

EL DILEMA LIMITACIÓN/SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y OTRAS «DISTORSIONES» AL HILO DE LA PANDEMIA

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz*

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz*

TRC, n.º 48, 2021, pp. 215-237
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Una ley para momentos de anomalía constitucional. III. La suspensión de derechos como límite al estado de alarma (artículo 55 CE). IV. Sobre el diferente significado que la STC 148/2021 concede a la acción de suspender o limitar un derecho. V. El estado de excepción no fue una opción posible. VI. En torno al control judicial de las medidas autonómicas restrictivas de derechos fundamentales.

I. INTRODUCCIÓN

La tensión dialéctica entre normalidad constitucional y excepción es uno de los ejes en torno al cual se han construido las grandes teorías sobre el significado de la Constitución, sobre el contraste entre Constitución escrita y desarrollo político y, en último extremo, sobre las limitaciones inherentes al empeño de normar *pro futuro* una dinámica social que es siempre incierta y esquiva. Con ese polo de referencia cabe realizar juicios globales y retrospectivos en torno a una trayectoria y, si se trata del constitucionalismo histórico español, no es descabellado afirmar que la relación entre normalidad y excepción nos ha legado una tradición decididamente negativa. Fue el nuestro un constitucionalismo inestable, lastrado por

desacuerdos que impidieron que cuajaran unas señas de identidad asentadas en el tiempo, y muy dado a falseamientos e interrupciones continuas de la vigencia normalizada y completa de la Constitución. En el núcleo de tales turbulencias el compromiso con los derechos, que raras veces fue sólido como consecuencia de unas concepciones políticas timoratas y reaccionarias, resultó quebradizo y sujeto a una condición de imposible cumplimiento: la de no ejercitar los derechos como instrumento para cuestionar el blindaje de un sistema escorado hacia la defensa a ultranza de los intereses de una clase social. El orden público devino el artefacto lingüístico mediante el cual se incrustó en el lenguaje jurídico la síntesis de aquel blindaje inmovilista. Durante el quinquenio republicano la normalidad constitucional fue una quimera y la guerra civil y el franquismo supusieron el paroxismo de una anomalía sostenida en el tiempo.

Uno de los indudables aciertos de la Constitución de 1978 es el haber desdoblado la posibilidad de interrumpir el decurso normalizado de algunos de los derechos en dos formas diferentes de materialización: condicionando, por un lado, la suspensión a la previa declaración de uno u otro de los estados excepcionales prefigurados en el artículo 116 de la Constitución; pero normalizando, por otro, mediante la llamada a una ley orgánica de desarrollo, la posibilidad de una modulación *ad hoc* de ciertos derechos cualificada por razón de su finalidad y su ámbito de incidencia. Es verdad que la referencia a «personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» trasluce una redacción titubeante y, por ello, mejorable; pero el propósito de hacer frente al acoso del terrorismo al margen del recurso a los estados excepcionales mediante una alteración *ad casum* de ciertas garantías, condicionada a la intervención judicial y el adecuado control parlamentario, quedó plenamente operativo. La lucha contra la violencia terrorista se ha caracterizado así en la España constitucional por la medida y por el rechazo de ceder a la causa de la excepcionalidad. En lugar de recurrir a estados o a leyes anti-terroristas configuradoras de un régimen de excepción paralelo al «normal», se optó por realizar reformas «micro» que pasaron a incorporarse en las Leyes penales de tipo sustantivo y procedimental, sin que las mismas hayan dado lugar a problemas de constitucionalidad singularmente graves y persistentes. Bajo ese criterio directriz se hizo frente al terrorismo «endógeno» de ETA y también a aquel otro de cuyos zarpazos, en el escenario post 11 de septiembre, tuvimos dramática y reiterada constatación a partir de los atentados de 2004.

Si a la vista de todo eso nos situamos en el panorama (aún no superado del todo) abierto por la pandemia, se imponen algunas consideraciones preliminares. La primera es que los estados de excepción se nos aparecen rodeados de connotaciones negativas. Entre nosotros es más fácil ver en la regulación de ellos un *corpus* jurídico sombrío y amenazador, que un instrumento alumbrado por el deseo de recuperar la normalidad democrática en el menor tiempo posible. La segunda consideración se deriva de la importancia que tiene el factor tiempo en el régimen jurídico de la excepción. Cuanto más se dilata en el tiempo la necesidad que fue

invocada para declararlo, más se evidencian los desajustes y los déficits de operatividad de un armazón jurídico puesto en pie un poco a ciegas y bajo el signo de la urgencia. Cuando aquello que se presenta como episódico y de impacto breve y contenido cobra carta de naturaleza, lo que surge es el *tertium genus* de una *situación constitucional* confusa y contradictoria, una *situación* que no encaja en las categorías preexistentes de lo excepcional, pero que puede chocar también con pautas y disposiciones constitucionales básicas concebidas para tiempos de normalidad. Y la tercera tiene que ver con las dificultades verdaderamente diabólicas que se plantean cuando se trata de establecer de antemano el elenco de situaciones fácticas definidas a partir de generalizaciones y gradaciones que inexorablemente tienden a devenir obsoletas, pero a las que se conecta, como si encajaran en su esencia, el conjunto escalonado de medidas a disposición de aquellos a quienes se les confiere la llave de lo excepcional.

El dilema estado de alarma *versus* estado de excepción y el que se deriva de él, limitación *versus* suspensión de derechos, son un síntoma inequívoco de las debilidades congénitas de la regulación de la excepción, un «subsistema» concentrado de previsiones y «remedios» (y también de cautelas) al que acaso le exigimos rendimientos, en términos de ordenación y certeza, que están fuera de su alcance.

En las páginas que siguen contemplamos algunas de las «distorsiones» interpretativas que se han generado a partir de los desarrollos normativos de la excepción y abogamos por la aprobación de una Ley Orgánica de Emergencias Sanitarias que, extrayendo enseñanzas de cuanto nos ha tocado vivir a lo largo de estos meses, rinda tributo a la causa de una normalidad previsoras y consecuentes.

II. UNA LEY PARA MOMENTOS DE ANOMALÍA CONSTITUCIONAL

Los estados excepcionales confieren al Gobierno las herramientas necesarias para hacer frente a situaciones, incluso duraderas, de anomalía constitucional como las que ha desencadenado la pandemia en la que todavía estamos inmersos. Para eso se articuló en la Constitución un núcleo regulatorio básico de la excepción y se previó la necesidad de completarlo mediante la correspondiente ley orgánica. Dicha ley orgánica, la reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), reparte competencias entre el Gobierno y el Congreso, estatuye las circunstancias desencadenantes de cada una de las situaciones de excepción y contempla un conjunto de posibilidades de actuación y de limitaciones con la mira puesta en la recuperación de la normalidad en el menor tiempo posible. Lo primero que esta Ley dice es que dichos estados sólo podrán ser declarados «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (artículo 1.1). Hablamos, pues, de un Derecho Constitucional urgido por la emergencia y destinado a combatirla en las condiciones y con los límites que la propia ley va desgranando para cada uno de los estados excepcionales.

Las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», son uno de los escenarios para los que la LOAES, a título ejemplificativo, prevé la posibilidad de declarar el estado de alarma, contemplando la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda adoptar una serie de medidas restrictivas de derechos [artículos 4.b), 11 y 12]. Como la Constitución no predetermina los escenarios de crisis que justifican la declaración de cada uno de los estados de excepción, el legislador bien podría sacar este tipo de emergencias de la LOAES. De esta manera, en el futuro se podría afrontar situaciones de crisis sanitaria como las que ha generado el Coronavirus, sin necesidad de declarar el estado de alarma. ¿Hay razones que justifiquen una estrategia semejante? Y ¿es ella preferible con respecto a la que necesariamente ha de discurrir por los márgenes de lo excepcional? A nuestro juicio, sí resulta posible hacerlo desde el punto de vista constitucional y ello por las razones que intentaremos ir desgranando a continuación.

