

## **El derecho constitucional de excepción a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español**

di

Nicolás Pérez Sola\*

SOMMARIO: 1. Introducción.- 2. Marco normativo.- 3. La primera declaración del estado de alarma.- 4. La segunda declaración del estado de alarma.- 5. El contenido esencial del ius in officium y su limitación por la declaración del estado de alarma.- 6. El control previo por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas por los ejecutivos de las Comunidades Autónomas en el segundo estado de alarma.

### 1. Introducción

El análisis de las respuestas adoptadas por el Gobierno de la nación con las dos declaraciones del estado de alarma en el año 2020, para hacer frente a la pandemia y la consiguiente crisis sanitaria causada por esta, admite diversas perspectivas que van desde el estricto examen de la regulación normativa llevada a cabo, hasta la posición del Tribunal Constitucional en su enjuiciamiento de compatibilidad con nuestra Norma Constitucional. Además, el amplio debate habido en la doctrina e incluso, en el propio Tribunal y sus pronunciamientos por ajustada mayoría respecto a la inconstitucionalidad de aquella, también resulta de interés. No cabe duda que desde el estricto punto de vista jurídico, las experiencias habidas en las respuestas al Covid-19 han dejado una huella que trasciende de los efectos inmediatos de las declaraciones de estado de alarma y del enjuiciamiento de su constitucionalidad. La primera de ellas, sin duda, sobre la insuficiencia de nuestro ordenamiento vigente para hacer frente a crisis de enorme envergadura. Igualmente nos alerta sobre los graves problemas de interpretación constitucional que se plantean a partir de las sentencias que aquí se analizaran, pues va más allá de la mera respuesta dada por el Tribunal Constitucional para cuestionar la idoneidad de la normativa allí adoptada.

Precisamente la tardía respuesta del propio Tribunal que se ha pronunciado más de un año después del fin de la vigencia de cada uno de los dos estados de alarma declarados en 2020 no debe ser olvidada, así como la afectación que ambas

---

\* *Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén*

declaraciones han tenido para la división de poderes y las relaciones entre ejecutivo y legislativo. Pero sin duda la afectación a los derechos fundamentales ha sido de enorme intensidad, especialmente por el “confinamiento” de la población producido como consecuencia de la suspensión o limitación de la libertad de deambular.

## 2. Marco normativo

El punto de partida que se debe adoptar en este análisis es el reconocimiento constitucional de la posibilidad de llevar a cabo, cuando concurren circunstancias de cierta gravedad y previamente contempladas por el constituyente, la limitación y, en su caso, la suspensión de algunos de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Norma Fundamental. Por tanto, estamos ante un texto constitucional en el que se ha incorporado una previsión relativa al denominado derecho de excepción. Evidentemente la oportunidad de su adopción estaría asociada a situaciones que constituyesen una alteración de la normalidad democrática, el ordinario funcionamiento de las instituciones, incluso que supusiesen un peligro cierto para la paz o la seguridad del Estado.

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) prevé la suspensión de los derechos fundamentales de forma colectiva “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio de conformidad con los arts. 55.1 y 116 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio. Las diversas previsiones introducidas por el constituyente en todo caso responden a una misma razón, la defensa del orden constitucional, la normalidad democrática en el funcionamiento de las instituciones y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Por tanto, a la excepcionalidad de una situación determinada se podría responder de forma proporcionada con la suspensión del ejercicio de determinados derechos.

Otra cuestión que caracteriza la adopción de la excepcionalidad es la limitación temporal de las consecuencias de las medidas adoptadas con vigencia por tiempo limitado, en tanto se vuelva a la normalidad democrática. Además la intervención del Congreso de los Diputados constituye un elemento de respeto a la distribución de poderes contenida en la Constitución orientado a evitar daños irreversibles al sistema democrático. Queda garantizado el funcionamiento democrático de las instituciones desde que expresamente prohíbe la Constitución que se pueda llevar a cabo la disolución del Congreso de los Diputados en tanto esté vigente alguno de los estados excepcionales. En el mismo sentido, la actividad parlamentaria se debe reanudar a través de su convocatoria cuando no estuviesen convocadas las Cámaras o, en su caso, procedería la convocatoria de la Diputación Permanente ante la proximidad del fin de la legislatura.

Ahora bien, la declaración de los estados excepcionales produce una modificación, si bien provisional, de las competencias y funciones que competen en la normalidad democrática a algunos de los poderes del Estado. En este sentido, cabe resaltar como es a menudo el Poder Ejecutivo el que resulta reforzado por las nuevas funciones que se derivan de la citada declaración. No obstante, dicha atribución competencial de poderes excepcionales no debe llevarnos a incurrir en error alguno. De ningún modo se trata de detentar poderes que podamos

considerar absolutos. Es obligado recordar como “la declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes” (art. 166 CE). En todo caso, como se señala en la Ley Orgánica 4/1981 ni de la declaración de los Estados excepcionales se deriva la interrupción del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado y los actos, así como las disposiciones de la administración pública, que se adopten durante su vigencia “serán impugnables en vía jurisdiccional” (art. 3.1).

