

Título: ESTADO DE ALARMA O DE EXCEPCIÓN

Autores: [Francisco Javier Álvarez García](#)

Fecha: 06/04/2020

Voces sustantivas: Conflictos colectivos, Derechos fundamentales y libertades públicas, Deslinde, Desórdenes públicos, Incendios forestales, Incapacidad, Legítima, Libertades públicas, Mandato, Medio ambiente, Passim, Principios rectores de la política social y económica, Seguridad ciudadana, Transporte aéreo, Amenazas, Alimentos, Congreso de los diputados, Conceptos jurídicos indeterminados, Delegación de competencias, Derecho a la vida, Derecho de reunión, Domicilio, Ejercicio de derechos, Ejercicio de los derechos, Fuerza mayor, Función social, Intervención de empresas, Inviolabilidad del domicilio, Libre desarrollo de la personalidad, Libertad de circulación, Libertad religiosa, Libre circulación, Participación ciudadana, Perturbación del orden, Prestaciones personales obligatorias, Protesto, Residencia habitual, Salud pública, Secretarios de estado, Secreto de las comunicaciones, Adopción, Alteración del orden, Centro de trabajo, Circulación de vehículos a motor, Embargo, Entidades financieras, Fuerza mayor, Huelga, Inviolabilidad del domicilio, Marcas, Orden público como límite, Plazos, Presupuesto del estado, Protección del medio ambiente, Restricción de libertad, Seguridad pública, Servicios mínimos, Situación de desabastecimiento

Voces procesales: Conexión

TEXTO:

1. No cabe duda de que la pandemia que estamos soportando en España (y en el mundo) exige una cierta disciplina ciudadana para poder sobrevivir a ella; y tampoco existe incertidumbre alguna, si se sigue lo que preconizan los expertos, que ello debe implicar confinamiento de los ciudadanos.

Pues bien, el artículo 116 de la Constitución española, por lo que ahora nos interesa, ha venido a regular el elenco de las crisis más importantes que se pueden plantear en la vida del Estado ("imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante 'los poderes ordinarios' la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias", ATC 7/2012, de 13 de enero).

Se trata de situaciones que han sido de declaración frecuente a lo largo de nuestra más que turbulenta vida política desde el 1808 hasta el final de nuestra última Guerra Civil, y aún en distintas ocasiones durante la más reciente Dictadura ante el menor atisbo de agitación política², obviamente en unas circunstancias políticas que nada tienen que ver con las actuales presididas por una Constitución democrática.

Así, el citado artículo 116 CE, preceptúa:

"1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. 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.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos".

Por su parte el artículo 55.1 del mismo texto reza lo que sigue:

"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 a los que se refiere el precepto acabado de reproducir, 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 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).

Como no podía ser de otra manera, y aplicando el precepto constitucional, se dictó por las Cortes la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en la que se dio desarrollo al citado artículo 116 CE, y que en su artículo Primero preceptuaba:

"Uno. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

Dos. Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias"

2. El artículo Cuarto de la anterior LO 4/1981 establece que:

"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".

No cabe duda, pues, que el Gobierno podía declarar el "estado de alarma", pues se dan tanto las circunstancias objetivas (epidemia), como la atribución de competencia para hacerlo.

3. La cuestión a discutir, ahora, consiste, exclusivamente, en valorar si el contenido material del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se corresponde o excede las previsiones constitucionales para ese "estado".

Al contenido del estado de alarma se refiere la STC 83/2016, de 28 de abril, cuando afirma: "Los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones", y más adelante: "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. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos". En este mismo sentido, con claridad, ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELA

A la incapacidad del estado de alarma para suspender derechos fundamentales (ex artículo 55.1 CE), no se opone el que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, asevere: "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible"⁴. Ello por un motivo evidente: la LO no puede derogar un precepto constitucional, lo que obliga a que esa inconcreta cláusula de que la autoridad sanitaria podrá adoptar "las [medidas] que se consideren necesarias", hay que

entenderla no como equivalente a una habilitación a las autoridades sanitarias para proceder a una suspensión de derechos con carácter general, sino a una autorización para proceder a meras restricciones o limitaciones de los mismos con carácter particular (no se debe caer en la tentación de interpretar el precepto constitucional de acuerdo a las normas ordinarias, incluso hasta vaciar a aquél de contenido; por el contrario, se trata de incorporar la norma ordinaria en el sistema jurídico constitucional, fuera del cual carece de existencia).

4. La cuestión es ahora, pues, determinar si la aplicación del estado de alarma por el RD ha supuesto una mera limitación al ejercicio de determinados derechos fundamentales, o, por el contrario, una verdadera suspensión de los mismos.

