravemente alterado (artículo 13 y ss. LOAES). Por último, el estado de sitio es un estado excepcional militar que está previsto para aquellas circunstancias donde se pone en peligro la supervivencia del Estado (artículo 32 y ss. LOAES)

En el Capítulo I de la Ley Orgánica se recogen los principios generales que tienen que regir el Derecho de excepción. En el artículo 1 se reconocen el principio de necesidad y proporcionalidad y el principio de temporalidad. En el artículo 2 se manifiesta el principio de vigencia inmediata y de publicidad. Y, por último, en el artículo 3 se representa el principio de responsabilidad del Gobierno y otros agentes reconocidos en la Constitución.

De lo escrito con anterioridad se desprende la existencia de 3 estados excepcionales: el estado de alarma, de excepción y de sitio. A continuación, se va a desarrollar los presupuestos de hecho, la declaración y los efectos de los dos primeros, ya que son los que nos interesan para este trabajo.

4. Estado de alarma

Como se ha podido ir observando en la historia de la regulación del Derecho de excepción, el estado de alarma siempre se ha utilizado para contener un “primer grado” de alteración del orden público, donde se podía llegar a restringir determinados derechos y libertades, pero sin que llegaran a suspenderse.

En los debates de las Cortes constituyentes esta idea se tenía muy presente ya que se prioriza el carácter apolítico de este estado de alarma estableciendo que, únicamente, se podría hacer uso de él para hacer frente a eventos catastróficos, naturales o no.

4.1. Presupuesto de hecho

En el artículo 4 LOAES en el cual se recogen los presupuestos de hecho de la declaración del Estado de alarma, se estipulan los siguientes:

- 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.

De los cuatro supuestos la letra c) era la más conflictiva, porque describe la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad. En otras palabras, alteración grave de la normalidad. Sin embargo, el legislador introduce al redactado que dicha paralización provocará la declaración del estado de alarma cuando

concurra con alguna de las demás situaciones, con esto el legislador limitó el estado de alarma a situaciones agravantes de catástrofes, epidemias y desabastecimiento.

Como podemos observar, el legislador ha efectuado una despolitización del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social.

Si extrapolamos la teoría a la práctica encontramos que en España han ocurrido varios de estos supuestos de hecho. Por un lado, en 2010 hubo una huelga de controladores civiles aéreos que provocaba la paralización de un servicio esencial para la comunidad²¹. Y, en el año 2020 cuando se produjo la expansión de una nueva variante de coronavirus, desconocida hasta ese momento, creando una situación de crisis sanitaria.

Sin embargo, en estos últimos meses han ocurrido ciertos acontecimientos que es necesario traer a colación debido a que cumplen con alguno de los presupuestos de hecho y, por ende, hubiera cabido la posibilidad de declarar un estado de alarma. En primer lugar, la explosión del volcán Cumbre Vieja en la isla de La Palma que provocó la cancelación de cientos de vuelos y que, al menos, 30.000 personas debieran quedarse recluidas en sus casas²². Es decir, podemos hablar de una catástrofe de gran magnitud. En segundo lugar, en el mes de marzo tuvo lugar una huelga de transportistas que dejó a gran parte del país en una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad²³.

4.2. Declaración

La declaración del estado de alarma se regula en el artículo 116.2 CE, pero se desarrolla en los artículos 5 a 8 de la LOAES.

La legitimación activa de la declaración del estado de alarma le corresponde al Gobierno; asimismo, si alguno de los presupuestos de hecho afectara a la totalidad o una parte de la Comunidad Autónoma, el Presidente de esta, podrá solicitar al Gobierno la declaración del estado de alarma (art. 5).

²¹ Contra este estado de alarma no se presentó ningún recurso de inconstitucionalidad, pero de haberse hecho, muy posiblemente el TC hubiera entendido que no se daba el presupuesto de hecho para poder declarar el estado de alarma. Si nos fijamos bien, en el art. 4 c) LOAES reconoce la paralización de un servicio público siempre y cuando “concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo”. En la situación de 2010 no ocurrió ninguna catástrofe, epidemia o desabastecimiento que provocara la paralización. Léase al respecto: MARTÍNEZ CUEVAS, M. D., *Estados de alarma de 2010 y 2020 y las limitaciones sobre el derecho de huelga*. Garrido López, C. (coord.) Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza (2021)

²² VEGA, G. *Los gases expulsados por el volcán de La Palma obligan a confinar a 33.000 personas*, El País, edición del 13 de diciembre de 2021.

²³ BLÁZQUEZ SERNA, P. *La sombra del estado de alarma sobrevuela la huelga del transporte: todo, en manos de un acuerdo*, Cope, 23 marzo 2022.

La declaración se deberá llevar a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros (art. 6). En éste se determinará quien pasa a ser la autoridad competente para adoptar las decisiones, el ámbito territorial afectado, la duración -que no puede exceder de 15 días-, y los efectos.

En el artículo 116.2 CE se exige al Gobierno que dé cuenta al Congreso de los Diputados del decreto de la declaración del estado de alarma, y en el artículo 8 de la LOAES se añade “y de los demás decretos que dicte durante la vigencia”. Esto ha creado una política doctrinal, ya que para autores como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²⁴ consideran estos preceptos como un mecanismo parlamentario del control político del Gobierno y reconoce la necesidad de seguir lo establecido en el artículo 86.2 CE -ratificación de los Decreto-ley por el Congreso de los Diputados-. Por el contrario, para FERNÁNDEZ SEGADO²⁵ no sería necesaria la ratificación de los aspectos normativos, ya que el control se orienta a la comprobación de si los actos y disposiciones vulneran alguno de los derechos reconocidos por la CE. Asimismo, LAFUENTE BALLE añade que el control del Congreso se hace a posteriori y que el decreto de declaración del estado de alarma carece de valor de ley, por ende, no sería necesario seguir lo previsto en el artículo 86.2 CE²⁶.

La situación del Parlamento varia cuando estamos hablando de prorrogar el estado de alarma. En la CE se recoge que sin la autorización del Congreso el estado de alarma no puede ser prorrogado. En dicha autorización, el artículo 6 LOAES, reconoce una mayor participación del Parlamento otorgándole la posibilidad de establecer el alcance y condiciones vigentes durante la prórroga. Cabe destacar, que la solicitud de prórroga debe hacerse antes de la expiración del plazo de 15 días.

4.3. Efectos

Los efectos del estado de alarma están regulados en los artículos 9 a 12 LOAES. Según LAFUENTE BALLE²⁷ se pueden clasificar en tres categorías: las dos primeras se centran en regular la concentración de competencias y limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, y la tercera regula los deberes extraordinarios de los ciudadanos.

En relación con la primera categoría, la concentración de competencias, podemos determinar que la declaración del estado de alarma da lugar a una concentración de

²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Garantías de la Constitución ante la suspensión de los derechos fundamentales*, en Sistema, núm. 42, págs. 58 a 60, 1981.

²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977.

²⁶LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio (II)*. *Revista De Derecho Político*, núm. 31, 1990, p. 33

²⁷ LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio (II)*. *Revista De Derecho Político*, núm. 31, 1990, p. 34

poder por parte de la Administración, de hecho, en el artículo noveno primer apartado se recoge de la siguiente manera:

Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

Cuando hablamos de las limitaciones debemos destacar que cuando en la Constitución se recoge la suspensión DDFE no se hace mención del estado de alarma, es por ello, que podemos deducir que en este estado de emergencia no se podrán suspender los derechos, sino limitarlos. Dicho esto, en el artículo 11 LOAES se recogen las medidas que pueden ser adoptadas en el estado de alarma:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

Los efectos más conflictivos son los recogidos en los artículos 11 c) y 11 e), ya que ponen de manifiesto que el legislador sigue viendo el estado de alarma como una forma de restaurar el orden público. Sin embargo, se ha interpretado que para imponer las medidas mencionadas será necesario que venga acompañado de una situación de catástrofe o calamidad pública y no de un conflicto social²⁸.

Por lo que se refiere a los deberes aparecen regulados en los siguientes artículos:

- a) Artículo 9.1: Imposición a los funcionarios de servicios de duración o naturaleza extraordinarias.
- b) Artículo 11.a); Imposición de ciertos requisitos a cuyo cumplimiento se condiciona la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados.
- c) Artículo 11.b): «Imponer prestaciones personales obligatorias».
- d) Artículo 11.e); Impartir órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4», cuando esas órdenes impliquen imposición de deberes a los ciudadanos.
- e) Artículo 12.2: Movilización del personal de las empresas y servicios intervenidos en los presupuestos de hecho de los artículos 4.c—paralización de servicios

²⁸ LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio (II)*. *Revista De Derecho Político*, núm. 31, 1990, p. 36

públicos esenciales— y 4.d—desabastecimiento de productos de primera necesidad—.29

5. Estado de excepción

El estado de excepción está recogido en el artículo 116.3 CE y desarrollado en el Capítulo III de la LOAES. Este estado de excepción es el descendiente directo de la suspensión de derechos de nuestro constitucionalismo desde 1812 debido a una alteración grave del orden público.