Antes hemos de advertir que sacar las crisis sanitarias del ámbito de la LOAES lleva consigo algún riesgo, pues uno de los elementos esenciales del Derecho de emergencia es la disposición de mecanismos de garantía para evitar la perpetuación de las atribuciones extraordinarias, en manos de la autoridad gubernativa, dirigidas a combatir la emergencia en la medida estrictamente necesaria para revertirla. En el caso del estado de alarma, la LOAES ordena que el Gobierno dé cuenta al Congreso de los Diputados de tal declaración, suministrándole la información que le fuera requerida (artículo 8 de la LOAES), así como la necesidad de solicitar su autorización expresa para alargar en el tiempo la vigencia de la misma, pudiendo, en este caso, la Cámara «establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga» (artículo 6.2 de la LOAES). Por ello, si el legislador decidiera sacar las crisis sanitarias del ámbito de la LOAES, contemplando igualmente la posibilidad de que la autoridad gubernativa limitara el ejercicio de determinados derechos y libertades en aras de la salud pública, la ley *ad hoc* que en este sentido se aprobara habría de articular los procedimientos oportunos al objeto de garantizar la necesidad, transitoriedad y proporcionalidad de tales medidas.

Esta ley específica para catástrofes sanitarias tendría que ser también orgánica si las medidas en ellas contempladas afectasen directamente al ejercicio de los derechos restringidos, y no podría contravenir las condiciones que, en relación con la posibilidad de suspender derechos, se establecen en el artículo 55 CE.

III. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS COMO LÍMITE AL ESTADO DE ALARMA (ARTÍCULO 55 CE)

El Capítulo V del Título I de la Constitución lleva como rúbrica «de la suspensión de los derechos y libertades», y está conformado por un solo artículo, el

55. Este precepto está dividido en dos párrafos, el primero señala los derechos que pueden quedar «suspendidos» cuando se acuerda la declaración del estado de excepción o de sitio, y el segundo alude a una serie de derechos que «de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario» podrían quedar «suspendidos para personas determinadas» si fueran sospechosas de pertenecer a bandas armadas o terroristas¹.

Esto es, de acuerdo con el artículo 55 CE, la suspensión individualizada de derechos tan solo se contempla para el caso previsto en el párrafo segundo [bien claro lo subraya: «de forma individual (...) para personas determinadas»], mientras que, en el párrafo primero, la suspensión que se contempla no es *ad personam* sino que se extiende a quienes se encuentren en el ámbito afectado por la declaración de los estados de excepción o de sitio². La suspensión de derechos no se prevé para el estado de alarma.

Que la Constitución no permita la suspensión de derechos en el estado de alarma no significa que, declarada la misma, el Gobierno no pueda restringirlos. Concretamente, por lo que ahora nos atañe, la posibilidad de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» se prevé en el artículo 11.a) de la LOAES.

La cuestión principal que resuelve la STC 148/2021, de 14 de julio, es si la restricción que el Real Decreto 463/2020 impuso en su artículo 7 fue de tal intensidad que en la práctica suspendió este derecho para la mayoría de la población. Para seis de los once magistrados así fue, mientras que cinco de ellos, en sus votos particulares, consideran que lo que hubo fue una limitación intensa pero necesaria y proporcionada de tal libertad³. Del contenido atribuido a las expresiones jurídicas «limitar» o «suspender» dependía el fallo de esta sentencia.

1 Este precepto conformaría «la Constitución suspendible» (CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 48).

2 Como es sabido, rigiendo la Constitución de 1978 sólo se ha declarado el estado de alarma. Nunca, los estados de excepción o de sitio. El primero de ellos no es referido en el artículo 55.1 CE. Con todo, permítasenos apuntar que, aunque la Constitución señala en el artículo 116.2 que el decreto que lo declare «determinará el ámbito territorial a que se extiende los efectos de la declaración», el decreto que declaró el estado de alarma en diciembre de 2010 no sólo precisó el ámbito territorial, sino también el «material» y el «subjetivo». Concretamente, el encabezamiento del artículo 2 del RD 1673/2010, de 4 de diciembre, decía «Ámbito territorial y material» y rezaba así: «La declaración de Estado de Alarma afecta, en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por la entidad pública empresarial “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)”». Y el artículo 3, con el epígrafe «Ámbito subjetivo», ordenó que «todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasa[ban] a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar». Los decretos en los que se ha declarado el estado de alarma en 2020 con motivo de la pandemia del Covid sólo se refirieron al ámbito territorial todo el territorio nacional.

3 La STC 148/2021, de 14 de julio, declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 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.

IV. SOBRE EL DIFERENTE SIGNIFICADO QUE LA STC 148/2021 CONCEDE A LA ACCIÓN DE SUSPENDER O LIMITAR UN DERECHO

Para determinar si el Gobierno había sobrepasado el límite que el artículo 55.1 CE impone en relación con la posibilidad de suspender derechos y libertades, el Tribunal Constitucional tenía que explicar lo que entiende por limitar y suspender, y en este sentido la mayoría decide que esta última acción viene a ser una especie dentro del género que la primera representa: «conforme a los Diccionarios de la lengua española y Panhispánico del español jurídico, los términos «limitación» o «restricción» hacen referencia, en última instancia, a la «acción y efecto» de «reducir a menores límites» algún «derecho o facultad»; mientras que la «suspensión» implica una «cesación» o privación «temporal», que «impide temporalmente el ejercicio de un derecho», lo que solo está permitido en los casos previstos en el artículo 55.1 CE.

Esto es, para seis de los once magistrados, una suspensión es «una limitación o restricción especialmente cualificada»⁴; luego la clave para distinguir lo que significa suspender y limitar está en la mayor o menor intensidad de la restricción que sobre el derecho afectado se imponga. Entendida la diferencia de esta manera, estos magistrados convienen en que la restricción de la libertad de circulación ordenada en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, fue de tal intensidad que, *de facto*, suspendió de manera generalizada el ejercicio del derecho⁵. Los cinco magistrados firmantes de votos particulares no lo consideraron así.

El Presidente del Tribunal Constitucional, Juan José González Rivas coincide con Conde-Pumpido Tourón cuando sostiene que la suspensión no «es un concepto sustantivo» sino formal. Esto es, tiene lugar cuando expresamente así se declara. Como él, también afirma que la suspensión supone sustituir la vigencia del derecho suspendido por el régimen jurídico que, a juicio del poder público habilitado para ello, conviene a la situación de emergencia, lo que no sucedió en este caso⁶. Igualmente comparte con el citado magistrado —y en este punto, con la mayoría del Pleno que votó a favor de la declaración de inconstitucionalidad—, que «el estado de alarma habilita al Gobierno para acordar restricciones de derechos fundamentales superiores en intensidad a las que resultan admisibles en una situación ordinaria», pero siempre que tales restricciones no alteren el contenido esencial del derecho, límite que «debe continuar operando

⁴ STC 148/2021, FJ. 3: «De este modo, y en lo que hace al concreto ámbito de los derechos fundamentales, la suspensión —que es, sin duda, una limitación— parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que sólo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas, al margen de la suspensión».

⁵ STC 148/2021, FJ. 3.

⁶ Apartado segundo del voto particular.

como frontera insuperable»⁷. El Presidente del Tribunal Constitucional concluye afirmando que, observado ese límite, la constitucionalidad de las medidas ordenadas hubiera debido determinarse en función de «si las restricciones a la libertad deambulatoria obedecían a finalidades legítimas y si se orientaban a ellas de una manera necesaria y proporcionada»⁸.

Andrés Ollero Tassara coincide con los cuatro votos particulares que además del suyo acompañan a esta sentencia en lo que respecta a la diferente naturaleza de los motivos que justifican la declaración de un estado de emergencia u otro, así como en la idea de que la decisión sobre la constitucionalidad o no de la medida hubiera debido de adoptarse en función del principio constitucional de proporcionalidad⁹.

En el más extenso de los cinco votos particulares, J. A. Xiol Ríos coincide con todos los magistrados (también con los de la mayoría) en que las medidas adoptadas para combatir la pandemia fueron necesarias y proporcionadas. Subraya que el tipo de declaración que proceda (alarma o excepción) depende de la naturaleza de las circunstancias que haya que salvar, no de la gravedad de la crisis ni de las medidas que deban ser implementadas para resolver la situación¹⁰.