El alcance de la declaración del estado de alarma queda fijado en la propia Ley Orgánica 4/1981 al indicar que “las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio (...) serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” (art. 1.2). En orden a la especificación de las causas que pudieran aconsejar la declaración se recogen la presencia de alguno de los supuestos que a continuación se enumeran; una catástrofe, o calamidad pública que pudiera tener por origen movimientos de tierras, las consecuencias de lluvias torrenciales que derivaran en la producción de inundaciones o la propagación del fuego como consecuencia de incendios o accidentes de enorme alcance por los daños personales y materiales.

También puede encontrar su razón de ser la declaración de este estado en una situación de crisis sanitaria que pudiera producirse con ocasión de la declaración y posterior propagación de epidemias con graves consecuencias para la salud de la población. En este mismo ámbito sanitario no sería descartable que supuestos graves de contaminación, con repercusión en la salud tuvieran igualmente acogida en este apartado.

Respecto a la competencia para su declaración así como el procedimiento adecuado para llevarla a cabo, hemos de recordar que es el Gobierno el órgano competente para declarar el estado de alarma. La adopción de esta decisión debe ser comunicada al Congreso de los Diputados y las medidas que se derivan de su declaración. La duración de la vigencia del estado de alarma corresponde fijarla al Gobierno, si bien la duración máxima viene establecida en la Ley Orgánica 4/1981, ya que en ningún caso puede exceder de un período de 15 días. Cuando la magnitud de la catástrofe o la pervivencia de las consecuencias de la misma y el plazo acordado no resultase suficiente para la recuperación de la normalidad en la zona afectada, se podrá acordar la prórroga del estado de alarma, pero por la pervivencia de las consecuencias que para los titulares de los derechos supone dicha prórroga es necesario que se requiera por el Gobierno la preceptiva autorización de carácter expreso al Congreso de los Diputados.

Es preciso también conocer los efectos que se derivan para la población del ámbito territorial afectado por la declaración de este estado por el Gobierno de la nación. Así constituye una inequívoca garantía la previsión constitucional conforme a la que los derechos constitucionales no pueden ser suspendidos cuando el estado de alarma está en vigor (art. 55.1 CE). Ahora bien en alguna medida parece evidente que una serie de derechos pueden verse limitados temporalmente y, por tanto, sus titulares sufrir alguna minoración de los mismos en el ámbito de su ejercicio.

Por cuanto respecta a las causas previstas en la Ley Orgánica 4/1981 para la declaración del estado de excepción, hemos de señalar que se prevé la posibilidad de declarar el estado de excepción cuando se produzca una situación de crisis de orden público y, como consecuencia de ella, se altere gravemente la libertad de ejercicio de los derechos y libertades de ciudadanos, el funcionamiento normal de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales de la comunidad, u otros aspectos del orden público. Lógicamente la gravedad de la situación que se produzca debe ser tal que el ejercicio de las facultades ordinarias por los poderes públicos resulte insuficiente de todo punto para permitir el restablecimiento de la normalidad.

En relación con la competencia para la declaración del estado de excepción la iniciativa viene atribuida al Gobierno, tras la autorización preceptiva que con carácter previo compete al Congreso de los Diputados. La propuesta que realice el ejecutivo debe determinar los efectos, es decir, concretar expresamente que derechos serán susceptibles de ser suspendidos, el ámbito territorial de aplicación de dicho estado, la duración del mismo, así como las sanciones y las demás medidas a adoptar (art. 13.2). La declaración en la que se contiene la proclamación del estado, igual que la derogación del mismo requiere la aprobación del acuerdo formalmente por Decreto adoptado en Consejo de Ministros.

En cuanto a la duración del estado de excepción, cabe decir que está sujeto a un plazo límite su vigencia de un período de 30 días. Ahora bien, se contempla en la norma que regula su adopción el hecho de que pueda ser prorrogado por idéntica duración. Los efectos que siguen de la declaración del estado de excepción pueden precisar algunas consideraciones más detenidas, dada su posible repercusión sobre el ejercicio de determinados derechos fundamentales expresamente recogidos en el art. 55 CE. Por tanto, dada la previsión constitucional de tal suspensión, esta deberá llevarse a cabo dentro del marco constitucional. Por las causas que pueden originar la declaración se infiere rápidamente como la suspensión de los derechos fundamentales puede recaer sobre la esfera de la libertad personal (art. 17 CE). Pero igualmente puede afectar al ámbito de la intimidad personal y por ello a la inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2 CE), a la interceptación de las comunicaciones (art. 18.3), a la libertad de expresión (art. 20, 1 a) y al ejercicio de los derechos de reunión y de manifestación (arts. 21 y 22 CE).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse hasta en cinco ocasiones respecto de la regulación y consecuencias de las dos declaraciones de estado de alarma llevadas a cabo el 2020. Se trata de un Auto de inadmisión de un recurso de amparo, dos sentencias que resuelven dos recursos de inconstitucionalidad, una que otorga el amparo y declara la inconstitucionalidad de un Acuerdo de la Mesa del Congreso y otra que se pronuncia ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Con anterioridad al año 2020 solo en una ocasión se había declarado el estado de alarma a través del Real Decreto 1673/2010 de 4 de diciembre por el que se acordaba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Con dicha norma se aprobó el cierre del espacio aéreo al objeto de garantizar la libertad de circulación (art. 19 CE) ante el riesgo de

