

“SOBRE LA SUSPENSIÓN DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PRIMER ESTADO DE ALARMA CONSECUENCIA DE LA COVID -19. DOCTRINA ASENTADA POR LA STC 148/2021 de 14 de Julio”

María José Carazo Liébana*

Sumario: I.- ANTECEDENTES; II.- MEDIDAS LEGISLATIVAS APLICABLES A CRISIS SANITARIAS; II.1.- Disposiciones legales ordinarias ante las crisis sanitarias II.2.- Regulación del estado de alarma en España: la Constitución Española, la Ley Orgánica LO 4/1981 de 1 de junio de Alarma Excepción y Sitio (LOAES) y Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19; III.- AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA; IV.- CONSIDERACIONES FINALES

I.- ANTECEDENTES

En enero del año 2020 se tuvo conocimiento a nivel mundial de la existencia de una enfermedad vírica que provocaba neumonías graves en la ciudad China de Wuhan¹. Se había detectado en diciembre del año 2019 pero pasó desapercibida en su momento inicial. Esa fue la versión oficial de China.

Entre finales de enero y principios de febrero los ciudadanos de todo el mundo podíamos ver por televisión con gran asombro cómo se levantaba un hospital en diez días². El primer paciente registrado en España con coronavirus Covid-19 se conoció el 31 de enero. Fue un paciente alemán ingresado en La Gomera que dio positivo en

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Jaén (mjcarazo@ujaen.es; Orcid: 0000-0002-2404-2809)

¹ La pandemia de enfermedad por coronavirus en la República Popular China comenzó con un brote epidémico detectado en diciembre de 2019 en Wuhan (Hubei), vinculado a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos. El agente causante del brote, en un principio desconocido, fue identificado como un nuevo coronavirus denominado SARS-CoV-2. La rápida propagación del nuevo virus hizo que el brote inicial en China diera origen a la pandemia en todo el mundo

² Se trataba de la construcción, en tan sólo 10 días, de un hospital en la localidad de Wuhan, epicentro de la epidemia que ya había tomado dimensiones transnacionales por lo que había obligado a la Organización Mundial de la Salud a decretar una alerta internacional. Millones de personas en todo el mundo fueron testigos en vivo y en directo del levantamiento, desde sus cientos, de este gran complejo sanitario con un personal de 1.400 trabajadores sanitarios y un total de 1.000 camas, *vid.*, la información proporcionada por <https://www.esdiario.com/724795531/Asi-ha-levantado-China-en-10-dias-su-espectacular-hospital-contra-el-coronavirus.html>

coronavirus. Su estado era "leve" y se contagió, presuntamente, al contactar en Alemania con un infectado. Nueve días después se detectó otro caso de coronavirus Covid-19 en Palma de Mallorca. Pero no fue hasta el 24 de febrero cuando el virus saltó a la península, en la Comunidad de Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana³. La confirmación de un paciente en Sevilla de coronavirus que no había viajado al extranjero, ni había estado en contacto con personas enfermas, hizo saltar todas las alarmas al tratarse del primer contagio local conocido. Estamos en el día 26 de febrero⁴.

Empezamos el mes de marzo y la realidad se topó con cada uno de nosotros. Cada vez había más infectados sin saber dónde se habían contagiado y cada vez más personas enfermaban de manera grave. Empezamos a reflexionar sobre nuestra capacidad para albergar a muchos enfermos en las UCIS y comienzan a surgir casos en los lugares más sensibles a la enfermedad: las residencias de ancianos y los propios hospitales se convierten en foco de infección. Y así llegamos al 14 de marzo y a la declaración del estado de alarma.

Este relato de los hechos enmarca el diseño legislativo de la crisis provocada por la pandemia. A través de Decretos- Leyes y normas de desarrollo amparadas por la declaración de estado de alarma, se fueron resolviendo los problemas que iban surgiendo consecuencia de la crisis sanitaria, de la crisis económica que se avecinaba consecuencia del confinamiento y, como correlato de ambas, la crisis social en la que nos embarcábamos. Una crisis sin precedentes, como sin precedentes son las medidas legislativas adoptadas y que afectan a derechos fundamentales recogidos en la Constitución española.