5.1. Presupuesto de hecho

En el artículo 13 LOAES se estipula que la situación principal que dará lugar a la declaración del estado de excepción es la alteración del orden público. En este caso, entenderemos orden público como 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”*.

Se debe tener en cuenta que el estado de excepción no es un segundo grado de respuesta a una situación de emergencia, sino que únicamente podrá ser de aplicación cuando la alteración al orden público sea de tal gravedad que las potestades ordinarias se muestren insuficientes para restablecerlo y mantenerlo³⁰.

En definitiva, el estado de excepción se impone cuando hay una alteración del orden público que afecta al libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, al normal funcionamiento de las instituciones democráticas y, por último, al normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

5.2. Declaración

La declaración del estado de excepción es formalmente distinta al del estado de alarma. Según el artículo 13 de la Ley Orgánica, será necesario que el Gobierno pida una autorización al Congreso de los Diputados para poder declarar el estado de excepción.

Según CRUZ VILLALÓN³¹ la Constitución de 1978 ha utilizado una forma innecesariamente complicada, para una materia en el que precisamente se debe huir de las complicaciones. Siguiendo la regulación vigente, el Gobierno debe solicitar al Congreso la oportuna autorización; segundo, el Congreso debe debatir y otorgar dicha autorización; por último, el Gobierno mediante Consejo de Ministros debe aprobar decreto declarando el estado de excepción.

²⁹ LAFUENTE BALLE, J. M. *Los estados de alarma, excepción y sitio* (II). *Revista De Derecho Político*, núm. 31, 1990, p. 36 – 37.

³⁰ CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“Estados excepcionales y suspensión de garantías”*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 82-83.

³¹ Ídem.

Una vez obtenida la autorización, el Gobierno procederá a declarar el estado de excepción (art. 14 LOAES). En el supuesto en el que se quisieran introducir modificaciones se debería volver a pedir la autorización del Congreso de los Diputados.

En lo que a la duración del estado de excepción se refiere, el artículo 116.3 CE ha determinado que solo podrá tener una duración de 30 días, pero podrá prorrogarse por un plazo igual – sin hacerse mención del límite de prórrogas que es posible establecer-. Asimismo, el artículo 15.2 LOAES reconoce la posibilidad de levantar el estado de excepción con anterioridad al cumplimiento del plazo de 30 días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, es decir, que para poner fin al estado de excepción no será necesaria la autorización del Congreso.

En lo relativo al control jurisdiccional, la declaración del estado de excepción se incluye en la categoría de “actos del Estado con fuerza de ley” del artículo 161.a) CE y lo pone en relación con el artículo 27.2 b) LOTC que determina la posibilidad de presentar un recurso de inconstitucionalidad, entraré en detalle en el apartado dedicado a esta cuestión.

5.3. Efectos

Los efectos del estado de excepción se identifican con la suspensión de derechos y garantías. Esta suspensión tiene tres características: en primer lugar, la suspensión se limita a los derechos recogidos en el artículo 55.1 CE; en segundo lugar, la declaración del estado de excepción no provoca de forma directa la suspensión de derechos, sino que, tal y como se especifica en el artículo 13.2 a) LOAES, la solicitud que presenta el Gobierno al Congreso de los Diputados debe contener los derechos cuya suspensión se solicita. En tercer lugar, la suspensión de estos derechos no provoca la desaparición de estos, sino que el Gobierno deberá fijar en que forma van a quedar afectados.

Los derechos que se ven afectados son los siguientes: la libertad y seguridad personal (artículo 17 CE), el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (artículo 18.2 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 CE), el ejercicio de las libertades de residencia y circulación (artículo 19 CE), la libertad de expresión (artículos 20.1 a) y d) y 20.5 CE), el derecho de reunión y manifestación (artículo 21 CE), el derecho a huelga y adopción de medidas de conflicto colectivo (artículo 28.2 y 37.2 CE).

Juntamente con la regulación contenida en la Constitución, en la Ley Orgánica se introducen una serie de medidas administrativas excepcionales que merman las limitaciones a que está sometida la Administración. Por ejemplo, la intervención de industria o comercios que pueden motivar la alteración del orden público (art. 26), la intervención o control de todo tipo de transportes (art. 19), entre otras. Asimismo, en el artículo 28 se recoge el supuesto de que una vez declarado el estado de excepción concurren circunstancias que dan lugar a la declaración del estado de excepción. En

este caso, podríamos hablar de un principio de acumulación, los efectos de uno se suman a los del otro; o de un principio de incompatibilidad, y donde los efectos del estado de alarma quedarían incorporados en el estado de excepción.

6. Control jurisdiccional de los estados de excepción

En este punto se cuestiona si un Real Decreto que declara un estado excepcional puede ser sometido a un recurso de inconstitucionalidad o no. Esta es una cuestión muy importante debido a que si nos fijamos en el artículo 161.1 a) CE reconoce que, únicamente, será susceptible de recurso de inconstitucionalidad aquellas “*leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*”. Esta misma idea se expresa en el artículo 2.1 a) LOTC. Si nos centramos en la literalidad de ambos preceptos, dichos Real Decreto no podrían ser objeto de recurso, ya que tienen rango de reglamentos y carecen de fuerza de ley.

Debido a que esta cuestión del control jurisdiccional no está regulada ni en la Constitución ni en la LOAES, la doctrina era bastante variada. Por un lado, autores como SERRANO ALBERCA³² opinaban que la declaración de un estado de excepción tenía carácter político y, por ende, se excluía cualquier control jurisdiccional. En contra, se encontraba CRUZ VILLALÓN³³ que defendía que, además del control político, también cabía un control jurisdiccional y constitucional de la declaración del estado excepcional. Esto se daría debido al principio de justiciabilidad que recoge el artículo 3.1 LOAES y la responsabilidad del Gobierno establecido en el artículo 116.6 CE.

Otra de la discusión en torno al control jurisdiccional era la relativa a la fuerza de ley³⁴. Lo que se hacía era distinguir entre el Real Decreto de la declaración del estado de alarma y el Real Decreto de la declaración del estado de excepción. Por un lado, se defendía que la declaración del estado de alarma estaba excluida del recurso de inconstitucionalidad debido a que carecía fuerza de ley, solo podía ser sometido a un control de legalidad respecto a la Ley Orgánica. En cuanto al decreto de prórroga, sí que podía ser sometido a un control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que es necesaria la autorización parlamentaria y, en consecuencia, se entiende que es un acto de Estado con fuerza de ley. Lo mismo ocurre con el Real Decreto de declaración del estado de excepción, como es necesaria la autorización para su declaración, prórroga o modificación, se entiende que es un acto con fuerza ley y, por ende, puede ser sometido a un recurso de inconstitucionalidad.

Sin embargo, este planteamiento, sobre todo, la concepción del Real Decreto de declaración del estado de alarma sufre un pequeño revés con la Sentencia 83/2016, dictada por el TC el 28 de abril de 2016. En esta Sentencia se defiende que la prórroga

³² SERRANO ALBERCA, J.M., «Comentario a los arts. 55 y 116», en la obra *Comentarios a la Constitución*, Ed. *Civitas*, Madrid, 1980, pág. 1603.

³³ CRUZ VILLALÓN, P. “*EL nuevo derecho de excepción*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol.1 no.2, 1981, p. 112.

³⁴ *Ibid.*, pág. 115 -116.

del estado de alarma y la declaración y prórroga del estado de excepción nacen con fuerza de ley debido a la intervención del Congreso de los Diputados en su promulgación.

En cuanto a la declaración del estado de alarma, en su Fundamento Jurídico 10 reconoce que la decisión gubernamental no se limita a constatar el presupuesto de hecho, sino que tiene un carácter normativo debido a que *“dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos”*. Añade, que mediante este decreto se pueden excepcionar o modificar la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, que, sin ser derogadas o modificadas, sí que pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria. Por todo esto concluye que *“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”*.

El Tribunal Constitucional no solo se limita a resolver la cuestión de la declaración del estado de alarma, sino que impone la siguiente doctrina, recogida en el FJ 11, *“todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de emergencia ex art. 116 CE quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal”*.