Por lo que se refiere a la diferencia entre limitar y suspender un derecho, recuerda que la STC 83/2016 (FJ. 8) ya señaló que, por fuerte que fuera la restricción, ambas «son instituciones jurídicas diferentes, cada una de ellas con un régimen jurídico propio». Con este argumento trata de desmontar la tesis de la suspensión *de facto* que defiende la mayoría del Pleno: una limitación de un derecho no deviene en suspensión aún cuando la medida restrictiva suponga la cesación temporal del ejercicio del mismo, esto es, aunque las limitaciones impuestas sean tan intensas que puedan «conllevar un vaciamiento de hecho del contenido del derecho»¹¹.

Por último, Xiol Ríos, al igual que González Rivas y Conde-Pumpido Tourón, entiende que la suspensión del derecho exige una declaración que exprese así la ordene (parágrafo 14). Este argumento, sin embargo, no se compadece

7 Apartado tercero del voto particular.

8 Apartado tercero del voto particular.

9 Par. 5 del voto particular.

10 A diferencia de lo que la sentencia señala, él no está de acuerdo «en concebir los estados de alarma y excepción como diferentes grados de una misma situación de emergencia» sino que entiende que debe ser la naturaleza que provoca la grave alteración de la normalidad la que determine el tipo de estado a declarar. Así se deriva, señala, de los debates constituyentes y de una interpretación conjunta de los artículos 24, 28 y 29 de la LOAES (par. 3, 4, 6, 8 y 10).

11 Xiol Ríos advierte que, cuando un derecho está suspendido, deja de existir como tal para tener solo el alcance que le concedan las leyes orgánicas a las que se remiten los artículos 55.2 y 116 de la CE. Y en cuanto al distinto régimen jurídico de uno y otro, subraya que la Constitución fija para el estado de excepción una duración máxima de sesenta días que no tiene el estado de alarma y cómo los derechos que el artículo 55.1 CE permite suspender no tendría sentido si la anomalía constitucional tuviera su origen en las situaciones que el artículo 4 contempla para el estado de alarma (par. 5, 11 y 14 a 19 del voto particular). Los magistrados González Rivas y Conde-Pumpido Tourón también subrayan este aspecto.

bien con el que esgrime en su voto particular algo más adelante, cuando sostiene que si la inconstitucionalidad se fundamenta en que el estado que debió de ser declarado fue el de excepción y no el de alarma a la luz de la suspensión de derechos *de facto* ordenada, tal vicio habría quedado subsanado cuando el Congreso de los Diputados, por una mayoría superior a la necesaria para declarar el estado de excepción, prorrogó el estado de alarma¹².

C. Conde-Pumpido Tourón entiende que lo que hubo fue «una restricción intensa de un derecho fundamental». A tal efecto, explica que la diferencia entre suspender o limitar no es gradual, es decir, no tiene que ver con la mayor o menor intensidad de la restricción que se aplique sobre el derecho, sino que se trata de «dos categorías jurídicas distintas»¹³. En este sentido, advierte que un derecho suspendido, además de exigir una declaración formal que así lo dijera¹⁴, ya no sería «un derecho configurado por la Constitución»¹⁵. Esto es, la suspensión «se debe identificar con la supresión temporal del derecho o, si se quiere decir de manera distinta, con el desplazamiento circunstancial o *pro tempore* de la norma constitucional, de tal modo que el régimen jurídico-constitucional del derecho suspendido, incluyendo sus garantías, pasaría a ser sustituido por el régimen que establezca, para los estados de excepción y sitio, aquella ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (así lo hace hoy la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), sobre todo en sus artículos 16 a 23)»¹⁶.

12 Par. 14, 42 y 45 de voto particular.

13 En su voto particular, C. Conde-Pumpido Tourón considera que ese entendimiento «gradualista o cuantitativo» entre uno y otro es equivocado y «genera una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión» (apartado primero). El magistrado califica de «puro formalismo jurídico» que la sentencia haya basado la declaración de inconstitucionalidad en que el instrumento jurídico utilizado para restringir el derecho tenía que haber sido el estado de excepción, no el de alarma (apartado sexto).

14 Apartado segundo del voto particular de Conde-Pumpido Tourón. También el Presidente González Rivas advierte que la suspensión a la que alude el artículo 55.1 CE exige que formalmente así se declare (apartado segundo de su voto particular).

15 Conde-Pumpido Tourón señala en el apartado segundo de su voto particular que un derecho suspendido, además de exigir una declaración formal en ese sentido, no sería ya «un derecho configurado por la Constitución, por más que la ordenación legislativa de su ámbito propio (ex art. 116.1 CE) no pudiera incurrir en arbitrariedad».

16 Apartado segundo del voto particular de Conde-Pumpido Tourón, donde añade: «Así, en tales estados de crisis (excepción y sitio) los derechos suspendidos perderían su condición de derechos constitucionales. Se produciría una supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional. Los correspondientes ámbitos de libertad pasarían a estar intervenidos y regidos, porque así lo habría querido la Constitución para estas situaciones extremas, por lo dispuesto en la ley orgánica a la que la propia norma fundamental se remite. Un derecho «en suspenso» no sería, en definitiva, un derecho configurado por la Constitución, por más que la ordenación legislativa de su ámbito propio (ex art. 116.1 CE) no pudiera incurrir en arbitrariedad». Por el contrario, la restricción que el estado de alarma puede ordenar puede suponer que el derecho «quede con carácter general disminuido, incluso de modo drástico, por el Real Decreto de declaración de dicho estado, pero sin que desaparezcan algunas de las garantías constitucionales de aquel contenido como es la del sometimiento de tal restricción al cumplimiento del principio de proporcionalidad».

En definitiva, para este magistrado, «lo que diferencia a ambas categorías (suspensión y limitación) es la sustitución, entre otras, del régimen de garantías al que se someten las limitaciones de un concreto derecho y no el grado de intensidad o la generalidad de estas»¹⁷. Una y otra operan en planos jurídicos diferentes: «la primera, para los estados de excepción y sitio, produciría que el derecho fundamental suspendido pierda eficacia temporalmente y sea sustituida por la ordenación dispuesta por la concreta Ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE; la segunda, para el estado de alarma, produciría que el contenido del derecho fundamental restringido, quede con carácter general disminuido, incluso de modo drástico, por el Real Decreto de declaración de dicho estado, pero sin que desaparezcan algunas de las garantías constitucionales de aquel contenido como es la del sometimiento de tal restricción al cumplimiento del principio de proporcionalidad»¹⁸. A su juicio, a la vista de las circunstancias, la «extrema constricción de la libertad de circulación» ordenada por el artículo 7 del Decreto impugnado fue idónea y proporcionada al objeto de proteger la salud pública¹⁹.

La magistrada M.L. Balaguer Callejón reconoce que la diferencia entre una acción y otra no es clara, advirtiendo que, si fuera posible una definición capaz de distinguirlas, adolecería de una elevada carga de subjetividad. Dicho esto, al fijar su posición, la magistrada considera que no hubo suspensión porque «la restricción de movimientos no fue absoluta, en la medida en que se contemplaban un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio»²⁰, subrayando que si el juicio de constitucionalidad se hubiese realizado en función de la proporcionalidad de las medidas adoptadas para frenar al virus, «la solución hubiera sido mucho más comprensible y objetiva»²¹.

Vistas todas las opiniones, comprobamos que no hay discrepancias en cuanto a que las medidas adoptadas fueron necesarias y proporcionadas al grado de amenaza que el virus representaba. Salvo lamentables excepciones, fue unánime la convicción, avalada por la comunidad científica, de que, a falta de una vacuna, el

17 Apartado segundo del voto particular.

18 Apartado segundo del voto particular.

19 Apartado tercero del voto particular.

20 Dice M.L. Balaguer Callejón en el apartado tercero de su voto particular: «Un recorrido por las reflexiones de la doctrina constitucionalista a este respecto nos permitiría comprobar fácilmente que ni suspensión ni limitación son conceptos cerrados, autónomos o absolutos. No hay definiciones claras ni incontrovertidas de estos conceptos. Muchos autores las consideran útiles y entienden que son limitaciones de intensidad distinta en relación con un derecho fundamental, otros evitan recurrir a ellas y prefieren reflexionar en clave de límites al contenido esencial de los derechos, y algunos otros consideran que resulta más apropiado recurrir a fórmulas de interpretación de objetividad contrastada y uso habitual por los tribunales internacionales como, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de los límites de los derechos.// A mi juicio, no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión y, aunque lo fuera, creo que la sentencia tampoco lo consigue. De modo que la calificación del confinamiento domiciliario como medida suspensiva de la libertad deambulatoria, termina por parecer un ejercicio de voluntarismo cargado de subjetividad, entre otras razones porque olvida que la restricción de movimientos no fue absoluta, en la medida en que se contemplaban un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio.»

