

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020

CONSIDERACIONES PREVIAS

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

En ciertos momentos, ante nuevos conflictos especialmente graves que deben ser abordados a la luz de una Constitución que no pudo contemplarlos, se pone a prueba el texto constitucional y, con él, todo nuestro sistema jurídico y, de manera especial, al Tribunal Constitucional. En la sentencia a la que formulo este voto particular considero que mis compañeros de la mayoría, a los que profeso el gran respeto que siempre me han inspirado como personas y como juristas, al abordar una situación tan grave como la que ha provocado la pandemia por la dispersión mundial del virus SARS-CoV-2, **a mi juicio han dado con una**

solución incorrecta jurídicamente, no han logrado adaptar el texto constitucional a la desde luego exigente novedad que se nos plantea y han concluido en un fallo que, de ser llevado a sus últimos términos, produciría efectos gravemente perturbadores en la aplicación de las medidas que en el futuro habrán de tomarse para tratar de limitar los efectos de la pandemia.

El motivo de fondo que origina esta situación tiene su raíz, a mi juicio, en la tendencia que ha tenido el Tribunal desde antiguo a apoyarse en una concepción esencialista del derecho, mediante la cual trata de buscarse un contenido inamovible delimitado *a priori* de los derechos fundamentales (“absoluto”, “irrenunciable”, “universal”: FJ 5 de la sentencia) y se rechazan las posiciones constructivistas que predominan en el mundo jurídico contemporáneo. En estas últimas, nacidas bajo el signo de la complejidad de la sociedad actual, tiende a sustituirse la formulación categórica de los derechos por el reconocimiento de la existencia de contrastes y tensiones entre ellos que deben resolverse con criterios de ponderación y técnicas de proporcionalidad. Creo que las posiciones esencialistas, degradadas hasta el extremo del formalismo, se han enseñoreado del Tribunal Constitucional (entre notables recelos frente al principio de ponderación, como he podido comprobar) hasta poner en entredicho aspectos básicos del Estado de derecho. Sin ánimo de agotar en absoluto la cuestión, puedo señalar que, antes de mi entrada en el Tribunal Constitucional como magistrado, solo en asuntos resueltos en sentencia, el prejuicio esencialista contaminó, entre otras materias, nada menos que la comprensión del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos ni degradantes; del derecho a la intimidad; de la presunción de inocencia; y del principio de legalidad en el cumplimiento de las penas, en el caso de la llamada *doctrina Parot*. Ya durante mi mandato ha sucedido lo mismo con el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STC 53/2015, de 16 de marzo), con la imparcialidad de los tribunales y derecho a la presunción de inocencia (SSTC 133/2014, de 22 de julio, y 146/2014, de 22 de septiembre), con la libertad de expresión (SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio), con el derecho a la crítica de las decisiones de los tribunales (STC 65/2015, de 13 de abril) y con el derecho a no ser juzgado en segunda instancia sin ser oído (STC 205/2013, de 5 de diciembre). En todos estos casos formulé voto particular (en alguna ocasión, en solitario) y ha sido invariablemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, enmendando al Tribunal Constitucional de España, ha fijado la correcta doctrina. Me refiero solo a sentencias dictadas durante los primeros años de mi estancia en el Tribunal Constitucional, dado el tiempo que tarda en resolver el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues posteriormente me he visto obligado a seguir formulando durante años votos particulares prácticamente sobre las mismas materias. Se me permitirá el pequeño desahogo de decir que, a estas alturas, puesto ya el

pie en el estribo de la jurisdicción constitucional, es difícil no sentir cierta fatiga intelectual frente a la deriva del Tribunal. En el caso en el que formulo este voto particular, particularmente sensible por versar sobre derechos humanos de especial relevancia, y con mi condolencia para quienes han sufrido o están sufriendo en el orden familiar, personal, social y económico el dolor y los efectos de esta pandemia, resulta problemático pensar que pueda producirse una intervención del TEDH, porque la decisión que toma el Tribunal Constitucional se ampara en una interpretación del texto constitucional español sobre los requisitos de la legislación en situaciones de urgencia.