A partir de la emergencia sanitaria surge el derecho de necesidad. Entendido como aquel que se adapta a circunstancias excepcionales. Este derecho de necesidad tiene una doble vertiente. Una vertiente negativa, en la medida en que inaplica el derecho ordinario. Y una positiva, en cuanto surge un cuerpo normativo vigente en el momento de esa necesidad. A ese cuerpo normativo nos vamos a referir en los sucesivos apartados⁵. Igualmente procede hablar del principio de proporcionalidad que debe imperar en el

³ Vid., <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-infectados-espana-y-evolucion-covid19-desde-origen-4148>

⁴ <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2020/02/25/5e55962afc6c836d3b8b45f7.html>

⁵ La necesidad se erige de esta manera en una técnica de adaptación del Derecho a la realidad social, *vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA V. (2020), "El coronavirus (covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Económico del Derecho*, núm. 86-87 Marzo-Abril, pág. 8

derecho extraordinario que surge en situaciones de necesidad. Ello significa que estas medidas excepcionales deben estar presididas por un criterio de proporcionalidad que impone que los sacrificios que se hagan en relación a la limitación o suspensión de derechos deben ser ajustados a esa necesidad. Para determinar si se ajustan o no a esa necesidad se utilizan tres criterios: adecuación, necesidad y justificación. Adecuación de la medida a la situación de amenaza implica, por ejemplo, que no se extienda en el tiempo más allá de lo necesario. Necesidad exige que, entre todas las medidas que deban adoptarse, se use la estrictamente necesaria para hacer frente a la emergencia y que sea la menos lesiva para los intereses individuales. Justificación significa que la medida adoptada se legitime por los efectos beneficiosos que pudiera producir, en relación con los posibles perjuicios que tendría.

II.- MEDIDAS LEGISLATIVAS APLICABLES A CRISIS SANITARIAS

II.1.- Disposiciones legales ordinarias ante las crisis sanitarias

El Ordenamiento Jurídico español cuenta con normas para hacer frente a emergencias sanitarias de salud pública, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. La cuestión a dilucidar es si este cuadro normativo es suficiente o, por el contrario, se hace aconsejable aprobar nuevas normas que otorguen un marco jurídico apropiado que pueda adaptarse a la nueva realidad generada por la pandemia provocada por la Covid-19. A nivel estatal destacamos la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP). Estas normas se caracterizan porque tipifican una multiplicidad de medidas para hacer frente a las crisis sanitarias y porque cuentan con una clausula general que tiene como objetivo la posibilidad de aplicarse a toda clase de crisis sanitarias susceptibles de producirse, permitiendo así a las autoridades sanitarias adoptar las “*medidas necesarias*” para luchar contra estas emergencias.

Además de las anteriores, contamos con un cuerpo legislativo transversal que contiene poderes de necesidad activables ante epidemias. Nos estamos refiriendo muy significativamente a dos normas. Por un lado, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del

Sistema Nacional de Protección Civil que prevé la figura de las “*emergencias de interés nacional*” (art.28), que, declaradas por el Ministro del Interior, justifican la intervención de una multiplicidad de medios, entre los cuales se encuentra el Ejército a través de la Unidad Militar de Emergencias (UME) y de las restantes unidades de las Fuerzas Armadas que sean precisas (art. 37).

Por otro lado, se encuentra la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional que instauro la figura de la “*situación de interés para la Seguridad Nacional*” (art. 23), que puede ser declarada por el Presidente del Gobierno ante situaciones críticas como lo son las epidemias y que permite la activación, desde la cúspide del Poder Ejecutivo estatal, de los numerosos elementos que componen la Seguridad Nacional. Entre ellos, muy significativamente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas⁶.

Interesa cuestionarse si la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional puede afectar al régimen de los derechos fundamentales. Esta Ley crea un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE⁷. Parece claro que la declaración de situación de interés para la seguridad nacional no puede implicar la suspensión de derechos ya que el art. 55 de la Constitución (en adelante CE) solo lo reserva a la declaración de estados de excepción y sitio. No obstante, cabe plantearse si es posible la restricción o limitación de algunos derechos bajo la situación de interés para la seguridad nacional⁸. Además, cabe posibles “*Medidas de seguridad extraordinarias*” de acuerdo con el art. 21 Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. De esta forma, en situaciones de emergencia es posible “*el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales*”. La misma norma⁹ define que “*se entiende por emergencia aquella situación de riesgo*

⁶ Seguimos en este apartado a ÁLVAREZ GARCÍA, V. *cit.*, pág. 9

⁷ *Vid.*, STC 184/2016 de 3 de noviembre

⁸ *Vid.*, COTINO HUESO, L (2020)., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria” *El Cronista del Estado Social y Económico del Derecho*, núm. 86-87, pág. 94

⁹ Nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana

sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos”.

El 24 de febrero del 2020 se procedió a confinar a 700 personas durante medio mes¹⁰ en un hotel de Tenerife a través de la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias (ratificada por Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife Nº 8 Auto 000084/2020). El gobierno canario confinó, mandó a la policía para vigilar las instalaciones y solicitó una ratificación judicial al amparo del artículo 8.6 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹. Una decisión cautelar de restricción de la libertad de ambulatoria que fue avalada en el Auto del Tribunal¹². El avance del Covid-19 en la semana del 8 al 15 de marzo fue provocando que sucesivamente se adoptara esta drástica medida en, al menos, cuatro Comunidades Autónomas para una o varias poblaciones¹³.