21 Apartado tercero del voto particular de la magistrada Balaguer Callejón.

tratamiento de choque frente a un virus tan contagioso y letal no podía ser otro que la restricción máxima de los movimientos de la población. Sobre lo que gira el juicio de constitucionalidad es sobre la posibilidad de ordenar en un estado de alarma la restricción de movimientos que el Real Decreto 463/2020 impuso. Y al respecto, la diferencia básica entre los magistrados se encuentra en que los disidentes consideran que a la vista de la naturaleza de la calamidad a la que había que hacer frente, solo el estado de alarma era el que podía ser declarado, pues el estado de excepción se contempla en el artículo 13 de la LOAES para otro tipo de situaciones que nunca se dieron con motivo de la pandemia.

Las diferencias sobre si la restricción de movimientos ordenada fue o no *de facto* una suspensión de derechos no es una discusión bizantina, pero la verdad es que, al ser una consideración con una elevada carga de subjetividad, como advierte la magistrada Balaguer Callejón, no contribuye demasiado a una solución consensuada del problema²². Los magistrados disidentes advierten, por una parte, que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no declaró, formalmente, suspendido el derecho, y, por otra, que el artículo 7 no lo restringió absolutamente. La mayoría del Pleno no opinó de esta manera.

V. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN NO FUE UNA OPCIÓN POSIBLE

A nuestro juicio, la intensa restricción de movimientos ordenada por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 suspendió, efectivamente, una libertad que, de acuerdo con el artículo 55.1 CE, no se puede suspender con el estado de alarma.

De conformidad con la norma impugnada, la libertad de circulación quedó anulada, pues ni siquiera quienes podían abandonar sus casas podían ejercer tal derecho en libertad sino exclusivamente para atender las actividades que justificaban sus desplazamientos. El Gobierno, además de restringir los movimientos, sometiendo nuestras salidas del domicilio a estrictas condiciones de horario y

22 Al calor de los acontecimientos, la doctrina se pronunció en prensa sobre si las medidas adoptadas encubrían o no de hecho una suspensión de derechos y, en consecuencia, sobre la idoneidad del tipo de estado excepcional declarado por el Gobierno. Entre otros, entendieron que, por no tratarse de una crisis de orden público, y porque no hubo suspensión de derechos, el estado de alarma era el que efectivamente procedía: CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», *El País*, 17 de abril de 2020; TAJADURA TEJADA, J., «Derecho de crisis y Constitución», *El País*, 20 de marzo de 2020; MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a L., «¿Es el estado de alarma en España un estado de excepción encubierto?», *The Conversation*, 2 de abril de 2020; ARROYO GIL, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», GARRIDO LÓPEZ, C., *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza: Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza (DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0001>). Entre quienes advirtieron que en el estado de alarma no encajaban las restricciones de derechos que el Decreto ordenaba: DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020 (<https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>); ARAGÓN REYES, M., «Hay que tomarse en serio la Constitución», *El País*, 10 de abril de 2020, entre otros.

finalidad, ordenó que nos quedáramos en casa. Por eso entendemos que aquel confinamiento *sine die* y hasta nueva orden fue algo más que una fuerte limitación del derecho. Si tal cosa se admite, entonces la declaración de inconstitucionalidad está servida, pues el artículo 55.1 CE sólo permite la suspensión de este derecho en los estados de excepción y sitio.

¿Debió entonces el Gobierno declarar el estado de excepción? Los recurrentes así lo entienden, y la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional les dan la razón. Pero con ello no queda resuelta, ni mucho menos, la encrucijada, puesto que con igual claridad que podemos considerar sobrepasadas las posibilidades restrictivas propias de la alarma, también consideramos que el escenario provocado por la pandemia no encaja en el supuesto que el artículo 13 de la LOAES esboza para la declaración del estado de excepción.

Como ya sabemos, una de las cuestiones planteadas en el recurso de inconstitucionalidad que resuelve la STC 148/2021 es si dadas las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, el Gobierno hubiera debido declarar el estado de excepción y no el de alarma. Lo primero que al efecto advierte la STC 148/2021, es que «la Constitución no perfila en particular la distinción sustancial entre estado de alarma y estado de excepción más allá de permitir, en su artículo 55.1, la suspensión de ciertos derechos en este último» (FJ. 11). Como ya hemos recordado, es la LOAES, no la Constitución, la que ha determinado los escenarios en los que cabe declarar uno u otro estado.

El artículo 4.b) de la LOAES expresamente señala que el estado de alarma es el que corresponde declarar cuando se trate de hacer frente a «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», por lo que el supuesto de hecho (la pandemia) encaja perfectamente en la previsión normativa.

Por lo que al estado de excepción se refiere, el artículo 13 de la LOAES establece que podrá ser declarado «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».

Que una crisis, en principio sanitaria, pueda devenir en alguno de los escenarios descritos en este precepto, es una hipótesis perfectamente posible. Así lo entienden los recurrentes, que sostienen que el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales resultó tan gravemente alterado que debió ser el estado de excepción el declarado, y no el de alarma.

La mayoría de seis de los once magistrados del Tribunal Constitucional concuerda en esto. Para ellos, la crisis del Coronavirus efectivamente paralizó la actividad económica, política y social del país, lo que supuso una grave alteración del orden público, razón por la que, el estado de excepción podría haber sido declarado. Esto no significa, advierte el Tribunal Constitucional, que la declaración del

estado de alarma no se ajustara al escenario previsto en el artículo 4.b) de la LOAES. Lo que la sentencia reprocha es la restricción de la libertad de movimientos que el Gobierno impuso en el marco de este concreto estado de emergencia.

La STC 148/2021 comienza recordando que mientras el artículo 4 de la LOAES se refiere «a una serie de circunstancias fácticas como *causas* que legitima[an]» la declaración del estado de alarma (catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos, desabastecimientos), teniendo todas ellas en común «la ausencia de motivación política», no sucede lo mismo con el estado de excepción, pues el artículo 13.1 del mismo texto legislativo no identifica la naturaleza de una realidad concreta al referirse al escenario que puede justificar tal declaración, como hace el artículo 4, sino que centra el motivo de la declaración en problemas de orden público con notorias connotaciones políticas²³.

Al hilo de esta consideración, el Tribunal Constitucional advierte que si bien cada uno de los estados contemplados en el artículo 116.1 CE comporta un distinto grado de intensidad en cuanto a las medidas posibles que con ellos cabe adoptar, no son «compartimentos estancos e impermeables»²⁴. Por ello, «aunque la causa primera de la perturbación [fuera] una epidemia», la perturbación del orden constitucional por ella causada «se ajustaba también a los efectos (...) que [hubiesen justificado] la declaración de un estado de excepción» (FJ. 11)²⁵. En

23 STC 148/2021, FJ. 11, citando el ATC 40/2020, FFJJ 2 y 4.

24 Véase cómo el artículo 28 de la citada Ley Orgánica permite, por ejemplo, que estando declarado el estado de excepción, el Gobierno pueda implementar medidas propias del estado de alarma si es que también se dan algunas de las circunstancias previstas en el artículo 4. En relación con la distinta intensidad de las medidas que caben adoptar en un estado y otro, algunos de los votos particulares se refieren a esta cuestión. Por ejemplo, A. Ollero Tassara advierte que mientras que el estado de excepción permite afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales (tanto, que la Constitución permite la suspensión de alguno de ellos, añadimos nosotros), en el estado de alarma esa restricción se manifestaría inconstitucional solo cuando se apreciara la desproporcionalidad del límite (par. 7 del voto particular).