OBSERVACIONES GENERALES

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

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

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

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

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

a) Debe reconocerse un valor concluyente a las frases de la sentencia según las cuales las medidas adoptadas para combatir la pandemia eran necesarias y proporcionadas para contener una grave pandemia y se corresponden con las adoptadas en los países de nuestro entorno (párrafo 34 del voto). Es cierto que el desarrollo argumentativo de la posición de la mayoría hace legítimo dudar acerca de la compatibilidad de estas afirmaciones con la solución técnica a la que llega la sentencia, pero sería descabellado desconocer su importancia. No tengo la menor

duda de que es necesario atribuir un valor capital a aquellas afirmaciones (contenidas especialmente, en los tres penúltimos párrafos del FJ 8 con respecto al derecho a la educación, y a las que implícitamente se reconoce carácter general en el FJ 11), dada la relevancia que tienen para realizar juicios de proporcionalidad en orden a la protección de los derechos a la vida y a la salud de las personas y demás derechos e intereses constitucionales en juego cuando se trata de adoptar medidas de contención de la pandemia. Opino que los tribunales ordinarios deben tenerlas siempre presentes.

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

c) Sería radicalmente injusto comparar las críticas a la falta de unanimidad en la sentencia con las críticas a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios por discrepancias en cuanto al alcance de las medidas que pueden adoptarse en relación con la pandemia. En efecto, estas últimas se mueven dentro de las distintas valoraciones que pueden hacerse en la aplicación del principio de proporcionalidad en función de las circunstancias y son perfectamente explicables – incluso diría que saludables – en la función de aplicación e interpretación de la ley ordinaria y están llamadas a solucionarse mediante la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No será ocioso decir que, en lo que se me alcanza, ningún tribunal ordinario se ha

planteado de forma consistente la necesidad de acudir al estado de excepción. Así se explica en el párrafo 36 del voto particular. Por el contrario, la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria en el caso examinado no se funda en una diferente apreciación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad o sobre el alcance recíproco de los derechos e intereses en juego, sino, partiendo de concepciones distintas del derecho, en el contenido que pueda tener en el mundo abstracto de los conceptos la noción de limitación de derechos en el marco del estado de alarma (párrafos 13 a 19 de este voto particular). Se trataría, en la terminología de Lyotard, no de un conflicto, sino de un diferendo, para cuya solución –lamento decirlo– creo que se hubiera podido profundizar más en la discusión colectiva como criterio epistemológico confiable para el acceso a la verdad moral, por lo que se han perdido oportunidades de consenso, criterio ontológico este especialmente valioso en el ámbito de los tribunales (Carlos S. Nino). No hay que olvidar que en los órganos jurisdiccionales colegiados la regla de la mayoría no es la forma de expresar la voluntad democrática, sino que está subordinada a la deliberación como procedimiento de aproximación a la justicia (teoría procedimental de Rawls).

d) La idoneidad del estado de excepción para oponerse a catástrofes sanitarias, proclamada *a priori*, en abstracto y por una mínima mayoría en la sentencia, no se compagina, entre otros extremos, con el plazo de 60 días que la Constitución impone de manera perentoria a este estado (párrafos 11, 46 y 47 de este voto). La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia no contiene ninguna explicación acerca de este punto, que es de gran importancia desde la perspectiva argumentativa, pues parece suficiente para desautorizar el estado de excepción para el fin para el que el Tribunal lo cree hábil. Por ello considero que no cabe descartar en el futuro una evolución de la jurisprudencia en esta materia, en el caso de que esta cuestión fuera sometida de nuevo al Tribunal.