¹⁰ Tras constatarse por el Servicio Canario de la Salud que un ciudadano comunitario, procedente de la región italiana de Lombardía, es positivo en las pruebas de laboratorio para el nuevo coronavirus de 2019 (2019-nCoV) se procede por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias a dictar la Orden del 24 de febrero de 2020, por la que se dispuso que todos los Huéspedes del Hotel en el que se alojaba aquél, permaneciesen en sus habitaciones hasta ser atendidos y valorados por personal sanitario competente, así como el cierre de las instalaciones a fin de impedir la nueva entrada de huéspedes.

¹¹ *“Corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.*

¹² En el Fundamento Jurídico Primero se establece que la normativa aplicable es el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública dispone que *«Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.»*. También es de aplicación el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone *«1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.»* Por su parte El artículo 8.5 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que *«corresponde a estos Juzgados de lo contencioso la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».*

¹³ Haro en La Rioja el 8 de marzo; casi 70.000 personas en los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Ódena, en Cataluña el 13 de marzo; Arroyo de la Luz en Extremadura también el 13 de marzo y; el más numeroso, 376.000 personas, en Cartagena, San Javier, San Pedro del Pinatar, Los Alcázares, La Unión, Mazarrón y Águilas, en la Región de Murcia el 14 de marzo. *Vid., NOGUERIRA LOPEZ A., (2020) “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 86-87, 2020, pág. 27*

Antes de analizar la regulación del estado de alarma nos planteamos si podrían existir otros instrumentos legales diferentes a su declaración para dar cobertura jurídica a limitaciones de derechos de los ciudadanos. Esto es, sin la activación del estado de alarma y manteniendo las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) sus competencias ¿se podría habilitar un mecanismo jurídico que permitiera a éstas adoptar las medidas oportunas, con suficiente cobertura legal y sin depender de la ratificación judicial? Nos planteamos si a través de una ley orgánica, se podría regular estas decisiones forma homogénea. Si fuera posible, se conseguiría, por un lado, un nivel importante de homogeneización y seguridad jurídica y, por otro, flexibilidad para adaptar las medidas restrictivas sólo a los territorios en los que sea necesario por la gravedad de la crisis sanitaria en los mismos.

Obviamente ninguna medida limitativa de derechos fundamentales puede erosionar el Estado de Derecho. Las que se adopten, deben estar perfectamente diseñadas para no limitar derechos de forma desproporcionada y evitar lesionar el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Con esta norma se trataría de modificar el marco normativo que rige en España y recoger “*instrumentos homogéneos para tomar decisiones homogéneas en todo el país*”. Con el fundamento de garantizar, por un lado, la agilidad y, por otro, la seguridad jurídica en las actuaciones de control de los brotes. La situación actual no deja de ser preocupante ya que sin la cobertura de la declaración del estado de alarma y con una legislación que deja muchos flecos sin resolver, queda la ratificación de las medidas limitativas a la ratificación judicial.

Prueba de la situación límite en la que nos encontramos, fue el estado de la situación creado ante el avance de brotes de coronavirus en Cataluña después del primer estado de alarma. A través de la Consejería de Salud se dictó una resolución por la cual se limitaba la libertad de circulación, así como la restricción en la prestación de servicios en el municipio de Lleida y otros en la comarca del Segrià. Esta resolución fue anulada por un auto judicial por falta de competencia de las autoridades autonómicas. La Generalidad aprobó un Decreto-Ley que modifica la ley catalana de salud pública y atribuyó a las autoridades sanitarias competencias para limitar, tanto la actividad, como la movilidad de las personas con la finalidad de frenar los contagios en esos territorios.

Tal como señala la profesora CARMONA¹⁴ el empleo del Decreto-Ley para limitar derechos fundamentales genera un vicio de inconstitucionalidad evidente. El art. 86 de la Constitución limita el uso de esta norma a la regulación de derechos fundamentales cuando dice que “*no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...*”, Es doctrina jurisprudencial que la cláusula restrictiva «*no podrán afectar*» del art. 86, párr. 1º de la CE debe entenderse como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el Título I, sino de una regulación por Decreto-ley del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidas en este título así como de que «*por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos*»¹⁵. Parece obvio que la limitación de un derecho fundamental afecta a su contenido por lo que queda descartado el uso de Decreto- ley.

II.2.- Regulación del estado de alarma en España: la Constitución Española, la Ley Orgánica LO 4/1981 de 1 de junio de Alarma Excepción y Sitio (LOAES) y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19¹⁶.

El art. 116 CE regula específicamente el Estado de Alarma, Excepción y Sitio de la manera que sigue “*Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración*”.

¹⁴ “El fin no justifica los medios El enmascaramiento de la excepcionalidad al amparo de la Covid -19, erosiona el Estado de derecho”. Artículo publicado en el Diario “El País” el día 16 de julio de 2020

¹⁵ *Vid*, entre otras las SSTC 29/1982, de 31 de mayo, 6/1983, de 4 de febrero, 41/1983, de 18 de mayo t 111/1983 de 2 de diciembre

¹⁶ BOE núm. 67, de 14 de marzo

De acuerdo con el art. 4 de la LOAES “*se 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”.

