

RESOLUCIÓN ADOPTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO (e.f.), EN RELACIÓN CON LAS SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO NÚMERO 67, DE 14 DE MARZO DE 2020) Y SUS PRÓRROGAS; REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO NÚMERO 73, DE 18 DE MARZO DE 2020); REAL DECRETO-LEY 9/2020, DE 27 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS, EN EL ÁMBITO LABORAL, PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DEL COVID-19 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO NÚMERO 86, DE 28 DE MARZO DE 2020); REAL DECRETO-LEY 10/2020, DE 29 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA UN PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA QUE NO PRESTEN SERVICIOS ESENCIALES, CON EL FIN DE REDUCIR LA MOVILIDAD DE LA POBLACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA EL COVID-19 (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO NÚMERO 87, DE 29 DE MARZO DE 2020); SOLICITUD DE RECURSO DE AMPARO CONTRA EL ACUERDO DE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE 19 DE MARZO DE 2020; Y SOLICITUD DE RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y AMPARO CONTRA DIVERSAS DISPOSICIONES DE RANGO INFRALEGAL RELACIONADAS CON LA GESTIÓN DEL COVID-19.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Se han recibido en el Defensor del Pueblo 617 escritos solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el 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 (Boletín Oficial del Estado número 67, de 14 de marzo de 2020). Estas solicitudes han sido recibidas en el Registro del Defensor del Pueblo a partir del 16 de marzo y, en sucesivas entradas, durante todo el tiempo que ha durado la situación de estado de alarma y algunas posteriormente. Las solicitudes en algún caso exponen muy pormenorizadamente las razones que fundan lo pedido, en otros se argumentan de manera más escueta y, en fin, en otros casos las solicitudes se articulan mediante unas pocas líneas.

En ciertos casos se expresa una desaprobación genérica de la declaración del estado de alarma y del conjunto de sus normas de desarrollo. Así, se pide al Defensor del Pueblo “que interponga los recursos de inconstitucionalidad a todos los decretos, todas las órdenes y a todas las instrucciones que contravengan la libertad que se refleja en el artículo 1.1 CE siendo este un valor superior del ordenamiento...”. O bien “exigimos que se interpongan los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Por la ruptura con el Orden Constitucional y violación sistemática de derechos fundamentales y la jerarquía de normas y de todos los preceptos del Título I de la CE”.

En algunas de las solicitudes se pide también la impugnación de alguna o algunas de las prórrogas que, como es sabido, ha tenido la declaración inicial del estado de alarma. También, de los Reales Decretos-Leyes 8/2020, 9/2020 y 10/2020. Se pide también recurso de amparo contra el Acuerdo

de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo, relativo a la actividad parlamentaria. Se pide también la impugnación en inconstitucionalidad o amparo de Órdenes Ministeriales, lo que queda fuera del ámbito del recurso de inconstitucionalidad (por ser de rango infra legal) o del de amparo (por ser susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no de "amparo directo").

SEGUNDO. Se han trasladado al Defensor del Pueblo una diversidad de argumentos que abonarían, a juicio de los solicitantes, la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma.

Una primera línea argumental indica que el estado de alarma habría suspendido derechos fundamentales, lo que sería contrario a la Constitución que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.1, en conexión con el 116, no permite en el estado de alarma la suspensión sino alguna forma de limitación o restricción, frente a lo que sucede en los estados de excepción y sitio, en los que sí se suspenden derechos fundamentales.

Dice, a este respecto, uno de los escritos trasladados al Defensor del Pueblo:

"La suspensión generalizada, universal, y permanente de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución no encuentra cobertura jurídico-constitucional en el estado de alarma, que únicamente consiente la modulación razonada, proporcional, y limitada tanto en el tiempo como en el espacio de alguno de ellos, y únicamente en tanto esta sea consecuencia ineludible de la necesidad de asegurar la eficacia de las medidas que permite adoptar a la autoridad competente.

Sin embargo, no es esa la impresión que se obtiene de la atenta lectura de las disposiciones citadas del RD 463/2020 de 14 de marzo, en las que se contienen lo que a todas luces parecen ser auténticas suspensiones de derechos, de alcance cuasi universal, apenas matizadas por la contemplación de algunas excepciones a su aplicabilidad. Lo que cabalmente sitúa al mismo fuera del marco constitucional y de la habilitación legislativa.