25 STC 148/2021, FJ. 11: «Así las cosas, resulta claro 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. Como apunta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su mencionada Decisión de 20 de mayo de 2021 (Terhes c. Rumanía), «no cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 puede tener efectos muy graves no solo para la salud, sino también para la sociedad, la economía, el funcionamiento del Estado y la vida en general» (§ 39). Cuando 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. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad.// En definitiva, tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema

esta dirección una parte de la doctrina defiende esta teoría gradualista, según la cual, ante circunstancias extraordinarias que puedan encajar tanto en los supuestos del estado de alarma como en los del estado de excepción, habrá que declarar este segundo si la situación exige la suspensión de alguno de los derechos del artículo 55.1 CE²⁶.

Como ya hemos adelantado, los magistrados que votan en contra de la declaración de inconstitucionalidad consideran que los estados de excepción han de ser declarados en función de la naturaleza de la amenaza que provoca la situación de anormalidad. Especialmente incisivo a este respecto es Xiol Ríos, quien advierte que «carecería de sentido que para afrontar una crisis en la que no se encuentra afectada la seguridad ciudadana se pudieran suspender los derechos a los que hace referencia el artículo 55.1» (parágrafo 9). La suspensión de tales derechos sólo estaría justificada ante una gravísima alteración del orden público, entendiendo por tal aquellas situaciones que comprometan la seguridad ciudadana²⁷.

Por tal razón también, M. L. Balaguer Callejón apunta en su voto particular que, mientras que las medidas previstas para el estado de alarma están principalmente encaminadas a gestionar la crisis material que está en el origen de la situación de anormalidad que se trata de revertir, el estado de excepción se asocia con la adopción de medidas claramente restrictivas (o suspensivas) de determinados derechos que, ejercidos de forma ordinaria en un contexto de crisis constitucional, podrían reforzar esa situación de alteración del orden público que se trata de combatir. Para la magistrada, si las causas que pueden conducir a la declaración

(suspensión, en los términos razonados en el FJ 5) de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la «previa autorización del Congreso de los Diputados» prevista en el art. 116.3.// Una opción diferente llevaría a desfigurar la apuntada distinción constitucional. En efecto, si, en cuanto a sus causas, la alarma sirve tanto para resolver conflictos «político-sociales» (como el de los controladores, militarizando su organización y su estatuto jurídico); como para afrontar circunstancias naturales, como una epidemia, «de dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles»; y si, en cuanto a sus efectos, permite confinar a los ciudadanos y restringir la actividad de los comercios, escuelas e industrias, vaciando de contenido algunos derechos para gran parte —la mayoría— de la población, porque no existe una suspensión formal, sino una mera limitación, por intensa que sea, se estaría violentando la distinción constitucional y convirtiendo la alarma en un sucedáneo de la excepción, pero no sometida a la «previa autorización» parlamentaria. Se estaría, en otros términos, 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».

26 Véase en este sentido, SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 116», GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 2001, p. 1776; GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020, p. 378; ARROYO GIL, A., *ob. cit.*, p. 17.

27 Xiol Ríos sostiene que de los artículos 24.2 y 29 de la LOAES se deriva que el concepto de orden público presente en el artículo 13 de la LOAES apela a la idea de seguridad pública o de seguridad ciudadana, esto es, a actuaciones realizadas de manera deliberada que afectan de modo grave a la convivencia pacífica de la sociedad (par. 11 y 12). Se trata de la tesis de CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, pp. 93-128, concretamente en pp. 99-100: los tres estados de excepción no obedecen a una lógica gradualista sino a una emergencia específica, es decir, son tres institutos diferentes y no tres fases de una misma operación de defensa de la seguridad interior del Estado.

de un estado de alarma o excepción son distintas, la declaración del primero de ellos no puede, por su magnitud, justificar que el otro sea declarado.

En parecidos términos se expresa el magistrado C. Conde-Pumpido Tourón: la diferencia entre suspender y limitar no es gradual, sino que se trata de dos categorías jurídicas distintas. Para ambos, si la pandemia no generó un problema de orden público, ni la declaración del estado de alarma fue una decisión política en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos o del buen funcionamiento de las instituciones democráticas, de acuerdo con el artículo 13 de la LOAES, no cabía la declaración del estado de excepción.

Por nuestra parte, compartimos esto. Tal y como están configurados en la LOAES, cada uno de los estados obedece a motivos diferentes²⁸, lo que no significa que la circunstancia que motive la declaración del estado de alarma no pueda degenerar en un problema de orden público que justifique la declaración del estado de excepción, pero este no fue el caso²⁹. La declaración del estado de excepción por motivo, exclusivamente, de la crisis sanitaria del Coronavirus no hubiese encajado en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 13 de la LOAES. Este estado de emergencia está previsto para circunstancias de otra naturaleza.

Esta posición entendemos que es conforme con el concepto de «orden público» que maneja el Tribunal Constitucional, que, reconociendo que se trata de un concepto «poco nítido», advierte que, en todo caso, «comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente»³⁰. Que la normalidad para la que en principio está prevista la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico se vio gravemente alterada por esta crisis sanitaria es algo que esta fuera de toda duda. La pandemia activó el modo de emergencia para el que los estados excepcionales están pensados, pero no degeneró en graves altercados de orden público, que es el escenario previsto para el

28 En este sentido, CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 51. También, TORRES MURO, I., «Artículo 116», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAHAMONDE, M. E., *Comentarios a la Constitución española*, Madrid: BOE-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, Tomo II, p. 632.

29 El estado de alarma también es el previsto para circunstancias que pudieran derivar de un conflicto político o social. Así, el artículo 4 de la LOAES advierte que sería el estado a declarar si se diera una situación de paralización de los servicios públicos esenciales, si concurriera además alguna de las otras circunstancias contempladas en este precepto [artículo 4.c)] o si el problema fuera una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad [artículo 4.d)]. La naturaleza de estas circunstancias no sería muy distinta a las que se prevén en el artículo 13 de la LOAES para la declaración del estado de excepción. Ante un escenario como este, la declaración de uno u otro estado dependería de lo amenazada que estuviera el orden público, esto es, la seguridad ciudadana. Sobre la posibilidad de declarar el estado de alarma «frente a ciertos tipos de conflictividad social que no exigieran la suspensión de garantías», véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n.º 11, 1981, pp. 83 a 116, concretamente, p. 95. En este sentido también, GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», cit., p. 379, y ARROYO GIL, A., *ob. cit.*, p. 19.

30 STC 46/2020, de 15 de junio, FJ. 4.

estado de excepción³¹. Más bien al contrario, la amenaza unió a la población como pocas veces lo estuvo antes. El virus no provocó un terremoto social o político ni desestabilizó las instituciones. Fue una gravísima crisis sanitaria lo que hubo afrontar.

En lógica consecuencia, entendemos que el estado de excepción, o cualesquiera de los otros dos, no se declara en función de las medidas a adoptar sino en función del tipo de emergencia, o de la naturaleza de las circunstancias a las que haya que hacer frente. Por eso consideramos que declarar el estado de excepción hubiera sido inconstitucional, pues la pandemia no generó el escenario que el artículo 13 de la LOAES contempla para la declaración de ese estado.

Dicho esto, y a mayor abundamiento, no cabe duda de que la situación de emergencia que el Coronavirus provocó exigía adoptar una serie de decisiones con la máxima urgencia. Y en este sentido hay que recordar que mientras que para declarar el estado de alarma basta con que así lo acuerde el Consejo de Ministros, dando luego cuenta al Congreso de los Diputados, la declaración del estado de excepción exige la previa autorización de la Cámara Baja, lo que, sin duda, hubiera retrasado la declaración (artículos 162 y 163 de su Reglamento). Por esta razón, que podemos llamar de agilidad, también consideramos que fue correcta la declaración del estado de alarma.

Y aunque no sea ningún argumento de constitucionalidad, también conviene recordar que el Congreso de los Diputados autorizó sin ningún voto en contra la primera prórroga del estado de alarma, convalidando la restricción de la libertad de movimientos que el Gobierno había ordenado. No se trata, desde luego, de una razón que pueda sanar ningún vicio de validez, pero tampoco podemos olvidar que así fue. El mismo Grupo Parlamentario que plantea el recurso de inconstitucionalidad no votó en contra de la primera prórroga del estado de alarma en los términos en los que se hizo, se opuso a partir de entonces.