Ha habido mucha polémica en la doctrina constitucionalista sobre si la declaración de estado de alarma era la adecuada para hacer frente a esta pandemia¹⁷. Creemos que la situación fáctica de lo acontecido encaja a la perfección en el apartado b) del precepto señalado. Poca duda nos ofrece el uso del mecanismo de estado de alarma. Otra cosa es si las medidas adoptadas en el seno de su declaración han sido o no proporcionadas con el estado declarado. Parece que restricciones tan graves a los derechos fundamentales dictadas al amparo del mismo encajaría más con un estado de excepción que para el estado de alarma propiamente dicho. El artículo 55.1 CE dice “*Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción*”. Los derechos susceptibles de ser suspendidos en estado de excepción o sitio a los que se refiere este precepto son los siguientes: a la libertad y seguridad (art. 17, CE); a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3, CE); a fijar la residencia y a circular libremente por todo el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente del territorio

¹⁷ Vid., SOLOZABAR ECHEVARRIA, JJ. (2021) “Algunas consideraciones sobre el estado de alarma”, en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, ...pp. 19-42; ARAGON REYES, M. (2020): “Covid-19: aproximación constitucional a una crisis”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 32; VELASCO f (2020), “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, nº 86-87

nacional (art. 19, CE); a la libre expresión e información y al no secuestro de las publicaciones sin autorización judicial [artículo 20.1 a) y d) y 5, CE]; de reunión (art. 21, CE); de huelga (art. 28.2, CE), y al conflicto colectivo (art. 37.2, CE).

Algunos autores¹⁸ entienden que se da el presupuesto fáctico de alteración del orden público necesario para la declaración de estado de excepción. Esto es así porque se podría considerar por alteración al orden público, la violación en el ejercicio de los derechos y libertades ya que éstos forman parte de la concreción del concepto mismo de orden público. De esta forma, cuando el ejercicio de los derechos y libertades resulten gravemente alterados (por ejemplo, el derecho a la vida en las actuales circunstancias por efecto de la pandemia), el Gobierno podría solicitar al Congreso la declaración del estado de excepción. En este caso la limitación de derechos consecuencia de la declaración sí entra de lleno en la regulación constitucional y de la LOAES del estado de excepción. No se trataría *“de identificar el substrato para la declaración del estado de excepción con gravísimos desórdenes públicos (en el sentido de los delitos recogidos en los artículos 557 y ss. del Código Penal), sino, más sencillamente, que por las circunstancias de que se trate, ese “libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos” resulte muy gravemente alterado.* Nos parece interesante esta hipótesis de trabajo dado que resolvería las dudas constitucionales que nos produce a los constitucionalistas la dicotomía limitación *versus* suspensión de los derechos fundamentales en el estado de alarma. Si en la práctica se ha producido una suerte de exclusión temporal de determinados derechos ello entraría de lleno en las consecuencias del estado de excepción, no así en el estado de alarma.

De acuerdo con el artículo seis de la LOAES *“La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”.*

¹⁸ Vid., ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2020), “Estado de alarma o de excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 1-20

Dicho lo anterior, también debemos indicar que el estado de alarma no exime al Gobierno del control parlamentario, todo lo contrario. De la LOAES se extrae que, incluso, se refuerza dado que *“el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste”*¹⁹. Igualmente el Reglamento del Congreso en el art. 162 regula el procedimiento de declaración del estado de alarma²⁰, convirtiéndose el Congreso de los Diputados en el protagonista principal del control gubernamental en este periodo. La Constitución veta una hipotética disolución del Congreso y garantiza su funcionamiento al prescribir (art. 116.5) que *“no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”*.

Asimismo, con la declaración del estado de alarma *“todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente, en nuestro caso el Gobierno, en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”*²¹.

¹⁹ Art. 8 LOAES

²⁰ *“1.-Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al Presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el Decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la Comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.*

2. Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116, 2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquél. 3. Los Grupos Parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada.

4. El debate tendrá lugar en el Pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.

5. Finalizado el debate se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno”

²¹ Art. 9 LOAES

Centrándonos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma lo primero que queremos indicar es que el texto de este Real Decreto (a pesar de esta forma jurídica) tiene valor de ley. Concretamente, el Decreto de alarma del Gobierno, su prórroga, la autorización del estado de excepción o la adopción del estado de sitio *“son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley”*²². La sola declaración de alarma por el Gobierno, aún sin intervención del Congreso en su prórroga, es *“una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración”*²³. Así pues, el derecho de alarma constitucional queda integrado por la Constitución, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio que le da cobertura y por las decisiones normativas con valor de ley de Gobierno (Decreto de alarma) y Congreso (art. 116 CE).