El Ejecutivo debió prever esta cuestión cuando, debido al rápido avance de la pandemia del COVID-19, se hizo necesario confinar a todos los españoles en sus domicilios, parar la economía y el normal funcionamiento del país con el loable objetivo de aminorar el ritmo de contagios, de ingresos hospitalarios y de los terribles fallecimientos que, desde entonces, se vienen produciendo. Llegados a este punto crítico, de necesidad de adoptar las medidas más restrictivas de derechos fundamentales en la historia de nuestra democracia, se debió advertir que la suspensión de éstos desbordaba la previsión constitucional del estado de alarma, habiendo sido necesario optar por otras fórmulas -quizás por el estado de excepción- más congruentes con la finalidad que se perseguía".

En esta línea argumental, la tesis es que la presunta suspensión de derechos fundamentales "se ha llevado a cabo a través del instrumento jurídico equivocado, desde el momento en que las atribuciones que el estado de alarma confiere a la autoridad gubernativa no consienten la suspensión de los derechos, mientras que el RD que lo declaró restringe de forma muy intensa derechos como el del trabajo, el de libertad de empresa, la libertad de circulación, o los derechos de reunión y manifestación hasta el extremo de poderse sostener -como se hará en este escrito-



Defensor del Pueblo



que nos hallamos ante una suspensión de los mismos en toda la regla". Se añade que "si ya se preveía entonces (se refiere al 14 de marzo de 2020) la afectación de derechos fundamentales de forma generalizada, se debió advertir también la falta de encaje constitucional al declarar el estado de alarma. Con lo que se habría evitado la declaración de un estado de excepción encubierto o un estado de alarma extralimitado, opciones en ambos casos, carentes de fundamento jurídico y abiertamente inconstitucionales".

También en esta línea argumental, otros de los comparecientes dicen: "...lo cierto es que a través del real decreto y sucesivas disposiciones se han suspendido de facto y bajo amenaza de infracción administrativa y/o comisión de diversos delitos, prácticamente todos los derechos fundamentales y libertades públicas previstos en el Título I de la CE, incluso la suspensión de derechos fundamentales que ni tan siquiera está prevista en el prenotado art. 55 CE para el supuesto de declaración de un estado de excepción, todo con el fin de justificar el encuadre legal de un estado de alarma, cuya justificación y contenido, vulnera manifiestamente la CE, al tiempo que es contraria a lo dispuesto en la LO 4/1981, de 1 de junio, y es que el fin nunca justifica los medios...".

TERCERO. Se cita también la STC 83/2016, de 28 de abril, que abordó el único estado de alarma declarado en España antes de 2020, recordando que el Tribunal Constitucional estableció el rango de ley de los decretos declaratorios de la alarma (y, por tanto, su carácter recurrible por las vías propias de las Leyes y no otras), así como que el estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales pero sí "la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio" (Fundamento Jurídico octavo).

CUARTO. Se considera inconstitucional el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, la Orden INT/226/2020 y el posterior desarrollo normativo relativo a la suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación del artículo 19 de la Constitución así como del régimen sancionador derivado de su incumplimiento.

Entienden los comparecientes que "El nombrado anteriormente RD 463/2020 y el desarrollo normativo posterior...no respeta los límites que la LO 4/1981 de 1 de junio y el art. 116.2 de la Constitución disponen respecto de la limitación de derechos. El referido Real Decreto supone una suspensión de facto del derecho a deambular y fijar su lugar de residencia libremente a todos los ciudadanos españoles, se les impone la obligación de confinarse en sus domicilios autorizando salidas del mismo sólo de forma tasada y cumpliendo ciertos requisitos previos. En concreto, el artículo 7 (Limitación a la libertad de circulación) del Real Decreto 463/2020 declara que "Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades...".

El referido Real Decreto ha supuesto una grave suspensión general del derecho fundamental a la libre circulación consagrado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna al contener una prohibición global en cuanto a situaciones, personas y lugares, lo que desborda la previsión normativa contenida en la Ley para el supuesto del estado de alarma. Por lo que con la suspensión del derecho a la libre circulación nos encontramos en una situación práctica recogida para el supuesto de estado de excepción, ya que como dispone el artículo 55.1 de la Constitución, únicamente se pueden suspender derechos fundamentales a través de los estados de excepción y de sitio".