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

f) Las argumentaciones de la sentencia en relación con la ineficacia de las sanciones impuestas durante la vigencia del decreto del estado de alarma que se declara nulo deben ser consideradas en la forma que se razona en los parágrafos 48 y 50 de este voto particular como producto de mandatos imperativos derivados de la Constitución y de la ley, de donde se desprende que no pueden tener carácter extensivo.

g) Es sabido que instituciones clásicas en el derecho público, como la convalidación de los actos, maridan mal con las concepciones del derecho de carácter esencialista y formalista, proclives a dar un valor absoluto a cualquier atisbo de nulidad. La declaración de inconstitucionalidad de la sentencia mayoritaria se formula sin plantear la posible convalidación que la intervención del Congreso autorizando la prórroga de las medidas adoptadas a los 11 días de la aprobación del decreto de alarma pudo suponer respecto de las medidas iniciales consideradas inconstitucionales. La intervención del Congreso pudo entenderse que convertía en un simple problema de *nomen iuris* la exigencia constitucional del estado de excepción que el Tribunal Constitucional proclama; al menos durante los 60 días siguientes a la intervención de la Cámara, dados los plazos fijados para el estado de excepción (parágrafos 42 a 46 del voto). La sentencia no da respuesta a esta cuestión, que planteé en la deliberación.

RAZONES EN LAS QUE SE FUNDAMENTA MI OPINIÓN DISCREPANTE

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

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

I. Estado de alarma y estado de excepción

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

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

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

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

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

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

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la

Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”

Y el art. 13 Uno establece cuando procede declarar el estado de excepción

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

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

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

«omite cualquier referencia a las motivaciones, centrándose en los efectos perturbadores provocados en la sociedad para invocar dicho estado como respuesta ante situaciones en que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”» (FJ 11.).

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

“aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia (lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma ex art. 4.b LOAES), la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un “estado de excepción”. Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas “dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles” para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo

cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa” (FJ 11)

Por ello afirma que

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

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

4. A mi juicio, el art. 116 CE prevé estados distintos para abordar circunstancias de emergencia diferentes. La calificación de estos estados como de “alarma” de “excepción” o de “sitio” que realiza este precepto constitucional no se efectúa atendiendo a una diferente graduación de la crisis, sino a la causa que la provoca. Por ello su declaración exigirá no solo seguir el procedimiento y respetar los límites temporales que establece el art. 116 CE, sino también que concurra el presupuesto que habilita al Gobierno para declarar uno u otro estado. Asimismo, el tipo de medidas que puede adoptarse para hacer frente a la situación que justifica la declaración del estado de emergencia dependerá también del tipo de crisis que la provoca y, en consecuencia, de cuál sea el estado de emergencia que se declare, pues la Constitución solo permite que puedan suspenderse determinados derechos fundamentales cuando se declare el estado de excepción o el de sitio y solo lo permite en estos casos por las circunstancias que determinan su adopción.

5. El estado de alarma procede en los casos en los que la causa de la grave alteración de la normalidad se produce por alguna de las circunstancias que expresamente establece el art. 4 LOAEA [catástrofes naturales, accidentes de gran magnitud, crisis sanitarias, paralización de

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

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

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

constitucionalmente limitada: “su duración no podrá exceder de treinta días, prorrogable por *otro* plazo igual” (art. 116.3 CE).

a) Los debates constituyentes

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

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

*“el concepto y el alcance del estado de alarma ahora introducido en nuestra legislación no es una figura política, es la forma de capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, **para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas**. La afirmación de que el estado de alarma no es un hecho político no procede de una interpretación personalista o de partido, sino de la contemplación del conjunto de la Constitución, de la voluntad objetiva de la ley”* (“Diario de sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, pp. 4238)

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

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

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

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

adoptar esta medida. La explicación a esta supuesta paradoja se encuentra en que, como se expondrá más adelante, “la suspensión” de derechos es una institución distinta a la de la “limitación” de derechos, incluso aunque esta limitación sea tan intensa que impida su ejercicio.