Como ya se ha señalado, se establecen importantes restricciones a la circulación por la vía pública, se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados. Se establecen medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales. Igualmente se adoptan medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedan bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario

²² Vid., ATC 7/2012 del 13 de enero, Fundamento Jurídico Cuarto *“ En efecto, todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen, como es evidente y así resulta de su regulación en la LOEAEs, excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 LOEAEs), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante «los poderes ordinarios» la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 LOEAEs). Siendo esto así, como sin duda es, el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del de excepción, que no son meros actos de carácter autorizador, pues tienen un contenido normativo o regulador (ya en cuanto hacen suyos el alcance, condiciones y términos del estado de alarma o de excepción fijados o solicitados por el Gobierno, ya en cuanto la propia Cámara directamente los establece o introduce modificaciones en los propuestos), así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de Ley...”*,

²³ STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º, Vid., COTINO HUESO L., cit., página 91

para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

III.- AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA

De acuerdo con el art. 55. 1.º CE los derechos fundamentales sólo pueden quedar suspendidos bajo el estado de excepción o estado de sitio²⁴. La suspensión del derecho implica, desde el punto de vista material, una restricción del mismo derecho, de forma que suponga una desconstitucionalización, decayendo el régimen de garantías ordinario de los derechos fundamentales²⁵. Pues bien, aunque técnicamente no cabe la suspensión de derechos en el estado de alarma por el art. 55.1.º CE, hay un desplazamiento de la legalidad ordinaria debido a la establecimiento del derecho de necesidad, tal como hemos señalado mas arriba. En consecuencia, las medidas adoptadas en el estado de alarma respecto de los derechos, no pudiendo suponer una suspensión de los mismos, sí pueden conllevar importantes limitaciones a su ejercicio²⁶. En adelante pasaremos a analizar los derechos implicados en la declaración del estado de alarma²⁷.

A. DERECHO A ELEGIR RESIDENCIA Y A LA LIBERTAD DE CIRCULACION DE LAS PERSONAS²⁸

La LOAES en su artículo once expresamente se refiere a la posibilidad, para el estado de alarma, de “*limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y*

²⁴ COTINO HUESO L, *cit.*, pág. 91

²⁵ ALAEZ CORRAL, B., (2004): “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, en López Guerra, L. Espín, E. (coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. 233-246, pág.236

²⁶ GARCÍA MORILLO J., (2002) “Las garantías de los derechos fundamentales”, en López Guerra L. y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I., Valencia, Tirant lo Blanch., pág. 469.

²⁷ Sobre los derechos fundamentales afectados por la pandemia en el primer estado de alarma provocado por la Covid, *vid.*, LOZANO MIRALLES (2021) “Democracia de emergencia y crisis sanitaria: el caso español” (en prensa)

²⁸ *Vid.*, DURAN ALBA ,J.F. (2021) “Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis covid 19” Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 193-220

lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. Ello contrasta con el Decreto de declaración de estado de alarma de 14 de marzo de 2020 que contiene una prohibición expresa y general con suspensión del derecho a la libre circulación de los ciudadanos dentro del territorio nacional, llegando incluso a ordenar el cierre de fronteras, lo que ahonda más en dicha suspensión generalizada²⁹.

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

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

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

b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.

d) Retorno al lugar de residencia habitual.

e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.

g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Nos planteamos cómo el derecho a circular libremente por el territorio nacional previsto en el art. 19 CE se ve, bien limitado, bien suspendido, por esta disposición. Obviamente no nos sirven las formulas empleadas jurisprudencialmente para diferenciar dentro de los derechos fundamentales la limitación y/o el contenido esencial de los mismo como núcleo indisponible del derecho fundamental. No nos sirve porque, como ya hemos dicho más arriba, cuando tratamos el estado de alarma estamos ante el derecho excepcional y, en consecuencia, es de aplicación de los arts. 55 y 116 de la CE. Tal como señala el TC en la STC 148/2021 de 14 de julio³⁰ *“su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario e*

²⁹ Se podría considerar una extralimitación constitucional de la norma prevista para el estado de alarma cuando de *facto*, por el alcance que provoca en cuanto a limitación de derechos fundamentales, se está aplicando un estado de excepción, pero sin ser aprobado formalmente. En este punto de vista, *vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *cit.*, quien dice textualmente *“En este sentido es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le ha limitado o restringido su ejercicio...cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?”*

³⁰ BOE de 31 de julio de 2021

limitación de derechos fundamentales”.

Efectivamente, basta la lectura del RD para apreciar que la posibilidad de circular por el territorio nacional se presenta como una excepción (de manera individual, con alguna excepción, y para ciertas actividades más o menos prescritas). Ello supone una restricción más cercana a la privación o cesación del derecho que a la fijación de meros límites a su ejercicio. Igualmente, tal como sostiene el TC, el derecho fundamental a elegir libremente la propia residencia del art. 19.1 tiene estrecha vinculación con el derecho a la libertad de circulación. Obviamente la facultad de acceder a la propia residencia, en el caso de que la persona se encontrase fuera de ella, desaparece debido a la imposición inamovible al titular de varias residencias de mantenerse en el lugar en el que se encontrase inicialmente residiendo.