paralización de un servicio público esencial para la sociedad como el tráfico aéreo con una duración de 15 días. Hemos de hacer referencia también al Real Decreto 171/2010, de 17 de septiembre por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el anterior Real Decreto ya que no se había superado en el plazo citado “la crisis desencadenada”, previa petición del Gobierno al Congreso al objeto de “asegurar la normalidad en el funcionamiento del tráfico aéreo, de mantener la seguridad jurídica en la prestación de un servicio público esencial y de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente su libertad de circulación”. Hemos de recordar que cuando el Tribunal Constitucional se pronunció, con ocasión de su STC 83/2016, relativa a la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma de 2010, ya manifestó una consideración muy precisa del alcance de la afectación de los derechos fundamentales durante la vigencia de este estado. Por ello hemos de recuperar dos afirmaciones allí contenidas. En primer lugar, la diferencia entre restricción o limitación de un derecho y su suspensión. En segundo lugar, que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales “aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.

### 3. La primera declaración del estado de alarma

Como es notorio, han sido las circunstancias sobrevenidas de la pandemia del Covid-19 las que han propiciado la adopción por el Gobierno español de dos sucesivas declaraciones de estado de alarma que, más tarde, han sido objeto de control de constitucionalidad, así como de una notable controversia doctrinal al respecto. Sin duda la finalidad de sus declaraciones ha sido, entre otras, hacer frente a la transmisión comunitaria del Covid-19 y por ello adoptar medidas preventivas que actuaran sobre el distanciamiento social, prescindir de cuantas actividades no fuesen imprescindibles y evitar aglomeraciones.

La primera declaración de estado de alarma para hacer frente a la pandemia se contiene en el Real Decreto 463/20 de 14 de marzo de 2020, “para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19” por 15 días naturales si bien previa autorización del Congreso de los Diputados fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta el inicio del mes de junio. Dicha norma sería objeto de enjuiciamiento constitucional resuelto por la STC 148/2021.

La crisis sanitaria obligó a replantear el alcance y la eficacia del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), ya que no tiene reconocimiento de derecho fundamental en nuestra Carta Magna. En efecto, corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública con la adopción de medidas de índole preventivo, prestaciones y servicios necesarios. Pero aun cuando no se discute la “íntima conexión entre el derecho a la salud y los derechos a la vida y a la integridad física”, y por tanto la fuerza expansiva del derecho a la protección de la salud, lo cierto es que este derecho a la salud no goza de la mayor protección que supone un procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria y su invocación a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que se encuentra ubicado entre los principios rectores de la política social y económica. Por otro lado, compete al legislador estatal regular los derechos y deberes de todos

en este ámbito. El desarrollo legislativo de este mandato constitucional se contiene en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. En todo caso, la declaración del estado de alarma ha evidenciado la insuficiente protección otorgada por el constituyente a este derecho.

Sin duda el debate suscitado tras la primera declaración de estado de alarma con el Decreto 463/2020<sup>1</sup>, permite varios planos de análisis más allá de la controversia en torno al alcance y el contenido del derecho fundamental a la libertad deambulatoria y a su afectación como consecuencia de aquella declaración, es decir la necesidad de precisar las limitaciones y restricciones al mismo.

La disposición quizá más relevante de dicha norma era la “limitación de la libertad de la circulación de las personas” seguida de algunas excepciones a la misma, pero también la suspensión de la actividad educativa presencial (art. 9), medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, así como la suspensión de la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas y monumentos (art. 10), como la asistencia a lugares de culto (art. 11). Además se habilitaba al Ministro de Sanidad para ampliar, modificar o restringir medidas y actividades en atención a la situación de pandemia. Por último se acordaba la suspensión de plazos tanto procesales como administrativos, en los órdenes jurisdiccionales como la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público (disposición adicional 2<sup>a</sup>).

Pero junto a estas cuestiones las dudas alcanzan a determinar si el ejecutivo incurrió con el citado Real Decreto en una extralimitación para hacer frente a la emergencia sanitaria así como la oportunidad, en su caso, de haber declarado el estado de excepción. Sin perjuicio de las consideraciones formuladas por algún sector de la doctrina sobre la suficiencia de las previsiones de la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública hubieran sido suficientes para hacer frente a la pandemia.

Un primer pronunciamiento que debe ser reseñado del Tribunal Constitucional al respecto de la declaración del estado de alarma se contiene en el Auto de inadmisión del recurso de amparo de 20 de abril de 2020. El recurso se interpuso por un sindicato de trabajadores frente a la negativa gubernamental, luego confirmada por los órganos jurisdiccionales, de celebrar una manifestación con una caravana de vehículos por las calles de la ciudad de Vigo con motivo de la festividad del día del Trabajo el 1 de mayo de 2020. Los recurrentes aducían la vulneración del derecho fundamental de reunión (art. 21 CE), así como la libertad sindical (art 28 CE) como consecuencia de la prohibición de llevar a cabo la citada manifestación. El Tribunal Constitucional confirmó la idoneidad de la prohibición de la manifestación por la necesidad de salvaguardar la integridad física (art. 15 CE), así como la protección de la salud (art. 43 CE) por entender coincidentes la

---

<sup>1</sup> Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020 de 24 de abril por los que se prorrogó el estado de alarma declarado inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

limitación del derecho de reunión y manifestación con la “justificación” de la declaración del estado de alarma: “limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del Covid-19”.