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

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

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

Ciertamente, esta interpretación puede efectuarse si se atiende únicamente al tenor literal del art. 13 LOAES. Sin embargo, una interpretación sistemática de esta norma impide entender el concepto de orden público en tal sentido. Según dispone el art. 28 LOAES, cuando concurra una alteración del orden público y, además, alguna de las causas que prevé el art. 4 LOAES, el Gobierno podrá adoptar las medidas del estado de excepción y las previstas para el estado de alarma. Es, por tanto, claro que, a tenor de lo establecido en esta norma, los estados de alarma y excepción proceden por causas distintas y las medidas que pueden dictarse a su amparo son diferentes. La ley no los concibe, como parece sostener la mayoría, como diferentes grados de una misma situación de emergencia. Cuestión distinta, como es obvio, es que puedan darse circunstancias que justifiquen la adopción de ambos estados y por ello esta norma prevé que en estos casos puedan adoptarse tanto las medidas propias del estado de excepción como las del estado de alarma (por ejemplo, una situación en la que se produjeran actos terroristas generalizados que dieran lugar a la declaración del estado de excepción podría comportar también un problema de desabastecimiento; una grave catástrofe natural puede hacer que una parte de la población aproveche la situación para realizar actos vandálicos). Si la adopción de un estado u otro dependiera únicamente de la gravedad de la crisis y no de la causa, como sostiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, la ley no contemplaría esta posibilidad, porque la declaración del estado de excepción, al ser el estado que procede acordar en crisis muy graves, permitiría adoptar cualquier medida. Tal concepción no se ajusta, sin embargo, a la LOAES, que prevé distintos tipos de medidas según cual sea el tipo de estado que se declare.

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

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

11. Según establece el art. 116.3 CE, el Gobierno, mediante decreto del Consejo de ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados, puede declarar el estado de

excepción por un plazo que no puede exceder de 30 días. Este estado puede ser prorrogado, cumpliendo los mismos requisitos, por “otro” plazo igual. El que la Constitución establezca que el estado de excepción tiene un plazo máximo de duración de 60 días solo se justifica en que el presupuesto que habilita su declaración es la existencia de una crisis de seguridad pública cuya resolución puede exigir suspender los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 55.1 CE. El establecimiento de este plazo no se compagina con los supuestos de emergencia que tengan su origen en una situación de fuerza mayor, como son los que, de acuerdo con el art. 4 LOAES, permiten la declaración del estado de alarma, pues este tipo de emergencias pueden prolongarse más allá de ese plazo (la pandemia que estamos viviendo constituye un ejemplo). Ciertamente, nada excluye que las crisis graves de seguridad pública pueden tener una duración de más de 60 días. Sin embargo, la Constitución es tajante en el sentido de que la necesidad de resolver este tipo de crisis no permite mantener el estado de excepción por más tiempo. La suspensión de las normas iusfundamentales solo se justifica si esta medida es capaz de solventar en un plazo breve la grave crisis de seguridad ciudadana. Una suspensión por un tiempo superior ocasionaría un grave menoscabo del Estado de derecho y, en definitiva, de la propia Constitución. Por ello, el artículo 116.3 CE es taxativo y solo admite esta drástica medida como máximo durante 60 días.

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

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

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

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

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

Discrepo de esta conclusión. A mi juicio, la intensidad de la limitación, incluso aunque suponga vaciar de contenido el derecho fundamental, no constituye una suspensión. Como trataré de explicar a continuación, en mi opinión, la suspensión y la limitación de derechos son instituciones diferentes, su objeto es distinto y cada una de ellas tiene su propio régimen jurídico.

A) La suspensión de derechos fundamentales

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

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

55.1 CE) o respecto de las personas afectadas por investigaciones relacionadas con el terrorismo (art. 55.2 CE).

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

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

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

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

B) La limitación de derechos fundamentales

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

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

18. Conviene señalar, por otra parte, que estos límites inmanentes delimitan también el ejercicio del derecho. El contenido de ese derecho tendrá un alcance diferente dependiendo de si su ejercicio colisiona o no con otros bienes o valores constitucionales, pues en el caso de que esta colisión se produzca, la necesidad de salvaguardar esos otros valores o bienes constitucionales pueden determinar que el contenido esencial de ese derecho tenga un alcance más reducido. Por ejemplo, la colisión que se produce entre los derechos a la libertad de información y el derecho