El Tribunal Constitucional reconoce que, efectivamente, a la luz del artículo 4 de la LOAES, el de alarma es el estado de emergencia adecuado para hacer frente a una epidemia, pero advirtiendo que las medidas que con él se pueden adoptar para hacer frente a tal situación no pueden ir más allá de las

31 En este sentido el magistrado Xiol Rios advierte que el estado de excepción solo procede en aquellos casos en los que haya una «grave alteración de la normalidad» debido a «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» (par. 6 del voto particular). También en este sentido se expresa la magistrada M.L. Balaguer Callejón: el estado de excepción trata de hacer frente a una alteración de orden público de tal magnitud «que solo sería reconducible mediante la declaración de un estado de excepción que prevea una severa limitación de los derechos individuales». Para ambos, esta situación en ningún momento se dio, por lo que nunca hubiera procedido el estado de excepción, opinión que compartimos.

previstas en la normativa sanitaria ordinaria relativa a lucha contra las enfermedades infecciosas (artículo 12.1 LOAES), y siempre en el marco de lo previsto en la Constitución, que no permite la suspensión de derechos cuando del estado de alarma se trata (artículo 55.1). Por ello, el Tribunal Constitucional concluye que para salvar en el futuro una situación como la vivida, desde el punto de vista constitucional, habría que operar una reforma normativa a fin de considerar las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos habilitadores para una declaración del estado de excepción, esto es, habría que sacar este supuesto del artículo 4 y llevarlo al artículo 13 de la LOAES³².

A nuestro juicio, no es el elenco de las medidas disponibles, sino la naturaleza de la emergencia lo que justifica la declaración de uno u otro estado. Por esta razón, abogamos por sacar las crisis sanitarias del marco de los estados de emergencia y por aprobar una ley sanitaria *ad hoc* que con las debidas garantías, por lo que a los derechos fundamentales que pudieran quedar restringidos se refiere, prevea la manera de afrontar las situaciones semejantes que el futuro nos pueda deparar³³.

V. EN TORNO AL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS AUTONÓMICAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La posibilidad de restringir la libertad de movimientos está prevista en la LOAES en caso de que se declaren los estados de alarma [artículo 11.a)], excepción [artículo 20.1] y sitio [artículo 32.3].

Por mandato constitucional, esta decisión compete al Gobierno en los estados de alarma y excepción (artículo 116.2 y 3) o al Congreso de los Diputados,

32 STC 148/2021, FJ. 11: «En cualquier caso, esa interpretación (que la Constitución no incorporó expresamente, aun pudiendo hacerlo) excluiría radicalmente la posibilidad de que una epidemia, por grave que resulte, habilite al Gobierno para declarar otro estado que no sea el de alarma. Le impediría, por tanto, adoptar medidas que comporten la suspensión de otros derechos, como los aquí discutidos, más allá de los supuestos expresamente previstos en la normativa sanitaria «ordinaria» relativa a la lucha contra las enfermedades infecciosas, *ex art.* 12.1 LOAES. Dicha suspensión sí sería posible en caso de declararse un estado de excepción, pero conforme a esta interpretación sería necesaria una reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción. Sólo así, pues, podría una epidemia —por grave que pueda ser— justificar la suspensión (en los términos anteriormente utilizados en el FJ 5) de la libertad deambulatoria con carácter general». Esta reflexión sobre la distinta naturaleza de los motivos que pueden dar pie a la declaración de un estado de alarma o de excepción es compartida en sus votos particulares por los magistrados María Luisa Balaguer Callejón (apartado segundo) y Andrés Ollero Tassara.

33 Algunos autores abogan más bien por una reforma de la LOAES que reescribiera los supuestos habilitantes del estado de alarma, asumiendo la posibilidad de que algunos de ellos pudieran justificar la declaración del estado de excepción si fuera necesario suspender alguno de los derechos relacionados en el artículo 55.1 CE. En este sentido, GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *cit.*, p. 401.

en el de sitio (artículo 116.4). En ninguno de ellos se contempla la intervención judicial, más que para el caso de que se impugnen «los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia» de estos estados (artículos 116.6 de la Constitución y 3 de la Ley Orgánica 4/1981). Por ello llama la atención que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) exija dicho concurso para el caso de restricciones de derechos acordadas sin la previa declaración del estado de alarma.

Como es sabido, la LRJCA fue modificada en 2020 para propiciar que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer «de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideran urgentes y necesarias para la salud pública o impliquen la limitación o restricción de los derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente» (artículo 10.8)³⁴.

Con esta modificación se permite que, en función de las circunstancias concretas de la evolución de la pandemia, y sin que el estado de alarma esté activado, cada Comunidad Autónoma pueda limitar los movimientos de personas en determinadas horas del día (toques de queda), restringir la libertad de circulación entre territorios (confinamientos perimetrales), reducir horarios comerciales y/o aforos en negocios, establecimientos, instalaciones deportivas, o lugares de reunión o de culto, o de reuniones de personas, entre otras medidas. Pero para ello se precisa que estas sean autorizadas o ratificadas (en caso de prórroga) por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

Confiar en las autoridades sanitarias del territorio la decisión de limitar derechos en función de los datos objetivos que la evolución de la pandemia vaya ofreciendo, parece razonable y adecuado. Pero la cuestión es si la medida, que se contempla en una ley ordinaria, encaja en la Constitución, lo cual dista de ser claro.

Antes de abordar esta concreta cuestión, hay que pronunciarse sobre la posibilidad de que, dentro del marco de la LOAES, esto es, declarado el estado de alarma, el Gobierno pueda delegar competencias en las Comunidades Autónomas cuando la declaración afecta a todo el territorio nacional. Por lo que a esto último se refiere, el artículo 7 de la LOAES deja bien claro que tal opción se contempla solo cuando la declaración «afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma». Por tanto, si la declaración «afecta a todo el territorio nacional» (artículo 2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y artículo

³⁴ La Disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (artículo 10.8) para atribuir esta función no jurisdiccional a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

3 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre), nos parece dudoso que quepa tal delegación³⁵.

El primero de los estados de alarma, el declarado el 14 de marzo, no contempló tal delegación de competencias, pero el segundo, el declarado el 25 de octubre, confía en la «autoridad competente delegada», esto es, en el Presidente de la Comunidad Autónoma, o de la Ciudad Autónoma (Ceuta y Melilla), la posibilidad de modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los artículos 5 a 8 del citado Real Decreto³⁶. Dado que la declaración afectó a todo el territorio nacional, entendemos que dicha delegación en términos tan genéricos no acaba de encajar en el supuesto contemplado en el artículo 7 de la LOAES.

Ahora bien, si las crisis sanitarias salieran del marco de la LOAES, desaparecería el freno que acabamos de advertir. Es cierto que la delegación de competencias en las Comunidades Autónomas generó una cierta confusión entre la población en relación con la vigencia de las medidas restrictivas en cada uno de los territorios. Sin embargo, se hubiera quebrado el principio constitucional de proporcionalidad si tales limitaciones se hubiesen ordenado para toda la población sin tomar en consideración la diferente evolución del índice de incidencia en cada una de ellas. Consideramos, en consecuencia, que se trata de una reforma necesaria. Como venimos recordando, no es la Constitución sino la ley a la que se remite el artículo 116.1 CE —la LOAES— la que determina los aspectos esenciales del denominado Derecho de emergencia.

Por lo que se refiere a la constitucionalidad del artículo 10.8 de la LRJC, en relación con la intervención de los Tribunales Superiores de Justicia, para el establecimiento o ratificación de las medidas restrictivas de derechos que las Comunidades Autónomas consideran convenientes para hacer frente a la pandemia, la

³⁵ Muy crítico con esta delegación de competencias en las Comunidades Autónomas ha sido Manuel ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», en BIGLINO CAMPOS, P., DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza: Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, pp. 8 y ss. A favor, sin duda, de tal posibilidad, se ha mostrado, entre otros, BAÑO LEÓN, José María, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», publicado el 29 de octubre de 2020 en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>.