A este propósito no es inoportuno traer a colación el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, declaraba en su Preámbulo:

Pues bien: resulta llamativo que en este Preámbulo se justificase la declaración del estado de alarma, por huelga de los controladores aéreos, en que la situación desencadenada por estos: "impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado [artículo 19 de la CE, libre circulación por el territorio nacional]", y que, sin embargo, el confinamiento de los ciudadanos en sus casas con la prohibición prácticamente absoluta de desplazamiento, se entienda sólo como una limitación de la libertad de movimiento de las personas. Digo que resulta llamativo, porque en el caso de los controladores el cierre del espacio aéreo español únicamente impedía la libre circulación en dicho medio, no la "libre circulación" en general, la que se podía ejercer mediante otro tipo de transporte (tren, vehículo privado, andando); es decir: no se impedía la libertad de circulación, sino la realización de tal movimiento a través de medios aéreos. Una precisión más: el argumento de que la imposibilidad de viajar en avión impedía realmente el ejercicio del derecho del artículo 19 CE cuando los citados viajes consistieran en larguísima trayectos (por ejemplo, al "otro lado" del Atlántico), lo que de facto supondría -según esta interpretación- un impedimento al libre ejercicio del derecho, tampoco es acogible, ya que el artículo 19 CE lo que garantiza es la libre circulación en el territorio nacional, no en espacios sometidos a otra soberanía en la que sea aplicable otro Ordenamiento. Así las cosas, no creo que pueda alegarse, con seriedad y rigor, impedimento de la libre circulación, cuando se goza de otros medios e infraestructuras costosísimas en términos presupuestarios, que permiten que los desplazamientos más largos en la Península puedan hacerse en pocas horas, incluso los por realizar a las Baleares o a las plazas de soberanía, y sólo el acudir a las Islas Canarias puede llevar un mayor tiempo, que en cualquier caso no es impeditivo.

r tiempo, que en cualquier caso no es impeditivo. 5. En este punto hay que centrar la cuestión en la diferencia entre "limitación" o "restricción" del derecho fundamental, y suspensión del mismo, aun partiendo del dato de que, como apunta el TEDH, entre "privación" y "restricción de libertad" no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia (Caso Guzzardi contra Italia de 6 de noviembre de 1980 y caso Amuur contra Francia de 25 de junio de 1996; en lo que se refiere a la disciplina militar, caso Engel contra Holanda de 8 de junio de 1976).

esencial" del derecho fundamental. A ese respecto, la muy citada STC 11/1981, de 8 de abril, establece que hay dos caminos para fijar lo que se considera contenido esencial de los derechos fundamentales, que no son antitéticos sino complementarios, de forma que deben usarse ambos para determinar si se ha respetado ese núcleo en el dictado de la norma o resolución de que se trate. Esos dos caminos serán los siguientes: el primero se concretaría a partir de lo que se considera la naturaleza jurídica del derecho de que se trata, de esa forma: constituiría "el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así"; para el segundo, se parte de los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos, y consistiría en "hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos".

En definitiva, y de acuerdo con constante Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la STC 139/2017, de 29 de noviembre, asevera que se quebranta dicho mandato, de respetar el contenido esencial del derecho, con la imposición de condiciones o requisitos de ejercicio del derecho "si lo vacían de contenido, lo someten a limitaciones que lo hacen impracticable o dificultan su ejercicio más allá de lo razonable, lo desnaturalizan o resulta irreconocible como tal derecho (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 161/1987, de 27 de octubre, FJ 5; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, y 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5)"; en este mismo sentido, recientemente, STC 159/2019, de 12 de diciembre. En idéntica dirección se manifiesta la doctrina, por todos PAREJO ALFONSO, quien se refiere al "reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual . el derecho deja de ser aquello a lo que la Constitución se refiere...todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial, frente a cualquier disposición legal o acto aplicativo que pretendiera desconocer dicho contenido"

Desde luego, si nos atenemos, y hay que hacerlo, a los términos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-196 , la conclusión sólo puede ser: que se están suspendiendo derechos fundamentales (por más que en el Preámbulo del mismo se afirme que las medidas previstas: "no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución"). En efecto, lo que en el artículo 7 del RD se denominan: "Limitación de la libertad de circulación de las personas", con objeto, supongo, de superar la objeción de conflicto con lo dispuesto en el artículo 55.1 del texto constitucional, no es más que una suspensión del derecho fundamental a la libre circulación. Ello es así, porque en el citado precepto se prohíbe la circulación por las vías públicas, con una serie de excepciones que se exponen en un elenco cerrado; es decir: la norma es la prohibición de circulación, la excepción el permiso para muy concretas actividades (que, en definitiva, se refieren a las imprescindibles para la propia supervivencia -adquisición de alimentos y fármacos, así como para acudir a centros sanitarios y entidades financieras-, ayudas a otros que lo precisen, acudir a centros de trabajo y causas de fuerza mayor o necesidad). Dicho de otra forma: se ha privado a los ciudadanos españoles del derecho a la libre circulación (y, siempre, otros que están unidos a este derecho, como el derecho de reunión o manifestación).