al honor puede determinar, según las circunstancias del caso, que uno de estos derechos pueda tener un alcance más reducido, con el fin de garantizar el ejercicio del otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21. Como se acaba de indicar, aunque como regla general el art. 81 CE establece que el desarrollo de los derechos fundamentales y, por tanto, los límites que se establezcan a su ejercicio han de efectuarse por ley orgánica, el art. 116. 1 y 2 CE atribuye potestades exorbitantes al Gobierno para que mediante un decreto pueda establecer estas limitaciones en el caso de que concurran las circunstancias que permiten la declaración del estado de alarma.

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

(ii) Estas limitaciones son temporales.

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

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

23. A pesar de tratarse de normas con rango de ley ni el decreto de alarma ni la resolución del Congreso que, en su caso, lo prorrogue, pueden establecer medidas que no tengan cobertura en la LOAES. El art. 116.1 CE remite a una ley orgánica la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las “competencias y limitaciones correspondientes”. En consecuencia, la Constitución no otorga una discrecionalidad ilimitada al Gobierno ni, en su caso, al Congreso, para determinar las medidas que pueden establecer para resolver la situación que justifica declarar algunos de los estados de emergencia que prevé el art. 116 CE. Tales medidas han de acordarse de conformidad con lo establecido en la ley orgánica que regula estos estados. Por ello, esta norma constituye un parámetro de constitucionalidad mediato, lo que determina que si las medidas que se disponen para afrontar la situación de emergencia no tienen cobertura en las establecidas con carácter general en ley orgánica a la que se remite el art. 116.1 CE, al infringir lo dispuesto en esta ley, estarán infringiendo también, de modo mediato, el art. 116 CE.

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

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

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

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

26. Las circunstancias expuestas determinan que el examen de los pasos que conforman el juicio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ha de tener un alcance limitado. En concreto, por lo que se refiere al juicio de adecuación y al de necesidad solo puede efectuarse en sentido negativo. Es decir, para considerar que la medida es acorde con este principio no es necesario justificar que la medida es idónea porque es capaz de

lograr el fin pretendido, sino que basta con comprobar que no puede considerarse inidónea para conseguir el resultado perseguido. Del mismo modo, para entender que se cumple el juicio de necesidad bastará con argumentar que no existen alternativas que con toda evidencia logren el mismo resultado incidiendo de modo menos lesivo en los derechos de los ciudadanos.

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

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

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

29. Como se ha indicado, el contenido esencial de los derechos fundamentales no es inmutable, pues pueden existir circunstancias que justifiquen que el legislador, con el fin de

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

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

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

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

31. El art. 7.1 y 3 del RD 463/2020 estableció una intensa limitación del derecho a la libertad de circulación, pues solo permitió la circulación por las vías o espacio de uso público si

concurría alguna de las causas que establecía esta norma. Estas limitaciones serán acordes con el art. 19 CE si, como se ha expuesto, tienen como fin salvaguardar bienes o valores constitucionales, tienen cobertura en la LOAES y respetan las exigencias del principio de proporcionalidad.

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

33. Las intensas limitaciones a la libertad de circulación que establecen los apartados 1 y 3 del art. 7 R.D 463/2020 tienen, además, cobertura legal en el art. 11 a) LOAES. Este precepto establece que entre las medidas que podrá acordar el decreto de declaración del estado de alarma se encuentra la de “[l]imitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. Ciertamente, las restricciones previstas en el art. 7.1 y 3 RD 463/2020 tienen difícil encaje en el primero de los incisos del precepto, pues este inciso se refiere a limitaciones horarias o espaciales (permite limitar la circulación “en horas y lugares determinados”) y la prohibición de circulación que establece el citado artículo art. 7.1 y 3 del RD 463/2020 no es temporal ni se refiere a “lugares determinados”, se establece para todas las horas del día y afecta a todas las vías o espacios de uso público. Sin embargo, el segundo de los incisos en virtud del cual se puede condicionar la libertad de circulación “al cumplimiento de ciertos requisitos” da cobertura bastante a las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en los apartados 1 y 3 del art. 7 del Real Decreto. Esta norma lo que hace es, precisamente, condicionar el ejercicio de la libertad de circulación y la permanencia de personas en las vías o espacios de uso público a que se cumplan algunos de los requisitos que establece su apartado 1, pues solo en tales supuestos se puede ejercer este derecho. En consecuencia, estas limitaciones se encuentran amparadas en el art. 11 LOAES.