B) DERECHO A LA REUNIÓN PACÍFICA Y SIN ARMAS

Debemos indicar que bajo el estado de alarma no cabe la suspensión del derecho de reunión, sí en el caso de estado de excepción de acuerdo con el art. 22 de la LOAES³¹. La prohibición del artículo 7. 1º Real Decreto 463/2020 de alarma es relativa a las agrupaciones humanas no reivindicativas, esto es, no para el derecho de reunión³².

Dicho lo anterior señalamos que con la declaración de estado de alarma ha habido polémicas en torno a la prohibición de manifestaciones³³. Respecto al derecho de manifestación un Auto de 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) del Tribunal Constitucional Federal ha estimado que una prohibición general de reuniones públicas entraña una

³¹ “1. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 21 de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones.

2. También podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el párrafo anterior.

3. Las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos 6.º y 7.º de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa.

4. Para penetrar en los locales en que tuvieran lugar las reuniones, la Autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización formal y escrita. Esta autorización no será necesaria cuando desde dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito”

³² En este sentido, *vid.*, COTINO HUESO, L., “La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid 19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional”, 1 de mayo de 2020, en www.derechosocovid.com y Academia.edu.

³³ *Vid.*, BIBAO UBILLOS JM (2021) “La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia” Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza., pp. 279-310; CARMONA AM, (2020) “ El Estado de alarma y derecho de manifestación en España” Blog *Agenda Pública* de 4 de mayo; PRESNO M (2020), “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (12): concentraciones y manifestaciones”, Blog *El derecho y el revés*, 24 de abril

violación del derecho de reunión porque las limitaciones del mismo tienen que estar justificadas. Esta resolución viene al hilo de determinar si el decreto municipal de la ciudad de *Giessen* de 8 de abril prohibiendo manifestaciones, en aplicación del reglamento prohibitivo del *Land Hesse* de 30 de marzo, resulta repudiable en la medida en que no permite la consideración de las circunstancias concretas para evaluar si la manifestación puede o no desarrollarse. En otras palabras, que el establecimiento de una prohibición general e indiscriminada de manifestarse o reunirse sería contraria a la Ley Fundamental de Bonn.

En España, destacamos el Auto de 30 de abril de 2020 del Tribunal Constitucional (TC), Sala Primera que es la primera resolución del TC desde la declaración del estado de alarma y que ha versado, precisamente, sobre las restricciones de derechos en razón del mismo. El ATC de 30 de abril de 2020, a lo largo de sus treinta páginas inadmite el recurso de amparo contra la sentencia núm. 136/2020 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, dictada en el procedimiento Derecho de Reunión 152/2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra que prohibía la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo. El TC alude a su STC 83/2016, de 28 de abril (la de referencia en la materia con razón del Estado de Alarma en la crisis de los controladores decretada en diciembre de 2010). Así lo hace para recordar que “*aunque la declaración del Estado de Alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental*”, “*sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio*” (Fundamento Jurídico Segundo). Ya en el Fundamento Jurídico Cuarto insiste que el Decreto de alarma puede establecer restricciones de derechos. Expresamente el TC elude el debate de si el confinamiento es “*una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada ni siquiera a efectos dialécticos*”. Señala que dado el escaso conocimiento de la enfermedad y la “*incertidumbre tan acentuada*”, “*las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces*” para proteger la vida y la salud. “*Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha.*” (FJ 4º).

El TC ha remarcado que en situación de pandemia es la vida, la salud y evitar el colapso de hospitales, los derechos y bienes constitucionales que justifican la prohibición y no la posible alteración al orden público. El derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado. Aun cuando el propio art. 21.1 CE reconoce que el derecho de reunión pacífica y sin armas no necesita de autorización previa, asume en su apartado 2 la existencia de límites al ejercicio del derecho, cuando las reuniones tienen lugar de tránsito público y manifestaciones, que exigen de comunicación previa a la autoridad puedan suponer una alteración del orden público, con peligro para personas o bienes³⁴.

Así las cosas, la limitación del ejercicio del derecho de manifestación en estado de alarma por la pandemia causada por el Covid-19 tendría cobertura constitucional en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las circunstancias que tuvieron lugar en los momentos más difíciles de la pandemia.

Parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. Así las cosas, nos parece perfectamente legítimo la prohibición de una manifestación en estos términos.