II. STC 148/2021, de 14 de Julio

1. Antecedentes

El 14 de marzo de 2020 se declara el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En la exposición de motivos, se recoge que debido a las circunstancias extraordinarias se requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces, añade que *“[e]l artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad”*.

En el artículo 1 RD 463/2020 se justifica la adopción del estado de alarma al amparo de los presupuestos de hecho recogidos en el artículo 4 b) y d) LOAES relativos a la crisis sanitaria y a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

En fecha 28 de abril de 2020 el Grupo Parlamentario VOX con cincuenta diputados, presenta un recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020 contra el Real Decreto 463/2020 alegando que el Gobierno excedió de lo permitido constitucionalmente por el estado de alarma, y lo que hizo fue proceder a la

suspensión de los derechos fundamentales, y no a la restricción de estos que es lo que permite el estado de alarma.

En la demanda se manifiesta la inconstitucionalidad de distintos preceptos del Real Decreto: artículo 9 relativo a la suspensión de la actividad educativa presencial alegando una suspensión del derecho a la educación (27 CE); el artículo 10 que afecta al contenido esencial de los artículos 35 y 38 relativos al derecho a elegir profesión u oficio y libertad de empresa. Asimismo, también se defiende que el artículo 11 supone una suspensión de la dimensión externa de la libertad religiosa.

No obstante, el artículo que se ve más atacado es el 7 relativo a la limitación de la libertad de circulación de las personas:

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 de uso público para la realización de las siguientes actividades:

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

Aunque en el Real Decreto lleve como rubrica “*limitación*”, para los recurrentes se ha producido una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia (art. 19 CE). Los demandantes reconocen que los derechos no son ilimitados y que se ven delimitados por la existencia de otros derechos fundamentales. Sin embargo, defienden que el derecho a la libre circulación se ha visto suspendido, porque se ha impuesto una prohibición general en todo el territorio y para la totalidad de la ciudadanía. Incluso, se llega a cuestionar que esta medida hubiera podido ser adoptada en un estado de excepción o de sitio. Es de tal magnitud, según los demandantes, que se llega a comparar con el arresto domiciliario y se declara que todo ello ha sido un agravio contra el derecho a la libertad y seguridad (art. 17 CE).

El 19 de junio de 2020, la abogacía del Estado se persona en el procedimiento y funda toda su alegación en la proporcionalidad de las medidas teniendo en cuenta las circunstancias extraordinarias concurrentes debido a una crisis sanitaria de magnitudes internacionales, con un virus desconocido y de alta transmisibilidad. Escuda su actuación en la correcta utilización del estado de alarma, ya que reconoce que no se suspendieron derechos, lo único que se hizo fue establecer fuertes medias

restrictivas que respetaban tanto el texto constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto es así, porque teniendo en cuenta que los derechos no son ilimitados, sino que los otros derechos fundamentales actúan de límite, en la presente situación estaban en juego el derecho a la vida y a la salud. Así como el deber de los poderes públicos de hacer efectivo ese derecho adoptando las medidas necesarias para salvaguardar el interés general concretado en la defensa de la salud de las personas y la vida. Asimismo, alude al test de proporcionalidad para justificar que las medidas adoptadas respondían a criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad al no haber medidas menos restrictivas para combatir el virus.

2. ¿Suspensión o limitación?

El elemento nuclear de esta Sentencia gravita en torno a la necesidad de determinar si lo que se hizo en el Real Decreto 463/2020 fue limitar el derecho de circulación, o si por el contrario fue una suspensión de esta libertad. Las demás pretensiones que se recogían en la demanda son desestimadas y no han generado tanto conflicto como la del artículo 7, es por ello, que solo me centro en el derecho de circulación. Hecho este apunte, prosigamos.

Parece que a nivel teórico todo está muy claro, el estado de alarma limita o restringe derechos, mientras que el estado de excepción suspende los derechos recogidos en el artículo 55.1 CE. Sin embargo, a nivel práctico se ha demostrado que esta distinción no está muy bien definida, ya que de ser así no se hubiera incurrido en el conflicto que aquí se trata.

Cabe destacar, que en la STC 71/1994 se hace un intento de definir qué es la suspensión al describirse como “*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*” (FJ3). No obstante, esta definición es poco esclarecedora, y es por este motivo que acudimos a la doctrina.

No debemos confundirnos, y es que dentro de la doctrina existen opiniones muy dispares de lo que implica una suspensión o una limitación de derechos. Sin embargo, la mayoría están unidas por la afectación al contenido esencial del derecho, es decir, que se entiende que un derecho está suspendido o limitado dependiendo del modo en el que se haya afectado su contenido esencial.

Para comprender mejor esto debemos centrarnos en la cuestión del contenido esencial de los derechos. La jurisprudencia de referencia en torno a este asunto es la STC 11/1981, de 8 de abril. Según esta Resolución, el contenido esencial de los derechos fundamentales actúa como límite genérico en tres situaciones concretas. La primera como un límite al legislador a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE); la segunda como un límite a otros límites propios de los derechos fundamentales; y, en tercer lugar, si la condición de límite último del contenido esencial es absoluta o solo relativa, aunque de esta tercera cuestión el Tribunal no saca nada en claro.

De lo primero se extrae que el artículo 53.1 CE reconoce que los DDFF y las libertades públicas se ven delimitadas por la función limitadora del contenido esencial. Así se reconoce también en la STC 16/1994, de 20 de enero en el FJ 3 cuando estima que *“el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible (...)”*. En palabras de PAREJO ALFONSO³⁵, *“el contenido esencial (...) no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual, el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”*. Añade, *“todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal”*. Esto también se ve reflejado en la STC 11/1981 (FJ 10): *“entendemos por «contenido esencial» aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”*.

En segundo lugar, como ya se ha reiterado en varias ocasiones, los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que se ven limitados por la existencia de otros derechos fundamentales. En base a esto, se concreta que existen límites constitucionales expresos y, otros que no están especificados en la Constitución y que son fruto de la propia casuística del Derecho por la necesidad de ponderar los intereses, bienes o valores de cada caso. Sin embargo, en uno u otro caso, se entiende que el límite último es el propio contenido esencial de cada derecho fundamental.

Durante toda la STC 11/1981, y en la posterior jurisprudencia al respecto, se desprende la misma idea: el contenido esencial de los derechos fundamentales es aquella parte del derecho que lo hace reconocible jurídicamente, tanto en su aspecto interno como externo. De modificarse está parte, se estaría ante un supuesto de infracción constitucional al desnaturalizar de su propio objeto el derecho. Esta última idea se ve reflejada en la STC 139/2017, de 29 de noviembre cuando reconoce en su FJ 6, que se estaría afectando al contenido esencial de un derecho cuando *“si lo vacían de contenido, lo someten a limitaciones que lo hacen impracticable o dificultan su ejercicio más allá de lo razonable, lo desnaturalizan o resulta irreconocible como tal derecho”*.

Otra de las cuestiones que aborda la Sentencia de 8 de abril de 1981 es la fijación de dos metodologías para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental. *“El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho” (...)* *“El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar*

³⁵ PAREJO ALFONSO, L. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981*. Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. I. núm. 3, 1981.

lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (...)”.

A pesar de toda la jurisprudencia relacionada con el contenido esencial de los derechos fundamentales, es curioso como en la STC 148/2021 se reconoce que todas las técnicas y fórmulas establecidas hasta ahora, solo eran útiles para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en regímenes ordinarios. Sin embargo, según el Tribunal la situación que nos ocupa está tan lejos de la ordinalidad que el *“enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales”*. Sin embargo, hecho este comentario de alta trascendencia jurídica no se procede a comentar en qué sentido se ve alterada la concepción ordinaria de contenido esencial, sino que a lo largo del FJ 5 el Tribunal se dedica a justificar en qué medida la libertad de circulación queda suspendida, aludiendo a la desnaturalización del derecho por afectación del contenido esencial.

Si aplicamos la teoría al caso que nos ocupa, debemos, en primer lugar, determinar cuál es el contenido esencial de art. 19 CE. Según la STC 148/2021, FJ 5, el contenido esencial del derecho de circulación es la libertad de deambular por la vía o espacios de uso público, con 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.

Según el Tribunal, de la propia lectura del precepto impugnado se desprende que el contenido esencial de la libertad de circulación se ha visto gravemente alterada, incluso se habla de un vaciamiento de derecho, debido a que se ha limitado la libertad de deambular por vías o espacios de uso público a un *“exhaustivos numerus clausus”*. Se añade que *“[l]a facultad individual de circular libremente deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto”*. Por otra parte, se sentencia que las medidas exceden, incluso de lo permitido por la LOAES en los estados de alarma, que es la limitación de la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados, según el art. 11 a). De esta forma, concluye que debe declararse la inconstitucionalidad de los apartados 1,3 y 5 del art. 7 Real Decreto 463/2020 por entenderse que se ha producido una “privación” o “cesación” del derecho fundamental recogido en el art. 19 CE.