34. De igual modo, las limitaciones establecidas a la libertad de circulación cumplen las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad. Las intensas restricciones a la libertad de circulación establecidas en el art. 7.1 y 3 del RD 463/2020 no pueden considerarse que fueran manifiestamente inidóneas para evitar la propagación de la pandemia. Ni tampoco se puede afirmar que con toda evidencia existían medidas menos restrictivas de la libertad de circulación y que fueran igual de eficaces. Las medidas adoptadas estaban en consonancia con

las recomendaciones sanitarias, incluidas las ofrecidas por la OMS, que insistían en que una de las medidas más eficaces para cortar la transmisión del virus era evitar los contactos sociales. Buena prueba de ello es que la mayoría de los países adoptaron medidas muy similares. Asimismo estas medidas superan el juicio de ponderación, pues, como se ha señalado, el derecho a la libertad de circulación colisiona con el derecho a la vida y con el derecho a la salud –derechos que en abstracto van a tener mayor peso que el derecho a la circulación– y, además, como la afectación de aquellos derechos era muy alta y con un elevado grado de seguridad (el riesgo de contagio era extremo en esos momentos) las limitaciones a la circulación impuestas, a pesar de su intensidad, no pueden considerarse desproporcionadas.

35. Tampoco puede apreciarse que las restricciones a la circulación impuestas por el art. 7.1 y 3 del RD 463/2020 lesionen los arts. 21, 6, 7 y 23 CE. Como sostiene la mayoría en relación con estas impugnaciones, las limitaciones a la circulación que esta norma impone no inciden en el ámbito protegido ni por el derecho de reunión y manifestación ni pueden considerarse contrarias a los arts. 6, 7 y 23 CE, pues no impiden que partidos políticos, sindicatos ni asociaciones empresariales puedan reunirse ni ejercer la actividad que le es propia, aunque las limitaciones a la circulación puedan afectar al modo en que puedan desarrollar esta actividad.

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

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

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

37. La decisión mayoritaria considera que las “constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el art. 7 (apartados, 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud [...] exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el art. 116.1 CE (LOAES)”. Según se afirma, tales limitaciones hubieran requerido la “previa autorización del Congreso de los Diputados” prevista en el art. 116.3 CE, pues de otro modo se convierte la alarma en “un sucedáneo del estado de excepción, pero no sometida a la ‘previa autorización’ parlamentaria” y se estaría “utilizando la alarma, como temían algunos constituyentes, ‘para limitar derechos sin decirlo’, esto es, sin previa discusión y autorización de la representación popular, y con menos condicionantes de duración” (FJ 11). A tenor de esta argumentación puede deducirse que, en opinión de la mayoría, las restricciones a la libertad de circulación impuestas por los citados apartados 1, 3 y 5 del art. 7 R.D 463/2020 exigían la declaración del estado de excepción porque la declaración de este estado de emergencia conlleva más garantías para los ciudadanos.