El enjuiciamiento de la acomodación constitucional de la declaración del estado de alarma se contiene en el debate y resolución que pone fin al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020. En efecto, la STC 148/2021 declaró inconstitucionales la limitación de la libertad de circulación como también la habilitación en favor del Ministro de Sanidad introducido por el Real Decreto 465/2020, para modificar, ampliar o restringir” las medidas y actividades en el mismo.

El elemento central del debate jurídico para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad, gira en torno a la naturaleza de la restricción que se opera sobre el derecho a la libre circulación (art. 19 CE) como consecuencia de la declaración del estado de alarma. El Real Decreto que declara el estado de alarma puede contener restricciones y limitaciones de los derechos fundamentales “que excedan las ordinariamente previstas” en el ordenamiento jurídico, pero estas restricciones pese a tener un carácter extraordinario también contienen unos límites que impiden la suspensión del derecho, que sería contrario al contenido del art. 55.1 CE. Por tanto, aunque se contenga en el Real Decreto de declaración del estado de alarma limitaciones a los derechos fundamentales estas limitaciones deben respetar el principio de legalidad y de proporcionalidad.

La cuestión a la que debe responder el alto Tribunal es si estamos en presencia de una “privación” o “cesación” del derecho aunque sea de carácter temporal y con algunas excepciones previstas, o si por el contrario se trataría de una “reducción” en el ejercicio del mismo. Para la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional estamos ante una suspensión “de forma generalizada, para todas las personas” por lo que se declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Ahora bien dicha inconstitucionalidad no deriva “del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad” se estiman acertadas, cuanto del “instrumento jurídico del cual se llevó a cabo la suspensión”<sup>2</sup>. En concreto se considera que no se “delimita” el derecho a circular libremente cuanto que se “suspende (...) de forma generalizada, para todas las personas”, lo que conduce según los magistrados a que este derecho individual deja de “existir” y, por consiguiente tiene lugar un “vaciamiento” del

---

<sup>2</sup> Art. 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada....
2. Igualmente se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

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

mismo. Prevalece pues en el parecer de la mayoría de los miembros del Tribunal, para apreciar la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma considerar la intensidad en las medidas adoptadas, en detrimento de los supuestos de hecho que de conformidad con la Ley Orgánica 4/1981 habilitan para la declaración de los diversos estados excepcionales. Se considera pues que habría sido pertinente la declaración de estado de excepción y por ello se resuelve la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma.

Sin embargo a este fallo se le formularon una serie de votos particulares en los que se evidencia un entendimiento diferenciado de los efectos de la declaración del estado de alarma. Para entender este parecer disidente de algunos magistrados hemos de centrarnos en la determinación del criterio pertinente para resolver la constitucionalidad de la declaración. Como se recoge en el voto particular formulado por el magistrado Xiol Rios la clave para resolver la constitucionalidad del estado de alarma declarado está en la causa que origina la situación de emergencia, esto es, la crisis sanitaria. Por tanto, no se debe apreciar la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma a partir de la intensidad o la gravedad de la crisis que motiva la declaración. De otra parte, como señala el magistrado Conde Pumpido la suspensión de un derecho precisa “una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las referidas garantías constitucionales”.

En nuestra opinión, atendiendo a las excepcionalidades recogidas a las limitaciones contenidas en los dos Reales Decretos como la evolución posterior de la aplicación de los mismos, hemos de discrepar del parecer mayoritario del Tribunal. Nos encontramos con la declaración del estado de alarma ante la limitación de la circulación o la permanencia de las personas o los vehículos en los espacios o vías públicas, desde el momento de la declaración del estado de alarma al menos hasta el comienzo de la fase 1 del desconfinamiento, pero más tarde se vería amortiguado por la entrada en las sucesivas fases de los distintos territorios.

En este sentido conviene recordar que el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, incorpora indicaciones específicas para la realización de una serie de actividades de carácter individual como “circular por las vías o espacios de uso público” con algunas excepciones, es decir, <<acompañar a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada>>, por tanto entendemos que frente al parecer mayoritario del Tribunal Constitucional, no hay suspensión sino limitaciones o restricciones a la libertad de circulación. Otro argumento complementario que refuerza nuestra opinión es que subsiste pese a lo anteriormente indicando otras manifestaciones del mismo, dado que “se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio”.

Hemos de reparar en la vertiente de las obligaciones y como se concreta en el Real Decreto de declaración del estado de alarma “la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones ya que en todo caso, en los desplazamientos que

tengan lugar, es decir en aquellos permitidos, luego no hay suspensión, deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Además, recordamos una consideración de alcance general que actúa como cláusula de autorización para que el Ministro del Interior pueda acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos. Pero en todo caso las medidas que se adopten se ajustaran en su aplicación a los principios de proporcionalidad y necesidad, se nos dice con la finalidad de proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos así como “contener la progresión de la enfermedad”.