Esta decisión adoptada por el tribunal no ha estado exenta de polémica, de hecho, cuenta con 5 votos particulares. Es si más no sorprendente que los Magistrados que han emitido su voto particular discrepen de forma tan tajante con la *“sentencia de la mayoría”*.

El Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS en su voto particular establece la siguiente tesis: *“la intensidad de la limitación, incluso aunque suponga vaciar de contenido el derecho fundamental, no constituye una suspensión”*. Añade que *“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”*. Sin embargo, esta tesis es difícil de sostener

debido a su contrariedad con la doctrina del TC hasta este momento, que señala que un derecho quedaría suspendido cuando se afecta su contenido esencial; y porque no se concibe que una limitación pueda ser más severa que la suspensión, cuando este mismo Magistrado ha reconocido que la suspensión implica la desconstitucionalización del derecho fundamental.

Por su parte, el propio presidente del Tribunal, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, en su voto particular, razona que los derechos no han podido suspenderse porque para ello hubiera sido necesario que el Gobierno emitiera un acuerdo donde expresamente se reconociera la facultad del derecho, como se recoge en el artículo 55.1 CE. Añade que *“la sentencia de la mayoría (...) [n]o advierte (...) que en este contexto de los estados de emergencia la figura de la suspensión tiene un contenido eminentemente formal”*. Y reconoce 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”*.

A este argumento también se suma el Magistrado CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓ, que reconoce que las medidas adoptadas están amparadas por la normativa, y pone de ejemplo la LO 3/1986 de medidas especiales en materia de sanidad pública que permite el confinamiento de personas con enfermedades transmisibles y de las personas que hayan estado en contacto con ellas, o la LO 4/2015 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 (...) en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana”*. Declara que ambas se tratan de limitaciones de altísima intensidad, pero sin tratarse de medidas que suspenden el derecho. Asimismo, el Magistrado advierte que la sentencia de la mayoría crea un grave problema político y sanitario porque priva al Estado del instrumento que la ley establece para hacer frente a las crisis sanitarias, que es el estado de alarma. Recuerda que para declarar el estado de excepción sería necesaria una alteración del orden público, que en este supuesto no se ha dado.

Coinciden los Magistrados ANDRÉS OLLERO TASSARA y M.^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN, y reiteran la idea de que la declaración del estado de alarma y el estado de excepción dependen del supuesto de hecho de cada uno y no debe verse los distintos estados de emergencia con una visión gradualista. El Magistrado OLLERO TASSARA entiende 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 (...) que la limitación de los derechos (...) es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial”*.

Otra de las ideas que se va repitiendo a lo largo de los votos particulares es la cuestión relativa a la autorización del Congreso de los Diputados para poder prorrogar

el estado de alarma. Se entiende que los errores que se pudieran cometer en el momento de aprobar el Real Decreto 463/2020 quedarían subsanados por dicha autorización y quedan consolidadas. En palabras del Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS *“la prórroga íntegra de tales medidas corrigió el defecto en el que incurrió el Gobierno al adoptar tales medidas suspensivas de derechos fundamentales -según la mayoría- (...). [S]u inconstitucionalidad no debería declararse porque fuera acordado sin contar con la autorización del Congreso, sino porque se prorrogó durante más tiempo del permitido por el art. 116.3 CE”*.

Como hemos podido ver hasta aquí la delimitación entre suspensión y limitación de derechos está dividida por una línea muy fina. Sin embargo, la discusión no termina aquí, sino que entra en juego la ponderación de los derechos y la proporcionalidad de las medidas, que es lo que se va a tratar en el siguiente epígrafe.

3. Ponderación de los derechos y juicio de proporcionalidad

3.1. Ponderación

A lo largo de la lectura de los distintos fundamentos jurídicos que se centran en lo relativo al art. 7 del Real Decreto 463/2020, podemos observar que hay una falta de referencia a la ponderación de otros derechos fundamentales, en concreto al de la vida y a la salud – idea reiterada constantemente por la abogacía del Estado en su contestación-. Si se me permite el atrevimiento, es como si el Tribunal hubiera centrado su empeño en justificar por qué el derecho a la libre circulación fue suspendido sin tener en cuenta la existencia de otros derechos fundamentales. Esta idea se hace incluso más notable cuando en el FJ 8, que aborda la supuesta inconstitucionalidad del art. 9 del Real Decreto relativo a las medidas de contención adoptadas en el ámbito educativo, más concretamente, la suspensión de la actividad educativa presencial, se hace clara mención al derecho a la vida y salud. Textualmente se reconoce que *“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 el 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 (...); bienes constitucionales en riesgo extremo para el conjunto de la ciudadanía y lesionado por un gran número de ciudadanos por la rápida y creciente expansión de la epidemia”*. A raíz de esto, me surge las siguientes preguntas: ¿el derecho a la vida y a la salud no se veía también afectado si todos estábamos deambulando sin control por la calle? ¿Por qué en este caso el Tribunal tiene en cuenta estos “bienes constitucionales en riesgo extremo (...) por la rápida y creciente expansión de la epidemia” y cuando aborda el derecho a la libre circulación se olvida? ¿Aun siendo supuestos distinto, no se deberían tratar de la misma manera?

Mientras el TC se olvida de hacer una ponderación de los derechos, la abogacía del Estado justifica la actuación del Gobierno alegando que las medidas adoptadas responden a una ponderación entre la libertad de circulación y el derecho a la vida.

Antes de adentrarnos en esta cuestión, veamos qué se entiende por ponderación de DFFF.

El profesor ARROYO JIMÉNEZ³⁶ nos define la ponderación como “*el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso*”. En sí, la ponderación es una técnica que se utiliza cuando existen principios que entran en colisión, y lo que se pretende es que los principios en conflicto desplieguen su mayor eficacia. En el presente caso, como diría ROBERT ALEXEY³⁷ los principios adquieren expresión de derechos fundamentales.

Pues bien, el Gobierno adoptó las medidas recogidas en el art. 7 Real Decreto 463/2020 considerando que tenía mayor peso el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) y la obligación de cumplir con su mandato constitucional de proteger la salud pública (art. 43 CE) que el derecho fundamental a la libre circulación (art. 19 CE). Como ya he dicho, la abogacía del Estado argumentó que tras efectuar la correspondiente ponderación se consideró que las limitaciones temporales eran medidas indispensables, sin alternativa posible, para proteger la salud pública.

Esta argumentación la hace valiéndose de los que ROBERT ALEXEY define como la “*ley de la ponderación*”³⁸. Esta *ley* puede desgranarse en tres pasos. “*En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio*”, el Gobierno es consiente que con la obligación de confinar a toda la población está provocando un perjuicio al derecho de libre circulación, porque está afectando a su contenido esencial como ya se ha visto en párrafos anteriores. “*A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario*”, en este supuesto el principio contrario sería salvaguardar el derecho fundamental a la vida. “*En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro*”, en el momento de pandemia en el que nos encontrábamos, con una salud pública al borde del colapso y cientos de personas contagiándose diariamente, y donde los países vecinos también estaban confinando a la población, se podría decir que el Gobierno consideró que el perjuicio a la libre circulación era mínimo.

Asimismo, podemos encontrar otros supuestos en los que los poderes públicos se han visto obligados a practicar un juicio de ponderación entre derechos. En el Auto del TC de 30 de abril se ponderan el derecho a reunión (art. 21 CE) y el derecho a la vida e integridad física moral de las personas (art. 15 CE). También puede reflejarse

³⁶ ARROYO JIMÉNEZ, L. *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. Indret, Revista para el análisis del derecho, 2009.

³⁷ ALEXEY, R., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, 2009, p. 8.

³⁸ Ídem.

en la STC 199/1987, de 16 de diciembre donde se pondera la suspensión de derechos dentro del marco de la Ley Orgánica 9/1984³⁹ y la intervención judicial en casos relacionados con bandas armadas y elementos terroristas.

De todas formas, cabe destacar que la ponderación no es una técnica utilizada solo por los poderes públicos, sino que los órganos judiciales también deben utilizarla para poder valorar los perjuicios ocasionados por la colisión de derechos: SSTC 25/22, de 23 de febrero, 186/2015, de 21 de septiembre, 56/1995, de 6 de marzo y 88/2003, de 19 de mayo.