38. No comparto esta conclusión. Es cierto que en el estado de excepción el control parlamentario existe desde el primer momento, pues para poder ser acordado requiere la previa autorización del Congreso de los Diputados. En cambio, el estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno y solo es preciso que dé cuenta a esta Cámara (la autorización del Congreso únicamente es necesaria si se quiere mantener por más de 15 días). Ahora bien, aunque la declaración del estado de excepción precise la previa autorización del Congreso, esta exigencia no garantiza que las medidas que se establezcan sean más generosas con la libertad, pues, precisamente, la declaración de estado de excepción requiere la previa autorización del Congreso porque a su amparo se pueden imponer medidas que conllevan la privación temporal de la eficacia de normas constitucionales que garantizan derechos y libertades fundamentales. Esta medida va a ser siempre más restrictiva de la libertad que las limitaciones de derechos fundamentales que puedan establecerse en virtud del estado de alarma, pues estas limitaciones, por muy intensas que sean, no privan de efectos temporalmente a la norma constitucional que lo garantiza.

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

Por el contrario, si se declara el estado de alarma y a su amparo se limitan derechos – limitación que puede ser tan intensa que impida materialmente el ejercicio del derecho–, como la norma constitucional que lo garantiza no está suspendida, no solo se podrá controlar si las restricciones impuestas con carácter general por el decreto que declare el estado de alarma tienen cobertura legal y cumplen un fin legítimo, sino también si respetan las exigencias del principio de proporcionalidad. Este último control, sin embargo, no podrá efectuarse respecto de las suspensiones de derechos que establezca el decreto de excepción, pues la suspensión acordada determina que mientras dure la suspensión ese derecho no “exista”. Por ello, al no “existir” el derecho, sus restricciones no tienen que ser proporcionadas, ni podrá aducirse a efectos de controlar la conformidad a derecho de las medidas adoptada al amparo del estado de excepción.

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

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

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

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

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

43. Esta conclusión, sin embargo, no creo que sea correcta. Aunque se aceptara la tesis que sostiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia y, por tanto, se entendiera que los referidos apartados del art. 7 del RD 463/2020 suspendieron el derecho a la libertad de circulación sin la previa autorización del Congreso, en el presente caso, esta infracción constitucional no podría conllevar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de estos preceptos. Ciertamente, el Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma, no el estado de excepción y por ello no contó con la previa autorización del Congreso de los Diputados. Ahora bien, 11 días después el Congreso otorgó esa autorización. El 25 de marzo de 2020 el Pleno del Congreso de los Diputados acordó conceder la autorización para prorrogar el estado de alarma declarado por el RD 463/2020. Esta autorización prorrogó todas las medidas adoptadas por el Gobierno e impuso, además, la obligación de remitir semanalmente al Congreso información documental sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para alcanzar los objetivos propuestos. A partir de este momento las medidas establecidas en el RD 463/2020 y en los sucesivos los reales decretos que las prorrogaron contaban con la previa autorización del Congreso de los Diputados –autorización que se acuerda con la misma mayoría que la exigida para declarar el estado de excepción–, por lo que cumplían las exigencias que la Constitución impone para suspender derechos fundamentales, aunque fueran previstas por una norma que declaró el estado de alarma y no el de excepción. Los actos jurídicos han de calificarse de acuerdo con su naturaleza, no con el nombre que se les otorgue.

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

45. Para que un órgano pueda subsanar los actos dictados por otro es necesario que el ordenamiento le haya otorgado potestades para reformar la decisión de aquel y en este caso es

claro que la Constitución atribuye al Congreso potestades para reformar las medidas adoptadas por el Gobierno. Por ello, puede mantenerse que la prórroga íntegra de tales medidas corrigió el defecto inicial en el que incurrió el Gobierno al adoptar medidas suspensivas de derechos fundamentales –según mantiene la mayoría– sin la preceptiva autorización del Congreso y convalidó los preceptos que establecieron estas medidas (los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del R.D).