De acuerdo con la STC 148/2021, de 14 de julio técnicamente el derecho de manifestación permanece incólume en el estado de alarma. Ello implica que se mantiene la posibilidad de dirigir “comunicación previa a la autoridad” para su celebración y se mantiene la garantía constitucional de que las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones solo podrán ser prohibida cuando exista razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes. Así pues, el decreto declaratorio del

³⁴ La STC 193/2011, de 12 de diciembre establece que : “*el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar- en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero (RTC 2000, 42) , FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 195) , (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone ... y, en todo caso, respetar su contenido esencial” (Fj 3º).*

estado de alarma no pude contemplar la posibilidad de suspender el derecho de reunión, ello a salvo que sean otras razones (guardar un necesario distanciamiento físico entre personas) las que motiven la no autorización.

C) LIBERTAD RELIGIOSA

El derecho a la libertad religiosa se halla reconocido en el artículo 16 CE, que establece que *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley...”*. Aun cuando ni la Constitución ni la LOAES³⁵ aluden a este derecho como susceptible de suspensión en ninguno de los estados de excepcionalidad, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo sí que contiene una explícita alusión al mismo, cuando en su artículo 11 dice *“La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”*. El problema en relación a este derecho surge porque el artículo 7 de este RD 463/2020 no incluye, entre los fines que justificaban la circulación por las vías de uso público, la asistencia a esos actos de culto que el artículo 11 autorizaba, aunque con restricciones³⁶.

Asimismo, la Orden SND/298/2020 en su apartado quinto dispone que: *“Se pospondrá la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma, sin perjuicio de la posibilidad prevista en el párrafo siguiente. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto. En todo caso, se deberá respetar siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos”*.

³⁵ BOE núm. 134, de 5 de junio

³⁶ Sobre las implicaciones de este derecho en la crisis del coronavirus, *vid.*, SIMON YARZA F., “Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas como consecuencia del Covid-19”, Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 169-192

En la STC 148/2021 el TC no entiende afectado este derecho. El silencio respecto al art. 7.1 no impide que el propio RD contemple de manera explícita la asistencia a lugares de culto y ceremonias religiosas. Por otro lado, no entra a valorar la constitucionalidad de la Orden SND/298/2020 porque no procede al tratarse de un recurso de inconstitucionalidad. No obstante, hubo algunos episodios discutibles en relación a la libertad religiosa durante el confinamiento³⁷

D) DERECHO A LA EDUCACION

El cierre de los colegios durante el confinamiento, siguiendo a REY MARTINEZ³⁸, ha provocado tres fenómenos importantes. El primero, el paso de una enseñanza presencial a otra *online* de manera forzada y sin transición previa. Segundo y consecuencia de la anterior, se ha constatado que las escuelas dependen, en su propia organización, de la presencialidad. Tercero, no todos los niños se encuentran en las mismas circunstancias para recibir una educación *online*, lo que gravita sobre el concepto de educación inclusiva o educación para todos. En definitiva, en situación de crisis, como la vivida con la pandemia, se ha evidenciado las carencias o verdades incómodas del sistema educativo.

Ahora bien, otra cosa diferente es si con el estado de alarma se ha suspendido el derecho a la educación. El art. 9 del RD contiene una serie de medidas llamadas de contención en el ámbito educativo y de la formación

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

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

³⁷ Por ejemplo, la irrupción de la policía en la Catedral de Granada durante la celebración del jueves santo donde había menos de 20 personas

³⁸ Vid., REY MARTINEZ F., "Pandemia y sistema educativo", Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza., pp. 311-332

Se ha recurrido al TC si este precepto vulnera el art. 27 de la CE “*todos tiene derecho a la educación*”. Efectivamente el derecho a quedado alterado en su dimensión prestacional al suspenderse la actividad educativa presencial. Parece obvio que se alteró sustancialmente el esquema diseñado en la LO 2/2006. No obstante, tal como señala el TC, esta excepción temporal de la modalidad presencial generalmente prevista en la Ley Orgánica 2/2006 no conlleva, por sí sola, una incidencia en la ordenación constitucional de la enseñanza, pues el artículo 27 CE «*no consagra directamente el deber de escolarización*», entendido como asistencia personal del alumno al centro docente, ni excluye, por tanto, «*otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica*»³⁹. A estos efectos, el que el RD de estado de alarma incidiera en el ejercicio del derecho fundamental no implica por sí mismo su suspensión. No resultó desproporcionada la medida por las siguientes razones:

- Las medidas de distanciamiento físico eran imprescindibles para limitar los contagios y evitar la propagación comunitaria del virus.
- No existían medidas menos incisivas sobre el derecho fundamental.
- Esta medida tenía como objetivo la preservación, defensa y restauración de la salud y, en última instancia, de la vida, sin la que los demás derechos carecen de sentido.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES.

El único precedente existente en nuestra democracia sobre la declaración del estado de alarma fue 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 aéreo⁴⁰, que fue recurrido en amparo por 327 controladores aéreos. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016, sostuvo que las personas que considerasen lesionados sus derechos fundamentales por las medidas contenidas en el Real Decreto podrían acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía jurisdiccional. La referida STC 83/2016, de 28 de abril (Fundamento Jurídico

³⁹ (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9).