3.2. Juicio de Proporcionalidad

En el presente caso, no sería suficiente centrarnos en la ponderación únicamente, y es por este motivo que debemos someter el problema a un principio de proporcionalidad. De hecho, esto se corrobora con las palabras de ROBERT ALEXY⁴⁰ que afirma que *“la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad”*. Esto pone de manifiesto la relevancia del principio de proporcionalidad en los juicios ponderativos.

Aunque se podría pensar que la diferencia entre la ponderación y el principio de proporcionalidad es clara, es todo lo contrario. En su artículo ARROYO JIMÉNEZ⁴¹ reconoce que mientras algunos autores los consideran como procedimientos alternativos, otros afirman que, en el test de proporcionalidad, cuando se valora la proporcionalidad en sentido estricto, ya se está haciendo un juicio de ponderación

No obstante, el TC en su Sentencia 55/1996, de 28 de marzo reconoció, en su Fundamento Jurídico 3, que *“el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos”*:

Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales (...) y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

Como se puede observar el principio de proporcionalidad es una especie de instrumento de control por el cual los tribunales valoran si la medida adoptada por el

³⁹ Normativa actualmente derogada, solo se menciona en este contexto a modo de ejemplo.

⁴⁰ ALEXY, R., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, 2009, p. 8.

⁴¹ ARROYO JIMÉNEZ, L. *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. Indret, Revista para el análisis del derecho, 2009.

Gobierno, que vulnera un derecho fundamental, responde a criterios de idoneidad para la consecución de la finalidad legítima que pretende; necesidad, por no existir otra medida menos incisiva y proporcionalidad en sentido estricto, que justificarían la implementación de la medida. Esto se desprende de la amplia doctrina existente sobre el control de proporcionalidad: SSTC 8/2015, de 22 de enero, 49/2018, de 10 de mayo, 64/2019, de 9 de mayo, y 99/2019, de 18 de julio, entre otras.

Una vez hecha una breve explicación de qué es el principio de proporcionalidad, debemos enfocarlo al caso que nos ocupa. Pues bien, a raíz de la discusión planteada entre suspensión o limitación, se cuestiona si las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020 y en las sucesivas prórrogas son proporcionadas.

Tanto la abogacía del Estado como los cinco votos particulares defienden que las medidas adoptadas en su momento, sí que respondían a criterios de proporcionalidad. Por un lado, la abogacía del Estado determina que el Gobierno llevó a cabo el test de proporcionalidad para establecer las limitaciones pertinentes. Reconoce que existía un supuesto de idoneidad porque se pretendía evitar la propagación del virus. Además, dichas limitaciones eran necesarias debido a la falta de alternativa para evitar contagios, así pues, entiende que las medidas fueron proporcionales en sentido estricto. Según sus palabras:

[E]l 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).

Por otro lado, de los votos particulares se desprende, más o menos la misma idea, afirman que las medidas adoptadas por el Gobierno en torno a la limitación de la libre circulación (art. 19 CE) fueron adoptadas acorde con la realidad que se presentó en ese momento. La crisis sanitaria en la que nos encontrábamos, el desconocimiento de la ciencia de cómo afrontar el virus, y la necesidad de salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la población, provocaron la necesidad de adoptar dichas medidas. De hecho, la Magistrada M.^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN opina que, de haberse sometido las medidas al juicio clásico de proporcionalidad *“la solución hubiera sido mucho más comprensible y objetiva”*.

Cabe recordar, que tanto la abogacía del Estado como en los cinco votos particulares, consideran que se puede aplicar el juicio de proporcionalidad porque los derechos no están suspendidos al carecer de un acto expreso por parte del Gobierno que reconociera esta situación, como establece el art. 116.3 CE que debe hacerse.

A pesar de lo expuesto en los argumentos de la abogacía del Estado y de los votos particulares, la Sentencia ha considerado que la mayoría de los preceptos impugnados respondían a situaciones de necesidad y, por ende, eran proporcionales, excepto el derecho de libre circulación, regulado en el art. 7 Real Decreto.

En el FJ 5 donde se expone el por qué se considera que el derecho a la libre circulación fue suspendido, no se entra a debatir si este responde a criterios de proporcionalidad o no, porque se considera que cuando un derecho está suspendido se entiende que se produce una desconstitucionalización, es decir, no solo cesa la aplicación del derecho, sino que también lo hacen las garantías del mismo. Como reconoce FERNANDEZ SEGADO⁴², la suspensión de un derecho implica “*decretar temporalmente la pérdida de vigor de determinados preceptos constitucionales relativos a la protección de los derechos y libertades públicas*”. Si hemos dicho que el principio de proporcionalidad se establece como un mecanismo de control que sirve para comprobar si la medida está dentro de los parámetros constitucionales, resulta obvio, que no podrá aplicarse.

Sin embargo, GÓMEZ FERNÁNDEZ⁴³ defiende que, aunque se produzca una desconstitucionalización, es posible someter las medidas a un control de razonabilidad. En su opinión, nada impide crear un canon de control, no para con la constitución, sino para con la LO 4/1981.

La primera aproximación debe centrarse en si las medidas adoptadas se identifican con las medidas de suspensión que prevé la LO 4/1981; de no identificarse con claridad, se debe pasar al segundo paso consistente en formular “*un juicio de control objetivo para valorar un eventual exceso*”. Este exceso se valorará teniendo en cuenta tres aspectos: 1) la previsión normativa de la restricción o concurrencia del respeto al principio de legalidad; 2) existencia de una finalidad constitucionalmente legítima que justifique la restricción; 3) formulación del juicio de proporcionalidad en sentido amplio: adecuación -entre el fin perseguido y los medios empleados para su consecución-, necesidad en el seno de una sociedad democrática -o alternatividad de la medida adoptada-; y proporcionalidad en sentido estricto. En tercer lugar, se debería hacer un análisis del vínculo de conexidad entre las medidas adoptadas y sujetas a juicio y la finalidad perseguida con la suspensión de derechos, que no es otra que la superación de la situación excepcional⁴⁴.

La tesis de GÓMEZ FERNÁNDEZ también encuentra su apoyo en REQUEJO RODRÍGUEZ⁴⁵, que defiende que “*como principio general, cualquier medida que se tome con ocasión de la declaración de un estado excepcional, incluidas las relativas*

⁴² FERNANDEZ SEGADO, F. *La suspensión de garantías constitucionales en la nueva constitución española*, Revista de estudios políticos, núm. 1979.

⁴³ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “*¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales?*” en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho...*, 2021.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, Revista de Derecho Político, núm. 51, 2001, p. 116.

a la suspensión de derechos, deberá ser necesaria, adecuada y proporcional con el fin que se pretende, esto es, el restablecimiento de la normalidad perdida”.

Los argumentos de GÓMEZ FERNÁNDEZ y REQUEJO RODRÍGUEZ se ven reflejadas en la STC 148/2021, en el voto particular del Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RIOS. Éste defiende que cuando el derecho está suspendido no se podría invocar la norma constitucional porque se encuentra suspendida, sino que tan solo serían de aplicación las correspondientes disposiciones de la LOAES y, en relación con ellas, el principio de proporcionalidad.

En contraste, ARAGÓN REYES⁴⁶ recuerda que el principio de razonabilidad o proporcionalidad debe aplicarse en base a los criterios constitucionales, es decir, la norma aprobada debe responder a unos parámetros establecidos en la Constitución, no en base a una ley.

A raíz de estos dos argumentos surge el siguiente conflicto. El Tribunal, a pesar de haber expuesto de forma clara y tajante porque considera que la medida que se recogía en el art. 7 Real Decreto debe ser considerada inconstitucional, en el FJ 11 reconoce lo siguiente: *“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”.*

De esto se desprende una cuestión que, a mi juicio, es contradictoria. En primer lugar, el Tribunal se expresa en el FJ 5 reconociendo que el confinamiento fue una medida que suspendió el derecho fundamental reconocido en el art. 19 CE y, en consecuencia, como se suspendió, no responde a criterios de proporcionalidad. Sin embargo, en el FJ 11 reconoce que las medidas sí que son proporcionales, pero falla el instrumento jurídico por el que se han adoptado. Entonces ¿el principio de proporcionalidad se puede aplicar a un derecho que cesa su aplicación y que no responde a criterios constitucionales?

A falta de comentario expreso en la Sentencia, se podría deducir que el Tribunal reconoce la proporcionalidad de las medidas debido a que en el artículo 1.2 LOAES se reconoce explícitamente, que la aplicación de las medidas adoptadas debe hacerse de *“forma proporcionada a las circunstancias”.* Así pues, es la propia Ley Orgánica que permite aplicar la garantía del juicio de proporcionalidad a la suspensión de los derechos, aunque estos sufran una ineficacia constitucional temporal. En consecuencia, se estaría a lo comentado por GÓMEZ FERNÁNDEZ, que el juicio de proporcionalidad se hace en base a la LO y no a la CE -en este caso-.