46. El problema que plantea esta convalidación es que si, como sostiene la mayoría, las medidas adoptadas conllevan la suspensión del derecho fundamental que garantiza el art. 19 CE, no podrían tener una duración superior a 60 días, que es el plazo máximo que puede estar en vigor el estado de excepción (art. 116.3 CE). En consecuencia, estas medidas hubieran debido decaer el 13 de mayo de 2020, que es cuando transcurrió este plazo. Sin embargo, estuvieron en vigor hasta las 00:00 h. del día 21 junio de 2020, fecha en la que venció la última prórroga de la vigencia del RD 463/2020 otorgada por el RD 555/2020, de 5 junio. Por ello, si, según sostiene la opinión mayoritaria, el llamado “confinamiento domiciliario” conlleva una suspensión del derecho que consagra el art. 19 CE, su inconstitucionalidad no debería declararse porque fuera acordado sin contar con la autorización del Congreso –los preceptos que lo establecieron fueron convalidados por las autorizaciones del Congreso para prorrogar el estado de alarma–, sino porque se prorrogó durante más tiempo del permitido por el art. 116.3 CE.

47. Las anteriores consideraciones evidencian que el estado de excepción no puede ser el cauce para resolver situaciones de emergencia que no tengan su causa en una grave alteración de la seguridad ciudadana. Esta concepción supone dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior a 60 días y exigieran adoptar medidas que conllevaran intensas limitaciones de derechos fundamentales. A mi juicio, privar al Estado de estas potestades exorbitantes para gestionar este tipo de crisis carece de justificación constitucional. En mi opinión, aplicar las reglas del estado de excepción –entre ellas su límite temporal– a la gestión de las crisis en las que no se encuentra afectada la convivencia pacífica de la sociedad constituye un grave error conceptual que lleva a una interpretación que distorsiona por completo la configuración de los estados de emergencia que efectúa el art. 116 CE. Como he expuesto, el presupuesto que habilita a declarar estos estados es distinto en cada caso y también son diferentes las medidas que al amparo de ellos pueden establecerse. Entender, como mantiene la decisión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que lo que determina la declaración de uno u otro estado es la intensidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales que hayan de adoptarse para solventar la situación de emergencia supone desvirtuar el sentido constitucional

de estos estados y conduce a situaciones paradójicas, pues no solo priva al Gobierno de potestades necesarias para poder resolver crisis que no tengan su origen en una alteración grave de la seguridad pública, sino que además, como ya he señalado, supone una merma importante de las garantías constitucionales.

C) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

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

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

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

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

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

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

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

54. La sentencia excluye también que puedan formularse reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración con fundamento en la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia [apartado c)]. Se afirma que no caben este tipo de reclamaciones por tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar. No se explica, sin embargo, por qué los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar los efectos de una norma que el Tribunal ha declarado inconstitucional. Estas razones deberían haberse expuesto.

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

56. En mi opinión, en este caso existen valores constitucionales que justifican esta limitación de efectos, al menos en lo que se refiere a los apartados 1, 3 y 5 de art. 7 RD 463/2020 (el llamado “confinamiento domiciliario”). A través de las normas anuladas se adoptaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la COVID-19 con el fin de salvaguardar la vida y salud de la población que se encontraba gravemente amenazada por esta enfermedad. El riesgo de contagio era extremo, los hospitales estaban colapsados y se adoptaron las medidas que, en aquel momento, se consideraron las más idóneas para evitar la propagación de la enfermedad. Junto a ello existía una situación de incertidumbre jurídica. La situación creada no tenía precedentes en nuestra historia constitucional y no había certeza sobre cual debía ser el cauce jurídico que debía seguirse para imponer estas medidas (buena prueba de ello es el intenso debate que se ha suscitado entre los juristas sobre si el estado de alarma era el adecuado para establecerlas o era preciso acordar el estado de excepción). Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerarse constitucionalmente justificado que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta. En estos casos, el derecho a la vida y a la salud

justifican que el Tribunal declare la limitación de efectos de la nulidad respecto del pasado, esto es, que otorgue a la sentencia únicamente efectos *ex nunc*, lo que conllevaría que, al carecer la norma de vigencia por caducidad, la declaración de inconstitucionalidad no tuviera más efectos que el de permitir la revisión de los actos sancionadores dictados a su amparo, aunque hayan devenido firmes (art. 40.1 LOTC).

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

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil veintiuno.