Nueva muestra del efecto restrictivo que no de suspensión de los derechos fundamentales es la incidencia de la declaración del estado de alarma en cuanto se refiere al ejercicio del derecho fundamental a la educación. La suspensión de la actividad educativa lo es en su versión presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, si bien la continuidad de la misma de modo virtual no supone por tanto la suspensión del ejercicio del derecho sino la sustitución de la presencialidad por la virtualidad. Igualmente la declaración de alarma provoca la afectación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en la medida en que alcanza a la entrada y estancia en los lugares de culto donde se lleva a cabo entre otros, el ejercicio de este derecho. Nos encontramos aquí ante la adopción de un condicionamiento al ejercicio del derecho con la introducción de medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Se establece así que la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, queda condicionada a la adopción de medidas organizativas con el objetivo de evitar aglomeraciones de personas, en atención a las dimensiones y características de los lugares, con la finalidad última de garantizar la distancia social entre los asistentes.

La intensidad del confinamiento nos obliga a reparar en la secuencia temporal de la vigencia del estado de alarma, que incluye el momento inicial de la declaración y sus consecuencias, con el posterior período extremo en el que se llegó al agravamiento de la paralización de las actividades, desde el momento en que el 30 de marzo se acordó la suspensión de toda actividad económica no esencial hasta la finalización del período vacacional de semana santa, como se recogía en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Transcurrido dicho período, el alcance de las limitaciones de este derecho también requiere ser observado atendiendo a las fases de desconfinamiento. Así, la evolución de los controles, la movilidad permitida, las franjas horarias para realizar determinadas actividades han ido modulando dicho confinamiento con diversa secuencia temporal según los territorios, pues en la fase 0 es evidente que no procede, pero a partir de la fase 1 se produce una cierta,

relativa y paulatina recuperación del espacio público que se ha ido ampliando progresivamente hasta el final de la vigencia del estado de alarma.

Por otra parte, analizando la naturaleza de la emergencia declarada parece evidente que no estamos en presencia de graves alteraciones del orden público ni se ha afectado gravemente al normal funcionamiento de las instituciones del Estado durante los días previos a la declaración, por lo que no se ajusta en nuestra opinión la situación creada por la pandemia y la necesidad de hacerle frente con la declaración del estado de excepción.

#### 4. El segundo estado de alarma

El Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 183/2021. Cabe decir que en comparación con la primera declaración de estado de alarma del año 2020 esta segunda declaración contiene una limitación de derechos por tiempo determinado, dicha limitación es de menor intensidad y atiende a la realidad del Estado de las Autonomías. En efecto, la declaración del segundo estado de alarma incorporaba a la limitación de la libertad de circulación su concreción en horario nocturno (23 horas a 6 horas), así como limitación para los trayectos entre Comunidades Autónomas (art. 6), la limitación para permanecer en los espacios públicos y privados de grupos de personas (art. 7), así como la permanencia de personas en lugares de culto (art. 8).

En este Real Decreto si bien se declara como autoridad competente el Gobierno de la Nación, a continuación y es quizá el elemento más controvertido, contiene la previsión de delegación en favor de la autoridad competente delegada de las correspondientes Comunidades Autónomas. Cabe recordar la titularidad por las Comunidades Autónomas de la competencia en materia sanitaria si bien compete al Estado la coordinación general en la materia (art. 149.1.16 CE)<sup>3</sup>. Pues bien la delegación del Gobierno de la Nación que se contiene en el Real Decreto en favor del Presidente de la Comunidad Autónoma o de la Ciudad Autónoma sería para determinar el ámbito territorial de aplicación de las medidas orientadas a la restricción esencialmente de la movilidad nocturna, la limitación de la entrada y salida de cada Comunidad Autónoma, cuestión esta muy discutible a nuestro parecer, así como el establecimiento de limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados. Estas disposiciones en forma de órdenes, resoluciones y disposiciones serían dictadas por delegación del Gobierno. La posterior prórroga del estado de alarma precisó la eficacia de las limitaciones, la flexibilización y suspensión de las mismas posibilitando que la autoridad delegada determinara el alcance y ámbito territorial así como la regresión de las medidas.

Respecto de la duración del estado de alarma y su prórroga así como la delegación en favor de los ejecutivos autonómicos de la gestión de la pandemia se hacían

---

<sup>3</sup> "Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

diversas especificaciones. Así el Real Decreto preveía en caso de prórroga la comparecencia de forma quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados del Ministro de Sanidad al objeto de dar cuenta de las medidas contenidas en el mismo.

El Consejo de Ministros del 27 de octubre de 2020 aprobó solicitar autorización al Congreso de los Diputados para la prórroga del estado de alarma. El Congreso de los Diputados procedió a otorgar la autorización de la prórroga el día 29 de octubre. El Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma contiene una prórroga de 6 meses desde las 00.00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021. La justificación de dicha prórroga se concretaba en la necesidad de “un tiempo de implementación” de las medidas inicialmente acordadas frente a la pandemia, la prolongación por seis meses permitía una “mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible”. Pero la disposición final del Real Decreto 956/2020 incorporaba la previsión de que “transcurridos 4 meses de vigencia de esta prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del estado de alarma previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos”.

La controversia jurídica que se plantea lo es respecto de si la aprobación de un plazo determinado superior o inferior al inicialmente previsto de 15 días es conforme con el art. 116.2 CE. De un lado porque la Ley Orgánica se refiere a que el período de tiempo sea “estrictamente indispensable” para el restablecimiento de la normalidad. De otro lado porque compete a la Cámara revisar la eficacia de las medias autorizadas.