En definitiva, podríamos reconocer, tal y como reconoce el Magistrado CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN, que *“sentencia de la mayoría parece considerar que las medidas adoptadas habrían sido proporcionadas para hacer frente a la situación*

⁴⁶ ARAGÓN REYES, M., *Estado de alarma y Constitución*, El País, edición del 14 de julio de 2021.

planteada en marzo de 2022 (...), [p]ero viene a considerar que tanto el Gobierno como el Parlamento (...) erraron en la elección del estado declarado”.

4. ¿Estado de alarma o Estado de excepción?

La cuarta cuestión que se desprende del análisis de la STC 148/2021 es que según el TC, el estado de emergencia que se debió adoptar era el estado de excepción. No obstante, antes de profundizar, considero interesante fijarnos en qué opinaban algunos autores sobre esta cuestión, antes de que se dictara esta Sentencia.

Según ÁLVAREZ GARCÍA⁴⁷ el presupuesto de hecho que da lugar a la adopción de un estado de excepción no es la crisis sanitaria como tal, sino que dicha crisis ha alterado el orden público sobremanera, justificando que se debiera declarar un estado de excepción. Este autor define orden público como el ejercicio efectivo de los derechos y las libertades, por ende, si no se han podido ejercer significa que ha habido una alteración grave del orden público. Afirma que la pandemia ha alterado el derecho a la vida y a la salud (artículo 15 CE) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), entre otros; además, ha habido una gravísima alteración del funcionamiento de la sanidad pública, servicio público esencial. En su opinión, esto hubiera sido motivo suficiente para declarar el estado de excepción previsto en el artículo 13.1 LO 4/1981.

Esta misma idea del estado de excepción es apoyada por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁴⁸. Éste adopta un pensamiento gradualista, y entiende que, la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 para hacer frente a la crisis sanitaria estaba bien, sin embargo, a medida que la situación se agrava y se limita el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se ataca el orden público y excede de las prerrogativas del estado de alarma, generándose la necesidad de declarar un estado de excepción.

El que fuera magistrado del Tribunal Constitucional, ARAGÓN REYES⁴⁹, reconoce que sí hubo una alteración al orden público, ya que éste no solo tiene un carácter político-institucional, sino que también puede tener un carácter social o económico. Añade que el estado de alarma era insuficiente para hacer frente a una crisis sanitaria, económica y social como la que ha producido la pandemia del coronavirus. E introduce la siguiente idea: en el estado de excepción las garantías democráticas y jurídicas son superiores.

⁴⁷ ALVAREZ GARCÍA F. J., “Estado de alarma o de excepción”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, 2020.

⁴⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. “¿Estado de alarma o estado de excepción?” Diario La Ley, no. 9621, 2020, p. 8-10

⁴⁹ ARAGÓN REYES, M.: “¿Alarma o excepción?”, El País, edición del 6 de julio de 2021.

Aunque siempre se ha relacionado el orden público con una cuestión de seguridad ciudadana⁵⁰, los detractores del estado de alarma lo definen de una forma diferente. Como vemos, identifican el orden público con el normal funcionamiento de los servicios o con el desarrollo libre de los derechos fundamentales. Pues bien, estas definiciones encuentran su amparo en SSTC como la 19/1985, de 13 de febrero, que en su FJ 1 reconoce que un componente esencial del orden público es el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución; o la Sentencia 66/1995 que en su FJ 3 establece que el orden público puede verse alterado cuando “[r]esult[e] imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de (...) urgencias médicas”. Como vemos, estas ideas son compatibles con lo recogido en el art. 13 LOAES: “[c]uando 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 (...) el Gobierno, (...), podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”.

En contraposición, REVENGA SÁNCHEZ y LÓPEZ ULLA⁵¹ entienden que las medidas que se adoptaron limitaron ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, se oponen a la idea de que hubiera sido necesario declarar un estado de excepción, entienden que lo que permite que un estado de excepción se declare es el presupuesto de hecho que está recogido en la Ley Orgánica 4/1981. En consecuencia, el estado de alarma es el que está previsto para hacer frente a una crisis sanitaria. Añaden que las medidas que se adoptaron fueron muy limitadoras, pero justifican que era la propia situación, alta mortalidad, colapso en los hospitales...que requería dichas medidas.

De igual manera, BROTAT i JUBERT⁵² reconoce que las medidas que adoptó el Gobierno a través del Real Decreto 463/2020 y sus sucesivas prórrogas atendían a un principio de proporcionalidad. Es decir, atendiendo a la situación que vivíamos - sistema sanitario al borde del colapso, ausencia de vacuna, etc.- estaba claro que las limitaciones de los derechos debían ser contundentes, pero no se llegaron a prohibir o suspender, sino que simplemente, se limitaron para conseguir la finalidad perseguida que era detener la expansión del virus.

⁵⁰ CUENCA MIRANDA, A., *Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción*. Garrido López, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 202, p. 8.

⁵¹ REVENGA SÁNCHEZ M., LÓPEZ ULLA J.M., “*El dilema limitación/suspensión de derechos y otras «distorsiones» al hilo de la pandemia*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, págs. 230 – 236.

⁵² BROTAT i JUBERT, R., “cent dies d’estat d’alarma: el reial decret 463/2020 i la limitació dels drets fonamentals dels ciutadans”, *Revista catalana de dret públic*, núm. Especial, 2020, págs. 38-53.

Por último, GÓMEZ FERNÁNDEZ⁵³ defiende que el estado de alarma se ajusta al presupuesto material: estar en una situación de pandemia, paralización del servicio sanitario y desabastecimiento, como vemos tres de las situaciones tipificadas. Asimismo, el estado de alarma ofrece un escenario temporal más amplio y adecuado a la hora de adoptar medidas que permiten la recuperación de la situación de normalidad. Reconoce que el libre ejercicio de los derechos fundamentales se veía gravemente alterado, pero esa alteración no podía alegarse como causa de la eventual declaración de un estado de excepción.

Lo que se desprende de la lectura de las distintas opiniones doctrinales, es que el análisis de la declaración del estado de excepción se puede hacer de dos formas. La primera consiste en centrarse en los efectos que han producido las medidas adoptadas, como se ve reflejado en las primeras opiniones expuestas y, la segunda se centra en los presupuestos de hecho que habilitan cada uno de los estados excepcionales. Pues bien, algo similar es lo que pasa en la STC 148/2021.

El Tribunal cuando analiza la cuestión relativa a la afectación del artículo 19 CE a través del art. 7 Real Decreto 463/2020, enfoca su discurso en esta primera cuestión, es decir, reconoce que las medidas adoptadas por el Gobierno exceden de los límites del estado de alarma. Esto se ve reflejado en el FJ 11, donde se alude al art. 13.1 LOAES para justificar que hubiera sido mejor, atendiendo las circunstancias de la epidemia, declarar un estado de excepción. En dicho precepto se hace referencia a la posibilidad de declarar un estado de excepción cuando haya perturbaciones que afecten *“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 supuesto, el Tribunal ha entendido que la perturbación era la epidemia, y añade que *“cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza dimensiones desconocidas e imprevisibles (...), puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa”*. Se declara un estado de excepción encubierto: se utiliza el estado de alarma para limitar derechos sin decirlo.

Por el contrario, los votos particulares se centran en los hechos habilitantes. En el voto particular emitido por el Magistrado JUAN ANTONIO XIOL RÍOS se ve reflejada esta idea cuando reconoce que la tesis de la que parte la decisión mayoritaria parte de que *“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”*. Por el contrario, este mismo Magistrado considera que *“los estados de emergencia que regula el art. 116 CE responden a causas distintas y, por eso, para*

⁵³ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. *“¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales?”* en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho...*, 2021, p. 44.

que proceda su declaración ha de concurrir el presupuesto que habilita a adoptar esta decisión". Es por este motivo, considera que la decisión del Tribunal de proponer que hubiera sido mejor la declaración de un estado de excepción es descabellada. En su opinión, el estado de excepción queda reservado a la grave alteración del orden público, relacionado con el mantenimiento de la seguridad pública. Y declara que "[s]i 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 su parte, el Magistrado CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN en su voto particular, critica que la sentencia de la mayoría sustenta la declaración del estado de excepción en la alteración del orden público, debido a que el concepto que el Tribunal ha utilizado es contrario, en su opinión, a la doctrina establecida en el Auto 40/2020. En dicho Auto se negaba la celebración de una manifestación atendiendo al orden público interpretado en este caso como la salvaguarda de la garantía del derecho a la integridad física y salud de las personas.

III. STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021

1. Antecedentes

Con posterioridad a la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, el Gobierno decide prorrogarlo mediante sucesivos reales decretos: Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. El 21 de junio de 2020 se pone fin al primer estado de alarma por COVID-19.

A pesar de este inicial levantamiento del estado de alarma, el 9 de octubre de 2020 se decide declarar un segundo estado de alarma solo en ciertas localidades donde la transmisión del virus no estaba controlada, mediante Real Decreto 900/2020. No obstante, el 25 de octubre de 2020 se decide declarar un tercer estado de alarma en todo el territorio para poder controlar la propagación. Así pues, se aprueba el Real Decreto 926/2020. El 3 de noviembre se decreta su prórroga por un periodo de seis meses (Real Decreto 956/2020), concluyendo el 9 de mayo de 2021.

En fecha 6 de noviembre de 2020, el grupo parlamentario VOX presenta recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020 contra los arts. 2 (apartados 2 y 3), 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; contra los apartados 2, 4 y 5 de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto; y contra el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.

El 27 de octubre de 2021, el TC dio respuesta a las pretensiones de la demanda en la STC 183/2021. Esta Sentencia ha pasado más desapercibida que la anteriormente comentada, debido a que desestima la mayoría de las pretensiones. No obstante, el enjuiciamiento hecho por el TC ha puesto sobre la mesa cuestiones muy importantes: pronunciamiento sobre la duración de la prórroga y el papel del Congreso de los Diputados; la habilitación de los Presidentes autonómicos de modular, flexibilizar, suspender o decidir la regresión de las medidas limitativas de derechos reconocidos en el art. 5 a 8 del Real Decreto 926/2020; así como, lo que parece ser una especie de concreción de lo que implicaría suspender un derecho y limitarlo en comparación con la STC 148/2021.

Por insuficiencia de espacio para abordar las tres cuestiones en profundidad y por los motivos expuesto en la introducción, solo se hablará de forma extensa sobre la cuestión de la prórroga.

2. De la duración de la prórroga

Como se ha podido comprobar en la introducción de este apartado, todas las prórrogas sucesivas al Real Decreto 463/2020 respondían a un mismo criterio, se aprobaban pasados los quince días. Sin embargo, en la declaración del tercer estado de alarma este criterio cambia y el Real Decreto 926/2020 se prórroga por seis meses.

Respecto a esta cuestión los recurrentes entendían que las prórrogas nunca podrían ir más allá del plazo máximo de quince días que se fija en la Constitución, y se destaca que esta prórroga es exorbitante y ajena al juicio de proporcionalidad. Asimismo, critican la imposibilidad, durante dicho periodo, del Congreso a revisar y autorizar o no la continuación de las medidas.

Por su parte la abogacía del Estado opta por defender la duración de la prórroga acudiendo al principio de proporcionalidad. Además, hace referencia al art. 14 Real Decreto 926/2020 que reconoce la posibilidad de formular propuestas de levantamiento del estado de emergencia al Gobierno por parte de los presidentes autonómicos, y añade, que ni la Constitución ni la LOAES imponen un régimen determinado de control parlamentario quincenal y que durante el estado de alarma siguen intactas las funciones y facultades de control sobre el Ejecutivo.

Sobre esto el TC afirma lo siguiente. En primer lugar, reconoce que la duración de la prórroga no está estipulada en ninguna norma del ordenamiento jurídico español, solo se reconoce en el art. 1.2 LOAES que la duración de cualquier estado de crisis no ha de ir más allá de lo estrictamente indispensable para restablecer la situación de normalidad. Antes estas palabras que evocan a la ambigüedad absoluta, el TC interpela al legislador para que fije un período máximo en función del tipo de alteración grave de la normalidad que sea apreciado y de las circunstancias que concurren en la misma.

En segundo lugar, establece que, al acceder a la prórroga, el Congreso no solo decide la intensidad de los límites sobre los derechos y libertades, sino que también debe fijar la duración. Al ser el Congreso quien debe valorar si deben ser mantenidas

las medidas o no, es de suma importancia que el Congreso intervenga (art. 6.2 LOAES). Además, el Tribunal reconoce que la resolución que se presentó ante el Congreso de los Diputados no incluía en su contenido duración alguna.

En tercer lugar, tumba el intento del abogado del Estado de justificar la prórroga de seis meses recurriendo al principio de proporcionalidad. Esto se refleja en las siguientes palabras: *“la posible valoración jurídico-constitucional de establecer unos plazos de prórroga de mayor o menor duración, nada aporta el principio de proporcionalidad, cuya racionalidad propia está en la necesidad de equilibrar o ajustar bienes en tensión recíproca (...); tensión que en absoluto cabe aquí”* (FJ 8). Si es cierto, que la fijación del plazo responde a un criterio de razonable adecuación, criterio que debe ser utilizado por la Cámara cuando esté valorando la solicitud del Gobierno en materia de prórroga.

En cuarto y último lugar, el abogado del Estado argumenta que se fijó dicho periodo por la necesidad existente de dar estabilidad a las medidas que se habían adoptado. Sin embargo, el Tribunal razona que la acaecida estabilidad no puede ser motivo para suprimir la facultad del Congreso de realizar la evaluación periódica del estado de alarma. Asimismo, las medidas recogidas del art. 5 al 8, aunque reguladas en el Real Decreto 926/2020, no fueron aplicadas directamente por el Gobierno, sino que este ejercicio se delegaba a los presidentes autonómicos. De esta manera, el Congreso de los Diputados puso en otras manos la decisión, tanto de las medidas a implementar, como la modificación, mantenimiento o suspensión de las mismas.

Como ocurría en la STC 148/2021, también ha habido votos particulares que discrepaban sobre la decisión del tribunal de declarar inconstitucional la duración de la prórroga.

El Magistrado JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS, en su voto particular, anuncia que existe una razonabilidad entre la duración y la situación de emergencia que estábamos viviendo. En su opinión, *“solo sería inconstitucional aquel estado de alarma prorrogado que no esté sujeto a una duración determinada”*. De forma similar opina el Magistrado CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *“el plazo previsto para que la duración de la prórroga resulta necesario, adecuado y proporcional para que la aplicación de las medidas puedan lograr los efectos (...) pretendidos, esto es, que [sean eficaces] para lograr salvaguardar la salud y la seguridad de la población en su conjunto”*. La Magistrada MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN va un paso más allá, y sentencia que la declaración de inconstitucional de la prórroga debilita las facultades de control parlamentario y que la argumentación utilizada a lo largo de toda la Sentencia responde *“a una inadecuada valoración de oportunidad jurídica”*. Añade, que *“[n]o corresponde al Tribunal Constitucional, (...) poner en tela de juicio la apreciación del riesgo por parte del legislador [salvo que esta apreciación] sea manifiestamente inadecuada”*.

CONCLUSIÓN

Una vez llegados a este punto debemos hacer un recordatorio de la pregunta de investigación con la que iniciábamos este trabajo: ¿el Gobierno hizo bien en declarar el estado de alarma, o hubiese respondido mejor a la situación de crisis declarando un estado de excepción? ¿Se produjo, realmente, una limitación de derechos, o fue más bien una suspensión? ¿Qué impacto jurídico tiene la nueva doctrina del TC en materia de estados de excepción?

A la pregunta de si el Gobierno hizo bien en declarar un estado de alarma, la respuesta debe de ser afirmativa. La situación en la que nos encontrábamos en marzo de 2020 era una situación crítica en la cual se vio alternado el normal funcionamiento de la sociedad debido a una crisis sanitaria y si nos remitimos al ordenamiento jurídico, el único instrumento posible para poder gestionar una emergencia de carácter sanitario es el estado de alarma (art. 4 b) LOAES).

No obstante, durante este trabajo se han expuesto opiniones doctrinales y jurisprudencia en la que se afirmaba que el estado de alarma no era el instrumento adecuado y hubiera sido necesario declarar el estado de excepción. A mi parecer, este tipo de afirmaciones van en contra de la propia regulación que se hace en la LOAES. Como ya se ha comentado, el legislador del 78 quiso despolitizar el estado de alarma privándolo de toda referencia al orden público y responsabilizándole de la gestión de catástrofes naturales o de otro tipo. Es por este motivo, que argumentar que la pandemia generada por el COVID-19 ha alterado el orden público debido a que la ciudadanía no ha podido ejercer sus derechos con libertad es algo obvio, toda crisis altera el orden público. Sin embargo, cuando se aprobó la LO 4/1881, se decidió que dicha alteración no era suficiente como para declarar el estado de excepción, ya que este estaba más destinado a alteraciones de índole político o que generaran violencia.