³⁶ Todo ello con el alcance y ámbito territorial que se determine, y a la vista de los indicadores sanitarios (artículos 10 y 13 del RD 926/2020, de 25 de octubre). Por tanto, la autoridad delegada competente asume la facultad de limitar la libre circulación de las personas en horario nocturno (artículo 5); de limitar de entrada y salida de la Comunidad Autónoma, y de las dos Ciudades Autónomas, así como de ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior (artículo 6); de limitar las reuniones a un máximo de seis personas, sean espacios públicos o privados (a excepción de los convivientes), pudiendo los autoridad autonómica reducir este número cuando la evolución de la epidemia lo justificara, y sin que esta limitación pudiera afectar al derecho constitucional de reunión o manifestación, cuando quedaran garantizadas las medidas de distanciamiento personal necesarias para evitar el contagio, ni tampoco para las actividades laborales (artículo 7); de limitar la permanencia de personas en lugares de culto (artículo 8); y también de «imponer en su ámbito territorial la realización de las prestaciones personales obligatorias que resulten imprescindibles en el ámbito de sus sistemas sanitarios y sociosanitarios para responder a la situación de emergencia sanitaria» (artículo 11). Tales medidas no podrán tener una duración inferior a siete días naturales, señala el artículo 9.1 del RD 926/2020.

duda es la advertida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid cuando entendió que al no estar activado el estado de alarma no era posible el confinamiento perimetral de las localidades que se solicitaba, lo que motivó que el 9 de octubre de 2020 el Gobierno de la nación tuviera que declararlo para algunos municipios de esa Comunidad Autónoma, incluida la capital.

A favor de la intervención judicial en la decisión de limitar o restringir la libertad de circulación se puede argüir que en puridad el poder judicial no interviene en la adopción de tal decisión política, sino que su función se reduce a verificar que la medida restrictiva ha sido justificada por la autoridad sanitaria competente, y que existe una relación de proporcionalidad entre la misma y la finalidad de proteger de la salud pública.

Por otra parte, además de la función jurisdiccional que la Constitución confía al Poder Judicial, el artículo 117.4 CE permite atribuir por ley a juzgados y tribunales otras funciones en garantía de cualquier derecho, por lo que esta tarea de verificación de la idoneidad y proporcionalidad de las posibles medidas restrictivas que la autoridad gubernativa podría adoptar tiene, sin duda, esta cobertura constitucional³⁷. Pero las dudas vienen por otros motivos:

Para hacer frente a epidemias y otras enfermedades infecciosas, la legislación ordinaria permite la adopción de medidas restrictivas de derechos aplicables *ad personam* (esto es a uno o varios particulares identificados de manera individualizada). Por ello, como para combatir la pandemia urgía inmovilizar al conjunto de la población, el Gobierno tuvo que declarar el estado de alarma, pues ninguna ley sanitaria permitía una limitación de tal alcance³⁸.

37 En función de si la medida restrictiva afecta a «uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada» o a la generalidad de la población de un territorio, se atribuye la competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en el primer caso (artículo 8.6, párrafo segundo de la LRJCA) o a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en el segundo (artículo 10.8 del mismo texto legal).

38 Ninguna ley sanitaria permite confinar un municipio o un área territorial determinada. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, permite la adopción de medidas individuales de control sobre los enfermos o personas que pudieran haber estado en contacto con los mismos, no sobre la población en general, concediendo a la autoridad sanitaria la posibilidad de ordenar tal medida previa autorización judicial (artículos 1 a 3). El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, también ha previsto que: «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 sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas». Estas medidas también se contemplan en los artículos 27 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. No obstante, cierto sector de la doctrina ha considerado que el artículo 3 de la LO 3/1986 habilita a la autoridad sanitaria competente para adoptar medidas sanitarias restrictivas con un alcance general. En este sentido se expresa BAÑO LEÓN y la mayor parte de los tribunales, según relación detallada de Patricia GARCÍA MAJADO en su artículo «Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y Covid-19», *Revista de Derecho Político*, n.º 112, 2021 (en prensa). En este trabajo también se da buena cuenta de los autores que se han pronunciado en este sentido. La autora no opina de la misma manera, esto es, considera que las medidas a las que hace referencia el artículo 3 de la LO 3/1986 «precisan un determinado supuesto de hecho (la existencia de una enfermedad de carácter transmisible)» y

Este argumento es el que esgrime el Auto 128/2020, de 8 de octubre, del TSJ de Madrid, para denegar la ratificación del confinamiento perimetral de varios municipios de la Comunidad, incluida la capital, acordada por la Consejería de Sanidad³⁹. El motivo principal que justifica la decisión es que tal medida no se podía adoptar sin que el estado de alarma estuviera declarado, pues, de acuerdo con la legislación vigente, carecía de la preceptiva habilitación legal. Por esta razón, el Gobierno de la nación, un día después, el 9 de octubre, declaró ese estado de emergencia imponiendo las medidas que el citado Auto había rechazado.

No ha sido el único. Otros Tribunales Superiores de Justicia también han cuestionado que la Ley Orgánica 3/1986 ofrezca la cobertura necesaria para establecer medidas restrictivas de derechos y libertades de manera indiscriminada y masiva sobre todos los residentes de un determinado territorio, entendiendo que esta ley sólo las permite sobre personas concretas y determinadas⁴⁰.

Esta, sin embargo, no es la doctrina que ha prevalecido, pues para el Tribunal Supremo, la LO 3/1986 concede cobertura suficiente, siempre que la medida concreta que se ordene cumpla con el requisito de la adecuación, necesidad y proporcionalidad⁴¹.

deben estar «dirigidas a unos destinatarios individualmente identificados o, al menos, potencialmente identificables: los enfermos (en este caso serían los infectados por Covid-19) y las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos (los llamados «contactos estrechos»)», por lo que entiende que «las medidas restrictivas de la libertad de circulación impuestas a una generalidad indeterminada de personas por los diversos Gobiernos autonómicos» no encajan bien en el precepto citado.

39 Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública. Véase, especialmente, el FD. Sexto del Auto.

40 Así lo entiende la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón en el Auto 89/2020, de 10 de octubre, que no ratifica el cierre municipal un municipio, entendiendo que el artículo 3 de la LO 3/1986 alude «a «personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y de personas que se han relacionado con ellos. La cláusula final, abierta [del precepto], no salva el vacío existente cuando se impone la restricción de un derecho fundamental que se impone a cualquier persona no identificable» (FD Sexto); y también: la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía con sede en Granada en el Auto de 11 de mayo de 2021; el Auto 273/2020 del Tribunal Superior de Castilla y León, de 25 de octubre, que no ratifica el confinamiento nocturno en dicho territorio; el Auto 32/2020 del TSJ del País Vasco, de 22 de octubre, que no ratifica la medida restrictiva del derecho de reunión propuesta en la Orden de la Consejería de Salud; el Auto 21/2021, de 7 de mayo, del mismo Tribunal, que tampoco ratifica el confinamiento nocturno ni el cierre perimetral autonómico; el Auto 481/2021 del TSJ de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo, aunque dicho pronunciamiento versaba sobre medidas sanitarias distintas a las restrictivas de la libertad de circulación; y los Autos del TSJ de Andalucía (sede Granada), de 10 y 14 de mayo de 2021 y 284/2021, de 21 de mayo, que no ratifican el confinamiento del municipio de Montefrío. Curiosamente, otros dos Autos de esas mismas fechas y mismo Tribunal (aunque procedentes de la sede de Sevilla) autorizaron el cierre perimetral de Castro del Río, Bornos y Villamartín, considerando que el art.3 de la LO 3/1986 ofrece cobertura jurídica suficiente para la imposición de cierres perimetrales, a diferencia de la sede de Granada. En esta misma línea se sitúan, también, otros posteriores. No debería incluirse en este apartado el Auto 128/2020, del TSJ de Madrid, de 8 de octubre pues no avaló las medidas sanitarias correspondientes por motivos distintos a la ausencia de cobertura jurídica de la LO 3/1986.