Como se recoge en la STC 183/2021 nuevamente las posiciones de los miembros del Tribunal aparecen enfrentadas. El sector mayoritario del Tribunal consideró que la extensión de la vigencia del estado de alarma por seis meses privaba al Congreso de los Diputados de su función de revisar las circunstancias y medidas adoptadas con carácter previo en su declaración inicial en atención a la imprevisible evolución de la pandemia. En concreto se prevén en el Real Decreto de prórroga respecto de la rendición de cuentas que el Presidente del Gobierno solicite su comparecencia ante el Congreso cada dos meses, y el Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados de modo mensual.

No obstante esta previsión el Pleno del Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la prórroga por seis meses del estado de alarma por su “carácter no razonable o infundado”, determinación temporal que es calificada como “inconsistente” frente a la exigencia de certeza que se exige de toda autorización de prórroga, a la vez que impide a la Cámara “ir revisando la eficacia” de las medidas autorizadas. Sin embargo cabe contraponer que desde la perspectiva del control parlamentario este no operaría de igual modo para la declaración del estado de alarma como para su prórroga como aquí ocurría, ya que con la prórroga el Gobierno no tiene asignados poderes unilaterales de decisión, sino únicamente una facultad de iniciativa como señaló el magistrado González Rivas en un voto particular. Por tanto para este

magistrado tanto la prórroga como la autorización a las autoridades delegadas significa que fue el Congreso de los Diputados el que definió el alcance y condiciones del estado de alarma prorrogado

Pero sin duda la determinación de la “autoridad competente” como el alcance de la delegación en favor de la misma fueron los objetos centrales del debate protagonizado por los magistrados del Tribunal Constitucional. Más allá de la incidencia en las relaciones entre Gobierno y Congreso de los Diputados que se pudiera detectar tras la delegación en la autoridad competente, es claro que la indeterminación que se contiene en el Real Decreto de declaración del estado de alarma a cerca de las medidas que se puedan adoptar si presenta una duda considerable de constitucionalidad. Aunque se precise que, en la determinación por parte de la autoridad competente delegada de la adopción de las medidas contenidas en el Real Decreto por el que se acordó la prórroga, se atenderá “a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económico y de movilidad”. En concreto por que se atribuye a cada Presidente de la Comunidad Autónoma la competencia para incidir sobre la eficacia de las limitaciones contenidas en el Real Decreto, así como adoptar la flexibilización en la aplicación de las mismas e incluso su suspensión.

De un lado la delegación del Gobierno en favor de los ejecutivos autonómicos suscita el debate respecto de si los Presidentes de las Comunidades Autónomas pueden ser considerados como autoridad delegada a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981. Además surge la pregunta respecto a cuál sería el alcance de dicha delegación, que no podría ser objeto de control por parte del Congreso. Esta cuestión supone para el sector mayoritario del Tribunal una privación y desapoderamiento de la potestad para “fiscalizar y supervisar las actuaciones de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada”, con merma considerable de la rendición de cuentas del Gobierno al Congreso.

De otra parte, nuevamente el paso del tiempo y la falta de acomodación por el legislador de la Ley Orgánica 4/1981 a la actualidad resultan evidentes. Esta norma entro en vigor cuando aún estaba comenzando la andadura autonómica y solo se habían constituido dos Comunidades Autónomas, por lo que no era predecible la generalización y evolución del que hemos denominado Estado de las Autonomías. Esta es precisamente la causa de mayor disensión por parte del sector minoritario del Tribunal, que entiende que se ha ignorado en esta sentencia la configuración actual de la distribución territorial del poder, así como se le reprocha a dichos magistrados haberse alejado sin fundamentación suficiente de la jurisprudencia previa sobre esta materia elaborada por el propio Tribunal en numerosas sentencias anteriores.

La cuestión a resolver es si el Congreso de los Diputados en su resolución de autorización de la prórroga y el Gobierno con el Real Decreto de alarma han precisado el alcance y contenido del mismo aportando seguridad jurídica a sus destinatarios. Es decir, si “los criterios de delegación en favor de las autoridades” predeterminaron las limitaciones que pudieran “imponer dichas autoridades”. Concluye la mayoría de los miembros del Tribunal que la prórroga del estado de alarma es inconstitucional por la “indeterminación y variabilidad de su aplicación”

como la “gestión” de las medidas por las autoridades delegadas. Esta interpretación sin embargo desde el sector minoritario se considera “literal” u “originalista” sin atender a la “concreta realidad social”, frente a la que se considera en el fallo como “la posición constitucional que ha de corresponder al Gobierno central”.

Se trata de la interpretación del principio de autonomía en la organización territorial del Estado como de la eficacia que para la lucha frente a la pandemia tendría “una gestión descentralizada del estado de alarma”. Pues para el sector mayoritario del Tribunal se habría producido una “dejación de funciones” por parte del Gobierno y el Congreso de los Diputados que lo han autorizado. Incluso de la delegación se extraen consecuencias diferentes pues el sector mayoritario argumenta que no está previsto en la Ley Orgánica 4/1981 e impide el control por el delegante. Frente a esta posición se considera que hay un desconocimiento concreto por parte del sector mayoritario respecto a la realidad del estado autonómico que impone una interpretación de nuestra Norma Fundamental evolutiva conforme a un modelo complejo incompatible con la rigidez constitucional.