Otra cuestión, en todo caso, sería si el Gobierno ha utilizado de forma correcta el estado de alarma, es decir, si ha respetado los límites establecidos en la LOAES o por el contrario los ha sobrepasado. Pues bien, en vista de todo lo comentado a lo largo del trabajo es innegable que las opiniones al respecto pueden dividirse en dos. Unos que defienden que las medidas sobrepasaron, con creces, los límites estipulados suspendiendo ciertos derechos fundamentales y, por ello, se sienten satisfechos con la decisión del TC; otros consideran que el Gobierno actuó acorde con la normativa existente, limitando los derechos.

Así las cosas, considero que todos los problemas surgen a raíz de la falta de definición de la diferencia entre suspensión y limitación de derechos. Durante este trabajo se ha dicho que la única forma de diferenciación es a través de la afectación de su contenido esencial, pero es que este concepto también es considerado un concepto jurídico indeterminado, lo que hace que todo sea, incluso, más complicado. No obstante, debemos encontrar una forma de diferenciar ambas cuestiones con los recursos que ahora mismo tenemos.

Por un lado, la STC 148/2021, no es que haga una clara distinción entre lo que significa suspensión o limitación, que esta es una de las grandes críticas que se refleja en los votos particulares, sino que lo que hace es identificar suspensión con alteración del contenido esencial, entendido como aquello que identifica al derecho. Pues bien, cuando el Gobierno reguló en el art. 7 Real Decreto 463/2020 el derecho a la libre circulación (art. 19 CE), la Sentencia ha interpretado que se suspendió el derecho porque perdió todo el sentido de ser.

Es decir, si deambular libremente implica que te puedas desplazar sin tener que justificar a las autoridades a donde te diriges, está claro esto desaparece con el art. 7 Real Decreto 463/2020. Por mucho que se te provea de *numerus clausus* para poder salir de casa, ya se está limitando a esas situaciones en concreto. En consecuencia, la supuesta libertad desaparece.

Si es cierto que distintos autores y Magistrados, en sus votos particulares, han defendido que esto se trata de una limitación de altísima intensidad, pero que sigue estando dentro de los parámetros de limitación. A raíz de esto me surge la siguiente pregunta: si esta medida se trata de una limitación de altísima intensidad, qué implicaría una suspensión del derecho.

Desde mi punto de vista, el Gobierno excedió de lo que le está permitido en el estado de alarma. La medida del confinamiento en todo el territorio fue una clara suspensión del derecho de la libre circulación. El hecho de que se estableciera una lista que recogiera las distintas situaciones en las que se podía salir a la calle no implica que el derecho no esté suspendido. Basándonos en la propia jurisprudencia del TC, un derecho queda suspendido cuando su contenido esencial se ha visto alterado, por ende, en este supuesto la afectado a dicho contenido esencial ha sido más que notable.

Dicho esto, no sería aceptable olvidarse de cuestiones como la proporcionalidad o la ponderación de derechos, que también jugaron un papel muy importante en la adopción de las medidas. Sin embargo, por mucho que las medidas fueran proporcionadas, no entran dentro del amparo legal que se contempla en nuestro actual ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la STC 183/2021 ha reconocido que una posible limitación al derecho sería el establecimiento de un toque de queda (artículo 5 Real Decreto 926/2021). El Tribunal ha entendido que el hecho de que la población no pudiera salir de sus viviendas a ciertas horas determinadas, sobre todo por la noche, no implicaba una suspensión del derecho porque se podían mover libremente durante todo el día que es cuando las personas desarrollan su vida.

Como vemos, si se analizan ambas Sentencias de forma individual no puede llegarse a una conclusión clara de lo que implica una limitación o una suspensión, pero si se hace un contraste de ambas a la vez podemos entender que el TC ha establecido de forma sutil una deferencia en lo que implica la suspensión y la limitación de derechos fundamentales.

En relación al impacto jurídico que han tenido estas Sentencias, sobre todo la STC 148/2021, se ha visto reflejado más pronto de lo que se esperaba con el confinamiento de 33.000 personas en la Palma debido al estallido del volcán Cumbre Vieja. En el artículo de JOSÉ MARIA BRUNET publicado en El País y que lleva por título “*La comunidad jurídica se pregunta si ahora hay que declarar el estado de excepción en La Palma*”, se exponen opiniones variadas en torno a la decisión del Constitucional y como afecta a otras situaciones de crisis. Lo que sacamos en claro es que si seguimos la jurisprudencia del TC cualquier tipo de confinamiento o afectación a los derechos fundamentales provocaría la necesidad de declarar el estado de excepción y por ende, el Gobierno debería haber pedido autorización al Congreso de los Diputados porque se está suspendiendo el derecho de libre circulación.

El derecho se basa en la regulación *a priori* de ciertas situaciones que preocupan al legislador y a la ciudadanía. En este caso, el derecho de excepción que actualmente está vigente se elaboró sin que se hubiera tenido lugar una experiencia como la recogida, en otras palabras el legislador iba a ciegas.

Como se ha demostrado, la regulación actual no responde a las necesidades generadas en una situación de crisis, al menos en lo relativo al ámbito sanitario. Es por ello, que es necesaria una reforma legislativa tomando en consideración todas las cuestiones discutidas doctrinal y jurisprudencialmente, así como la casuística generada.

Sería imprescindible que el legislador estableciera ciertas distinciones entre que implica suspender y limitar un derecho, ya que claramente el TC no ha sido capaz de hacerlo. En la teoría todo se ve muy claro, pero los problemas empiezan cuando las normas deben aplicarse. Es por este motivo, que es imprescindible hacer una reforma de la normativa actual, ya que ésta se ha mostrado claramente insuficiente.

BIBLIOGRAFIA

Recursos doctrinales

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

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

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. *Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas*, Teoría Y Realidad Constitucional, núm. 48, 315–341, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32207>

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

Brotat i Jubert, Ricard. *Cent dies d'estat d'alarma: el Reial decret 463/2020 i la limitació dels drets fonamentals dels ciutadans*. Revista Catalana de Dret Públic, (número especial), 38-53, 2020. Disponible en:

<https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3524>

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

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

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142094>

CUENCAMIRANDA, A., *Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción*. Garrido López, C. (Coord.), Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.000>

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

FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*. Revista de derecho político, núm. 11, 1981. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.11.1981.8119>

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

GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR. *¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales*. Garrido López, C. (coord.) Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0002>

GARRIDO LÓPEZ, CARLOS. *Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción*. Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.999>

GÓMEZ ORFANEL, GERMAN. *Excepción, necesidad y Constitución*. Teoría Y Realidad Constitucional, núm. 48, 193–214, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32201>

LAFUENTE BALLE, JOSÉ MARIA. Los estados de alarma, excepción y sitio (I). *Revista De Derecho Político*, núm. 30, 1989. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.30.1989.8427>

LAFUENTE BALLE, JOSÉ MARIA. Los estados de alarma, excepción y sitio (II). *Revista De Derecho Político*, núm. 31, 1990.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*. Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, núm. 13, 1996.

MARTÍN HUERTAS, ASCENSIÓN. *El contenido esencial de los derechos fundamentales*. *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 75, 105-190, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2008/75/905>

MUÑOZ GÓMEZ, ÁLVARO. *El control de constitucionalidad del estado de alarma: comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio*. Icade. *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 112, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.14422/icade.i112.y2021.008>

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981*, *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. I, núm. 3, 1981.

REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL y LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL. *El dilema limitación/suspensión de derechos y otras «distorsiones» al hilo de la pandemia*. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, pp. 215-237, 2021.

SERRANO ALBERCA, JOSÉ MANUEL. *Comentario a los arts. 55 y 116*, en la obra *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 599-611 y 1149-1177.

VIDAL PRADO, CARLOS, *Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?* *Teoría Y Realidad Constitucional*, núm. 48, 265–296, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32204>

Recursos jurisprudenciales

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

Sentencia Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:1985:19)

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

Sentencia Tribunal Constitucional 71/1994, de 3 de marzo (ECLI:ES:TC:1994:71)

Sentencia Tribunal Constitucional 16/1994, de 20 de enero (ECLI:ES:TC:1994:16)

Sentencia Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1987:199)

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

Sentencia Tribunal Constitucional 139/2017, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:2017:139)

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

Sentencia Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:2021:148)

Sentencia Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:183)

Recursos electrónicos

ARAGÓN REYES, M., Estado de alarma y Constitución, El País, edición del 14 de julio de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/autor/manuel-aragon-reyes/> [consulta: 27 de marzo]

ARAGÓN REYES, M.: “¿Alarma o excepción?”, El País, edición del 6 de julio de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2021-07-06/alarma-o-excepcion-la-funcion-del-tribunal-constitucional.html> [consulta: 1 de mayo]