41 La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo considera que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 sí confiere cobertura suficiente para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales de

La tesis que mantenemos no es, por tanto, la mayoritaria. Coincidimos plenamente en que, para limitar derechos por razón de una crisis sanitaria, no hay que declarar indefectiblemente el estado de alarma. Como venimos reiterando, la Constitución no ha predeterminado las circunstancias en las que los estados de emergencia contemplados en el artículo 116.1 hayan de ser declarados. Lo que estamos sosteniendo es que, de acuerdo con la legislación vigente, una restricción general de la libertad de circulación por ese motivo no es posible sino declarando el estado de emergencia, a no ser que una ley así lo prevea (artículo 53.1 CE).

Y esa es la esencia de lo que aquí se defiende: sacar del ámbito del Derecho de excepción de la LOAES este tipo de emergencias para contemplarlas en una ley *ad hoc* que tendría que ser orgánica si permitiera una «limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente», como hace el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Tribunal Constitucional advierte que no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental haya de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica, como recuerda la STS 3259/2021, de 19 de agosto⁴². Pero en este caso, la restricción de derechos es tan fuerte que su carácter de ley ordinaria entendemos que vulnera la reserva material que para las leyes orgánicas ordena el artículo 81.1 CE⁴³. Adviértase en este sentido que a la LO 3/1986 se le dio tal carácter precisamente porque atribuía a la autoridad sanitaria la posibilidad de adoptar una serie de medidas restrictivas de derechos en orden a la protección de la salud pública (artículos 2 y 3).

Consideramos, en definitiva, que la experiencia de la pandemia del COVID-19 invita a pensar sobre la posibilidad de que las emergencias sanitarias salgan del ámbito de Derecho Constitucional de la emergencia. Si así se hiciera, las crisis

alcance general fuera del estado de alarma. A esta conclusión llega interpretando ese precepto de conformidad con el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en este sentido las sentencias de la Sala de lo Contencioso 719/2021, de 21 de mayo, Sección IV, FD. Cuarto; 788/2021, de 3 de junio, de la misma Sección, FD. Séptimo; 3259/2021, de 19 de agosto, de la Sección I, FD. Sexto).

⁴² Sección Primera de la Sala de lo Contencioso, FD. Sexto, citando las SSTC 76/2019, 86/2017 y 49/1999.

⁴³ La STC 49/1999 recuerda que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (...)». Dicha ley habrá de ser orgánica cuando la restricción afecte al contenido esencial del derecho o suponga una restricción directa al ejercicio del mismo (STC 53/2002, FJ. 12). Podrá, por el contrario, ser una ley ordinaria si no afecta al contenido del derecho con tal intensidad, como, por ejemplo, cuando se trate de modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental. A este respecto, véase el Auto n. 128, de 8 de octubre de 2020, de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, al que ya hemos hecho referencia, que no ratifica las medidas sanitarias limitativas de derechos fundamentales sometidas a su consideración (particularmente, un confinamiento perimetral en determinados municipios), por entender que la Orden Ministerial que la Comunidad de Madrid se disponía a ejecutar no tenía cobertura legal.

de esta naturaleza que el futuro nos pudiera deparar podrían ser afrontadas sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que supone la declaración del estado de alarma. Estableciendo los debidos procedimientos de garantías, consideramos que podrían salvarse algunos de los problemas que en este trabajo hemos ido advirtiendo. Esta modificación podría operarse sobre la propia Ley Orgánica 3/1986 o aprobando una de nuevo cuño que la sustituyera.

Por último, no podemos terminar sin hacer una brevísima referencia a la reforma de la LRJCA operada por el artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021 de 4 de mayo, que permite recurrir en casación los autos denegatorios de estos tribunales, y también de la Audiencia Nacional⁴⁴. La disparidad de criterios de los TTSSJ a la hora de ratificar o autorizar las medidas restrictivas de alcance general solicitadas por las CCAA la justifica⁴⁵.

Aún cuando el Tribunal Supremo haya advertido que en este tipo de recursos su función ha de limitarse a comprobar que «la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar» (adecuación, necesidad y proporcionalidad)⁴⁶, lo cierto es que para resolver cuestiones de esta naturaleza, el Alto Tribunal se verá obligado a examinar la decisión que a estos efectos hubiera tomado el Tribunal Superior de Justicia, algo que no se cohonestaba demasiado bien con la naturaleza nomofiláctica propia de la casación⁴⁷. Quizás habría que pensar con algo más de detenimiento en las implicaciones de un

44 Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

45 Esta falta de uniformidad jurisprudencial ha sido especialmente llamativa en el caso de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla y Granada, que dicta dos resoluciones aparentemente contradictorias en relación con el confinamiento de tres localidades: el Auto de 11 de mayo de 2021 (procedimiento ordinario 505/2021) de la Sección tercera, con sede en Sevilla, respaldó el confinamiento de los municipios gaditanos de Bornos y Villamartín, desde el 9 al 15 de mayo, por haber superado cada uno de ellos los 1000 casos de incidencia acumulada por cada 100.000 habitantes. Durante esos días, la población no pudo salir de sus municipios de residencia salvo por los motivos justificados en la Orden de confinamiento. El Tribunal, en este caso, apreció la «necesidad, idoneidad y proporcionalidad» de la medida solicitada (Fundamento de Derecho cuarto). Sin embargo, la misma Sala de este Tribunal, pero en su sede de Granada, en el Auto de 10 de mayo de 2021 (recurso 908/2021), no ratificó la orden emitida por la Junta de Andalucía para confinar el municipio granadino de Montefrío, siendo las medidas solicitadas, a la vista de las circunstancias del territorio, prácticamente las mismas. El argumento que la Sala ofreció en este caso para fundamentar su rechazo fue que las medidas restrictivas del derecho no tenían cobertura legal, entendiendo que las posibilidades que permite la Ley Orgánica 3/1986 tienen siempre como destinatarios a personas concretas perfectamente identificadas, mientras que las que se solicitaban afectaban a todas las residentes del municipio.

46 STS 719/2021, de 24 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, FD. Cuarto. La STS 3259/2021, de 19 de agosto, de la Sala de lo Contencioso, Sección I, recuerda que la anterior STS 875/2021, de 17 de junio, sintetiza los criterios jurisprudenciales de la Sala sobre autorización de medidas urgentes y necesarias para la salud pública que limiten o restrinjan derechos fundamentales. El Auto 273/2021, de 9 de agosto, del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, sede de Albacete FD. Tercero, recuerda estos criterios.

47 Así lo estima también Palomar Olmeda, A., «Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, n.º 9852, pp. 10 y 12.

recurso que puede convertir al Tribunal Supremo en una segunda instancia de revisión rutinaria de los juicios de proporcionalidad realizados en las instancias anteriores⁴⁸.

TITLE: *The Dilemma Limitation/Suspension of Rights and Other "Distortions" in the Thread of the Pandemic*

ABSTRACT: *The article examines the dilemma limitation / suspension of rights in the light of the Constitutional Court ruling 148/2021, analyzes the question of exceptional situations and that of judicial control of the restrictive measures of rights adopted by the Autonomous Communities. And it advocates a new Organic Law on Health Emergencies that rescue such situations from the scope of the exceptional.*

RESUMEN: *El artículo examina el dilema limitación /suspensión de derechos a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, analiza la cuestión de los estados excepcionales, así como la del control judicial sobre las medidas restrictivas de derechos adoptadas por las Comunidades Autónomas. Y preconiza aprobación de una nueva Ley Orgánica de Emergencias Sanitarias que rescate tales situaciones del ámbito del Derecho de excepción.*

KEY WORDS: *Limitation and suspension of rights, Exceptional situations, States of emergency, Health emergencies.*

PALABRAS CLAVE: *Limitación y suspensión de derechos, Situaciones excepcionales, Estados de excepción, Emergencias sanitarias.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 18.09.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 08.10.2021

48 Así lo advierten GONZÁLEZ LÓPEZ, A., «La modificación de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa en materia de ratificación o autorización de medidas sanitarias urgentes», *Actualidad Administrativa*, n.º 12, 2020, p. 5; y GARCÍA MAJADO, P., *ob. cit.*