Defensor del Pueblo



En el mismo sentido, otros de los comparecientes exponen que "si bien el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece en su primer apartado que el Decreto del Estado de alarma "podrá limitar la circulación y la permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos", es bien entendido que no puede establecer dicha limitación de manera genérica a todo el conjunto del territorio nacional, ni de las vías de uso público, por tener esta limitación un carácter desproporcionado y constituir una suspensión de facto de la vigencia del artículo 19 de la Constitución española".

QUINTO. Otra línea argumental se refiere a la tesis de que lo declarado el 14 de marzo de 2020 sería, en realidad, un estado de excepción encubierto. Se basa esta argumentación en que la posibilidad de "limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos" a que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES) no podría tener un alcance general (porque la Ley citada habla de "horas y lugares determinados"). Ese alcance general, sin embargo, según los solicitantes, es precisamente lo que establece el Real Decreto 463/2020. Y se afirma que "De hecho, cabría incluso argumentar que a la vista de la conveniencia de proceder a practicar restricciones al libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, de reforzar el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de hacer frente al deterioro de ciertos servicios públicos esenciales para la comunidad (como la educación o la sanidad), o aun de evitar problemas de orden público -hipótesis todas ellas expresamente contempladas en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio como justificativos de la declaración de un estado de excepción- ésta habría sido la alternativa constitucionalmente más idónea.

En el artículo 28 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, ya preveía entonces la posibilidad de que la situación de alarma se solapase con alteraciones de orden público, facultando al ejecutivo para que procediese a declarar el estado de excepción. Lo que ha pasado tras declararse la pandemia es que una alarma sanitaria grave debe ser atajada necesariamente con la suspensión de derechos fundamentales, entre ellos, el de la libre deambulación por el territorio nacional".

Sobre el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, otros de los comparecientes dicen: "el precepto prevé la posibilidad de limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos, pero de forma restringida y con carácter ocasional o temporal, en lugares y horas o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos, sin que en ningún caso quepa el confinamiento obligado en el domicilio de todos los ciudadanos de un país con carácter general y universal, excediendo, por completo, la previsión del contenido del precepto, pues en ningún caso se puede suspender ningún derecho fundamental, debiendo ser, en un estado de alarma, la limitación de derechos la excepción y el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales como la libertad o la libre circulación la norma general, en el presente caso se ha invertido fraudulentamente la ratio legis de la regulación de un estado de alarma, decretando y aplicando medidas propias de un estado de excepción o de sitio, decretando la suspensión, con carácter general, de derechos fundamentales y libertades públicas, mientras que la excepción ha sido la posibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales limitado a unos pocos supuestos o excepciones que en ningún caso pueda entenderse que con tales supuestos o excepciones se cumpla con el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en el Título I de la Constitución española".

En fin, los solicitantes –que reconocen la gravedad de la situación sanitaria concurrente– concluyen que “La situación es lo suficientemente grave como para haber acordado el estado de excepción con todas las garantías que la norma reconoce, pero el no hacerlo y mantener el estado de alarma vigente en estas circunstancias, provoca que las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo y la normativa posterior aprobada, sean inconstitucionales y por ende, nulas de pleno derecho”.

Ello afectaría también a las sanciones, no sólo por ser inconstitucional el confinamiento general, sino improcedente la aplicación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana (falta grave de desobediencia del artículo 36.6), por las razones a que se refiere el informe de la Abogacía del Estado de 2 de abril de 2020 (sustancialmente, que la desobediencia exige la orden directa de un agente en la calle no atendida, no el mero incumplimiento objetivo de una norma).

Sobre la pertinencia de haber declarado el estado de excepción, y no el de alarma, otros de los comparecientes manifiestan: “En este aspecto, si la limitación del derecho a la libre circulación consagrado en el artículo 19 de la Constitución española se considerase imprescindible para dar adecuada respuesta a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el Estado debería solicitar autorización al Congreso para declarar el estado de excepción, que es el instrumento adecuado para poder suspender temporalmente la vigencia del artículo 19 de la Constitución española. En relación a ello, el Capítulo III de la Ley Orgánica 4/1981 establece en el artículo 20 las particularidades en las que se puede llevar a cabo la suspensión del artículo 19 CE, y los mecanismos con los que esta limitación debe operar”.