Por otra parte, y sumándonos a la opinión disidente de los magistrados que suscribieron los votos particulares, entendemos que no quedan suficientemente explicitados los criterios del Tribunal, ya que si en la resolución relativa al primer estado de alarma el confinamiento domiciliario constituía una suspensión del derecho y por tanto justificaba la inconstitucionalidad del estado de alarma, con el segundo estado de alarma y el confinamiento perimetral entre las 23 y las 6 horas, no resulta dicha suspensión acreditativa de inconstitucionalidad, sino que es la delegación en los ejecutivos autonómicos y la prórroga de 6 meses del estado de alarma las que centran dicha consideración.

Pero más allá de la ausencia de conclusiones que permitieran deducir de las citadas sentencias una doctrina constitucional sobre los estados excepcionales, la lectura conjunta de ambas sentencias deja tan solo incerteza y perplejidad por lo que la citada jurisprudencia no sólo no ha aportado una interpretación coherente de la Ley Orgánica 4/1981 y sus desarrollos en los citados Reales Decretos, sino que ha generado un mayor nivel de incertidumbre que, sin duda, repercutirá también en el futuro si fuere necesario adoptar medidas excepcionales ante situaciones que requirieran la declaración de alguno de estos estados. Como señala la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular con esta jurisprudencia no se ha “contribuido en nada a perfilar los márgenes del derecho constitucional de excepción”, ni tan siquiera se ha avanzado en una interpretación de la suspensión o limitación de derechos.

5. El contenido esencial del ius in officium y su limitación por la declaración del estado de alarma.

Junto al comentario de las resoluciones relativas a la inconstitucionalidad de las declaraciones del estado de alarma ya abordado debemos reseñar también la STC 168/2021 que resolvió el recurso de amparo interpuesto por 52 Diputados del partido Vox contra el acuerdo de la Mesa del Congreso 19 de marzo de 2020 de suspensión del computo de los plazos reglamentarios que afectan a iniciativas en tramitación hasta el levantamiento de dicha suspensión por la citada Mesa. La

cuestión que se suscita en este recurso de amparo no es otra que la impugnación del citado acuerdo de la Mesa del Congreso que también afectaba a los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso. Los recurrentes consideran que con dicha decisión se había producido una vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), así como una vulneración en el ejercicio de sus funciones de control de la acción del Gobierno por los parlamentarios provocada por la interrupción o paralización de todas las iniciativas legislativas en tramitación y, por tanto, una infracción del “núcleo esencial del ius in officium”. Cabe decir que dicha Declaración solo alcanzó en sus efectos desde el 19 de marzo al 13 de abril.

El mayor interés que presenta esta sentencia es el de conocer en qué medida se puede ver afectado por la declaración de un estado excepcional el ius in officium de los Diputados como la institución del Congreso en general, ya que como se señaló con anterioridad, tanto en el art. 116.5 CE como la Ley Orgánica 4/1981 reiteran la imposibilidad de interrupción del funcionamiento de las Cámaras, así como la competencia del Congreso respecto de la prórroga, autorización, alcance y condiciones de su declaración. En efecto, como señalan los recurrentes el ejercicio de la función representativa lo es también de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los parlamentarios, reiterando que la declaración del estado de alarma no puede conllevar un desplazamiento de su ejercicio ni su suspensión. Por otra parte, hemos de recordar que la exigencia de responsabilidad al Gobierno por parte del Parlamento tiene alcance general sin distinción entre la normalidad y las situaciones de excepcionalidad. Ambos argumentos refuerzan la permanencia en el ejercicio de sus funciones constitucionales del Parlamento en cuanto conforman el núcleo esencial del ius in officium. Además, “la indeterminación” tanto del período de duración de la suspensión acordada como sobre su levantamiento únicamente a merced de una nueva decisión “discrecional” de la Mesa, reforzaban la fundamentación por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación política y del ejercicio de las funciones de control y exigencia de responsabilidad política de su gestión sobre el Gobierno constitucionalmente atribuida al Parlamento.

Por los letrados de la Cámara se argumentó ante el Tribunal Constitucional la excepcionalidad de la situación y, por ello, la necesidad de preservar la salud de los Diputados así como del personal al servicio de la misma, motivo por el que se adoptó el acuerdo de la Mesa ahora impugnado, al objeto de alcanzar un equilibrio entre la preservación de la salud y el ejercicio de las funciones como parlamentarios. Otras objeciones formuladas por los letrados de la Cámara como por el Ministerio Fiscal que no fueron aceptadas eran las relativas a la duración limitada de la suspensión, la realidad de la celebración en ese período de sesiones de trabajo en la Cámara, dos reuniones de la Junta de Portavoces, tres sesiones plenarias así como reuniones de la Comisión de Sanidad.

El fallo de la sentencia recoge la declaración de vulneración del derecho fundamental a la participación política y la nulidad consiguiente del acuerdo adoptado por la Mesa del Congreso en tanto que la “interrupción temporal” de la

actividad del Congreso resulta contraria a nuestra Norma Fundamental y afecta al contenido esencial del ius in officium de los recurrentes.