⁴⁰ BOE núm. 295, de 4 de diciembre de 2010

Octavo) afirma que “*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*”.

Actualmente una de las grandes dicotomías planteadas por la doctrina ha sido si con la declaración de Estado de Alarma de 14 de marzo se han suspendido o limitado derechos: ¿las medidas adoptadas para el confinamiento suponen una suspensión o una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales? Como ya hemos señalado en otros trabajos aun antes de la publicación de la STC⁴¹, la inconstitucionalidad del RD 463/2020 de 14 de marzo no deriva del contenido material de las medidas que se han tenido que adoptar sino del instrumento jurídico adoptado.

Una cuestión poco planteada al hilo de analizar la suspensión de derechos fundamentales es el art. 15 del CEDH que prevé la derogación del convenio en caso de urgencia. La declaración del estado de excepción o sitio (únicos que permiten la suspensión de derechos fundamentales) deben llevar aparejada la suspensión del art. 15 CEDH, ya que la declaración de estado de excepción o sitio sin suspensión del convenio, podría dar lugar a la violación del CEDH, aun cuando se hubiera respetado la normativa interna sobre estados excepcionales. El art. 15 prevé que para que la suspensión por parte de un Estado sea conforme a Derecho se haga una notificación al Secretario General, y Éste tiene la obligación de comunicar a las otras partes contratantes la derogación adoptada por un Estado. Además, el TEDH es competente para examinar de oficio si una notificación efectuada por un Estado cumple o no las exigencias del art. 15.3, no siendo necesaria una demanda por parte de otro Estado.

El art. 15.3 obliga también a los Estados a mantener informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas que se adopten y de las razones que la justifican. Por otro lado, cuando se retira la suspensión, también debe informarse al Secretario General⁴².

⁴¹ Vid., CARAZO LIEBANA M.J. (2020) “Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19: el caso español”, *Democrazia e Diritti Sociali Fascicoli speciali Covid-19/2020*; CARAZO LIEBANA M.J. (2020) “Estado de Alarma provocado por la enfermedad Covid-19. Un apunte crítico sobre las medidas legislativas adoptadas para paliar la crisis sanitaria, económica y social”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº20

⁴² Vid., ROCA M.J. (2019) “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el derecho español: procedimiento y control”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 72, pp. 43-72

Si el primer Estado de alarma ha sido declarado en parte inconstitucional por la suspensión “de facto” del derecho a circular libremente y elegir residencia, parece que se ha producido una suerte de suspensión del CEDH, en la medida en que han cesado derechos garantizados por el mismo, sin la previa declaración de estado de excepción y/o sitio y sin la comunicación requerida al Secretario General. Esta cuestión habrá de ser tenida en cuenta a futuro. Obviamente, las respuestas dadas por los Estados ante la pandemia de la Covid-19 han sido muy variadas entre ellos y, al mismo tiempo, cada Estado ha ensayado diferentes medidas con el tiempo. Un ejemplo es España entre marzo-noviembre de 2020⁴³.

Para concluir, otro gran interrogante es si el uso de los estados excepcionales es la única herramienta posible para hacer frente a la pandemia creada por la Covid-19. Si no es la única opción para limitar derechos fundamentales, por un lado, y por otro, para la implantación de restricciones a derechos de forma homogénea en todo el territorio nacional: ¿sería posible contar con un marco legal que pueda crear seguridad jurídica sin alterar la distribución de competencias entre el Estados y las Comunidades Autónomas y que, al mismo tiempo, sea eficaz para la adopción de medidas necesaria frente a la crisis sanitaria? Creemos que habrá que pensar en medidas que proporcionen, por un lado, seguridad jurídica y, por otro, que eviten el uso del derecho excepcional. Antes los vacíos normativos existentes y las interpretaciones “forzadas” de la legislación, urge regulaciones específicas que den cobertura a la crisis sanitaria acontecida con ocasión de la pandemia de la Covid-19.

⁴³ Una primera etapa es la que tiene lugar con el estado de alarma decretado por el RD 463/2020, vigente entre el 14 de marzo y el 21 de junio con seis prorrogas de 15 días cada una. Una segunda etapa con el método de la llamada “cobranza” a través del Consejo Interterritorial de Salud con la regulación de normas automáticas utilizando como paraguas de manera algo forzada la LO 3/1986, de 14 de abril, de salud pública. Una tercera fase con la aprobación de un segundo estado de alarma (RD 926/2020, de 25 de octubre) con una prórroga también “forzada” aprobada por el Congreso por un periodo de seis meses por el cual se habilita a las autoridades autonómicas para la adopción de medidas restrictivas de movilidad sin necesidad de autorización judicial, *vid.*, CASTELLA ANDREU J.M. (2020) “La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del Estado de Derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la covid-19”. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.