También se dice, en este orden de ideas: “el estado que habría que decretarse, conforme a la regulación constitucional y legal sería, como poco, un estado de excepción encajando como un guante la actual situación a la previsión legal y no de alarma...”.

SEXO. Se razona, también, sobre la presunta suspensión de los derechos fundamentales de reunión y manifestación, en conexión con la libertad de circulación, por el Real Decreto 463/2020.

El artículo 7 dispone lo siguiente:

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

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

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.



Defensor del Pueblo



- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

2. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

3. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.

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

Cuando las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se adopten de oficio se informará previamente a las administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado”.

Consideran los comparecientes que el artículo 11 de la LOAES, al establecer para el estado de alarma que se pueda “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, sin embargo “no ampara una suspensión general del derecho fundamental a la circulación, sino que es únicamente el soporte para que puedan operar concretas y determinadas limitaciones de circulación o permanencia en lugares y horas concretas y determinadas. Un simple ejemplo permitirá entender el concepto. Así, ante una incidencia en el entorno de una central nuclear el Gobierno podría legítimamente declarar el estado de alarma en la zona y prohibir la circulación o permanencia en la zona en la que se ubica la central nuclear. Pero ello, como es evidente, no supone una afección gravísima al derecho fundamental a la circulación, sino una limitación determinada y concreta que sí estaría amparada por la declaración del estado de alarma. Es por ello precisamente que, sensu contrario, cuando fuera necesario suspender un derecho fundamental es necesaria la declaración de estado de excepción”.

Añaden que “hay que tener en cuenta que existen alternativas reivindicativas como el ejercicio de la libertad de expresión a través de acciones como caceroladas, aplausos colectivos y, especialmente, el uso de los medios telemáticos. No obstante, si se convocan reuniones será relativamente sencillo motivar tales prohibiciones o actuar para su disolución”.

En definitiva, vienen a concluir que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 suspende con carácter general los derechos fundamentales de reunión y manifestación, en conexión con la libertad de circulación, lo que sólo podría hacerse mediante el estado de excepción. De manera muy gráfica, indican: “Se ha optado por vaciar de contenido el derecho, no de modo proporcionado, como

insiste el propio TEDH, sino de cuajo, dejarlo sin contenido, la crítica no tiene exteriorización sino sólo en forma de aplauso desde el balcón”.

Con respecto a la posibilidad de limitación –que no suspensión- de los derechos de reunión y manifestación, citando un trabajo doctrinal, dicen los comparecientes lo siguiente:

«Se ha impedido la libertad de expresión de los familiares y amigos de los afectados, que tienen derecho a expresar su indignación por la gestión de la pandemia que han visto el fallecimiento de familiares directos, padres, hermanos, hijos ...desde la distancia y sin poderles acompañar. Estamos de acuerdo, pues, con Aba Catoira -en su estudio sobre “El estado de alarma en España” en la Revista Teoría y Realidad constitucional, núm. 28, 2011- cuando nos dice que

“No obstante, que no quepa suspender ningún derecho fundamental, no supone que no sea posible y necesario intervenir en su ámbito constitucionalmente protegido estableciendo alguna limitación o restricción en cuanto que resulta constitucionalmente necesario. Es decir, bajo las circunstancias fácticas que motivan la declaración del estado de alarma es necesario someter el ejercicio de algunos derechos o libertades a determinadas limitaciones previstas como medidas necesarias para el restablecimiento de la normalidad alterada. Ahora bien, sin que, en ningún caso, sea posible identificar limitación con suspensión, pues mientras la primera restringe de alguna forma las posibilidades de actuación que un derecho ofrece a su titular, la segunda impide el ejercicio del derecho en cualquiera de sus modalidades, por lo que ya no sólo restringe o limita sino que prohíbe”.

La hipótesis apuntada por Aba Catoira de establecer para el ejercicio del derecho de reunión aquellas limitaciones o restricciones que resultaran necesarias para su compatibilización con – supongamos– el derecho a la salud podría perfectamente haberse traducido en la exigencia – aventuramos– de que los participantes mantuvieran a lo largo del desarrollo de sus manifestaciones o concentraciones una determinada distancia de seguridad; o que vinieran provistos de una indumentaria tal que evitara el contagio; o que no superaran determinado número de individuos; requisitos todos ellos de cuya efectividad serían responsables, como siempre lo son, quienes las convocaran. Por más que la celebración de reuniones públicas de esta guisa resultara chocante a la vista, lo cierto es que la restricción del derecho de reunión se habría minimizado y su contenido esencial habría permanecido intacto. Y que ambos propósitos son constitucionalmente exigibles”.