Sin embargo a la posición mayoritaria del Tribunal se formularon varios votos particulares de diverso alcance que venían condicionados por la posición minoritaria discrepante de algunos magistrados ya manifestada en las anteriores sentencias comentadas. Así se reitera entre otros aspectos la posición de los magistrados discrepantes en relación con la suspensión y restricción de derechos (STC 148/2021), pero sin duda otras cuestiones que se ponen de manifiesto en los votos particulares afectan al alcance general del recurso de amparo o a la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política. En efecto, se hace hincapié en el carácter abstracto del recurso de amparo presentado, ya que tan solo habría una afirmación en abstracto por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación. No había resultado acreditado por los recurrentes una vulneración directa causa efecto entre el acuerdo adoptado por de la Mesa de la Cámara y el impedimento concreto del ejercicio del núcleo de la función representativa, no habiéndose especificado cual o cuales iniciativas concretas de los grupos parlamentarios habrían resultado afectadas. Además, no quedó acreditada la interrupción de la función de control del Gobierno durante el período en que estuvo vigente la suspensión de los plazos de tramitación. Por otra parte, había de tenerse en cuenta que no todas las facultades integrantes del estatuto parlamentario forman parte del derecho fundamental de participación política sino tan sólo aquellas directamente relacionadas con las potestades legislativas y el control de la acción del gobierno.

6. El control previo por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas por los ejecutivos de las Comunidades Autónomas en el segundo estado de alarma

La STC 70/2002, de 2 de junio de 2022 resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el art. 10.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) redactada por la disposición final decimocuarta de la Ley 30/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia<sup>4</sup>. La reforma introducida en la citada norma incorpora frente a la legislación anterior la intervención con carácter preceptivo de los órganos jurisdiccionales cuando las medidas que sean adoptadas por las autoridades sanitarias consideradas urgentes y necesarias para la salud pública, impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales.

Como consecuencia de la segunda declaración de estado de alarma por el Real Decreto 926/2020 por parte de los ejecutivos autonómicos se dictaron disposiciones

---

<sup>4</sup> Art. 10 Competencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia ...8.“Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”. Además la Audiencia Nacional conocerá de las medidas adoptadas por la “autoridad sanitaria estatal” (art. 11.1 i).

orientadas a la protección de la salud pública que conllevaban privación o restricción de derechos fundamentales, esencialmente relativas a confinamientos, de aplicación en las respectivas Comunidades Autónomas que, en atención a lo preceptuado en la LJCA, interesaron su autorización por parte de los órganos jurisdiccionales. Pero también la eficacia del ejercicio de la potestad reglamentaria de las administraciones quedaba debilitada en la medida que precisaba de una autorización posterior de los órganos jurisdiccionales afectando igualmente a la ejecutividad de las actuaciones administrativas. El resultado fue que con diverso criterio por parte de los mismos se resolvió de forma diferente respecto de dicha autorización.

En este contexto la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón plantea la inconstitucionalidad de estos preceptos por considerar que se trata de un supuesto que atenta a la división de poderes entre las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial además de vulnerar el art. 117.4 CE al introducir un procedimiento previo de autorización de manifestaciones de la potestad reglamentaria sin previsión constitucional para ello, con la atribución de funciones a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo diferentes a las recogidas en nuestra Norma Fundamental.

Pues bien entiende el Tribunal Constitucional que la nueva redacción del art. 10.8 LJCA “quebranta el principio constitucional de separación de poderes”, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, funciones ajenas a su cometido constitucional (art. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen al Poder Ejecutivo. Para concluir que establecer un control jurisdiccional ex ante y abstracto es contrario al art. 117.4 CE en la medida en que supone un “menoscabo” de la potestad reglamentaria exclusiva del Poder Ejecutivo para resultar compartida con el Poder Judicial. Corresponde al Poder Judicial la competencia revisora de la actuación administrativa pero siempre a posteriori. Concluye el sector mayoritario del alto Tribunal estimando la cuestión de inconstitucionalidad y declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 10.8 y 11.1 i) de la LRJCA en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Nuevamente asistimos a una sentencia que no concita la unanimidad de los miembros del Tribunal. En efecto, el voto particular conjunto de cuatro Magistrados disiente del fallo de la sentencia por entender que el Tribunal debe operar con deferencia a la actividad de legislador, así como la necesidad de que por este se tengan en cuenta todas las posibilidades de “interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución”, de modo que solo cuando “la incompatibilidad con ella resulte indudable” se declare la inconstitucionalidad. También se fundamenta la discrepancia en el entendimiento del alcance del análisis que corresponde al juicio de constitucionalidad de la ley, que no debe entrar en cuestiones relativas a la oportunidad o la calidad de la misma. El recurso a la teoría de la división de poderes como parámetro de enjuiciamiento tampoco es compartido por los magistrados que suscriben el voto particular. Finalmente se

considera que el mecanismo de control introducido por la nueva redacción del art. 10.8 de la LJCA debe entenderse como una atribución a los órganos judiciales de una función estrictamente judicial de garantía de derechos aunque no tenga carácter jurisdiccional y en ningún caso se trata de una atribución de ejercicio compartido de la potestad reglamentaria en atención a las especiales circunstancias que conlleva la crisis sanitaria.

*dirittifondamentali.it*