Pues bien, si el derecho fundamental se refiere a la libertad para deambular por el territorio nacional⁹, y el RD lo que ha hecho es prohibir, precisamente, esa deambulación¹⁰, hasta el punto de que se conmina a los ciudadanos a permanecer en sus domicilios bajo amenaza de sanciones (penales y administrativas), lo que se ha efectuado es: vaciar de contenido el derecho, convirtiéndolo en irreconocible, desnaturalizándolo. El afirmar a continuación que nos hallamos ante una situación de limitación o restricción del derecho, no constituye más que una grosera manipulación del texto constitucional. 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?

6. ¿Cabría, entonces, ante una pandemia como la que sufrimos, la posibilidad de decretar, en lugar del "estado de alarma", el "estado de excepción"? Pues bien, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio:

de alarma, excepción y sitio: "Uno. 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".

De la comparación de este precepto con el incluso en el artículo cuarto de la LO 4/1981, pareciera que el estado de alarma está vinculado a "alteraciones de la normalidad" referidas, por una parte, a la presencia de grandes siniestros de carácter "natural" [artículo cuarto, apartados a): Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, y b) las ya referidas crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves], y por otra, a situaciones que ya no poseen ese carácter "natural", sino más bien una naturaleza ambigua: casos de paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad [apartado c)] o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad [apartado d)]. Estos dos últimos supuestos, qué duda cabe, pueden deberse a situaciones vinculadas con el orden público, con alteraciones del orden público; afirmación esta última que echa por tierra esa artificial división que algunos han querido ver entre la declaración de los estados de alarma (como situaciones con origen natural o humano no vinculadas a alteraciones de orden público¹¹) y excepción (gravísimas alteraciones del orden público). En realidad, y como dijera CRUZ VILLALÓN, el estado de alarma es un totum revolutum, en el que se confunden catástrofes y huelgas.

Sin embargo, el estado de excepción pareciera vinculado con situaciones excepcionales de alteración del orden público, pero de un "orden público", como concepto, alejado de concepciones añejas, que algunos siguen manteniendo, como equiparable a la mera paz y quietud. En efecto, ya hace algunos años advertía¹³ que el orden público, desde el punto de vista constitucional, exige ser comprendido no en un sentido de "quietud" de los ciudadanos

sino en el de participación activa de estos en la totalidad del Ordenamiento¹⁴; ello requiere desterrar como referente conceptos como el de "mantenimiento de la tranquilidad ciudadana"¹⁵, u otros similares como contenido material del orden público, y sustituirlos por otros que se refieran a la participación activa plena de los ciudadanos en la vida jurídica (con expresión de todos sus derechos, lo que implica la construcción positiva del concepto).

En este sentido, y no sólo ni principalmente por argumentos de intervención mínima, la intrusión pública en la vida ciudadana, decía, ha de retrasarse hasta aquellas situaciones en que las condiciones mínimas de ejercicio de esa participación de los ciudadanos en la vida jurídica se vean seriamente comprometidas. Dicho de otra forma: el ejercicio público de derechos constitucionales como los de libre circulación, reunión, manifestación, expresión, etc., no puede verse como un supuesto de compromiso para el orden público, sino como plena realización de éste¹⁷, formando parte del contenido de su concepto¹⁸. A esto debe dársele una doble trascendencia: por una parte ha de entenderse como modo no sólo legítimo sino necesario de expresión ciudadana para la adecuada conformación del orden político; así, las protestas, reuniones o manifestaciones públicas han de ser conceptuadas no como elementos de sospecha de alteración del orden, sino como expresión de participación ciudadana en la realización del orden constitucional, cuyo desarrollo, por lo tanto, no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado¹⁹. En segundo término, y dada la importancia de los bienes en conflicto, no deben construirse los tipos sancionadores partiendo del presupuesto de que son los derechos de manifestación o reunión los que deban ceder -incluso anticipadamente- ante cualquier alteración en la posibilidad de realización de otros derechos²⁰, sino justamente a la inversa -tal y como se lleva a cabo en otras situaciones de ponderación-, amoldar esos otros derechos a la situación de conflicto²¹. Es decir, el concepto de orden público como substrato y condicionante para el ejercicio de otros derechos, ha de construirse de modo integrado con el ejercicio de los derechos constitucionales.

Pues bien, esta idea, alejada de un concepto de orden público como mera "tranquilidad en la calle", está más presente en un texto de hace cuarenta años que en la reciente Ley de Seguridad Ciudadana. En efecto, el artículo trece.uno de la LO 4/1981, dice:

"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"