SÉPTIMO. Otra línea argumental se lleva a cabo en relación con la presunta inconstitucionalidad de la luego denominada “Operación Balmis”, es decir, la actuación de las Fuerzas Armadas durante el estado de alarma en el marco del Real Decreto 463/2020, que establece la misma en diversos preceptos: el artículo 5.6, en cuya virtud “las autoridades competentes delegadas podrán requerir la actuación de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional” y la consideración de los miembros de las Fuerzas Armadas como “agentes de la autoridad” en el ejercicio de las funciones asumidas durante el estado de alarma.

Se dice que “El artículo 8º de la Constitución española establece que las Fuerzas Armadas, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Añadiendo en su apartado segundo que una ley orgánica

regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución. Nada dice nuestro Texto Constitucional sobre este tipo de misiones, como las que ahora se le encomiendan y sobre las que formalizamos la presente queja”.

Se hacen diversas consideraciones sobre la distinción entre las misiones que pueden desempeñar las Fuerzas Armadas y las que pueden desempeñar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con su legislación específica, de modo que la condición de “agente de la autoridad” tendría un significado distinto en cada caso, de manera que habrían de actuar con los ciudadanos de manera diferenciada y –se deduce- existiría el riesgo de que así no fuese al atribuirse a ambas categorías de funcionarios la misma condición de “agentes de la autoridad”. Dicen algunos comparecientes: “Estimamos que el carácter de agentes de la autoridad atribuido a los militares, no supone que su actuación en el ámbito civil de seguridad ciudadana, sea idéntico al desempeñado por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”. En concreto, sea en “patrullas mixtas” o no, los militares –exponen- “no pueden formular denuncias ni detener”.



OCTAVO. Con respecto a la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución), si bien se afirma por algunos de los comparecientes que este derecho fundamental no ha quedado suspendido por el Real Decreto 463/2020 (a tenor del artículo 11 del mismo, “Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas”, que no prohíbe, sino que subordina la asistencia a lugares de culto a determinados requerimientos sanitarios), lo habría sido de hecho debido a que el artículo 7 “no incluyera entre los fines que justificaban la circulación por las vías de uso público la asistencia a esos actos de culto que el artículo 11 autorizaba –con restricciones– a celebrar. En otras palabras, la deficiente técnica legislativa de este texto normativo permite realizar actos de culto al tiempo que prohíbe a los ciudadanos asistir a los mismos, en lo que a la postre –y merced a una interpretación conjunta de ambas disposiciones– no cabe sino interpretar como una derogación fáctica de este derecho”.

NOVENO. Con respecto al personal diplomático, el Real Decreto 463/2020, declaratorio del estado de alarma, exceptúa de las limitaciones a la libertad de circulación al “personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España...siempre que se trate de desplazamientos vinculados al desempeño de funciones oficiales”. Sobre este punto, se critica que se cite al “personal extranjero”, sin tener en cuenta que podría haber españoles que desempeñasen este tipo de tareas (por ejemplo, cónsules honorarios). Ello –sostienen algunos comparecientes- sería contrario a las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (18 de abril de 1961) y Consulares (24 de abril de 1963) que son el marco de referencia –vigente en España- para determinar quién sea personal diplomático o consular y sus derechos en el país receptor.

Se dice lo siguiente: “El hecho de que el Real Decreto 463/2020 solo exceptúe de las limitaciones a la libertad de circulación al personal “extranjero” acreditado como miembro de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares sitos en España vulnera de manera flagrante varias de las disposiciones de las dos Convenciones de Viena.

Así las cosas, el hecho de que la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 463/2020 se contente con exceptuar de las limitaciones a la libertad de circulación de su artículo 7 únicamente al personal “extranjero” acreditado como miembro de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares sitos en España, dejando sujeto a las mismas al personal que, desempeñando esas



Defensor del Pueblo



mismas tareas, goce de la nacionalidad española vulnera de manera flagrante varias de las disposiciones de las dos Convenciones de Viena”.

Al propio tiempo, consideran algunos comparecientes que el hecho de que no se salvaguarde *expressis verbis* al personal diplomático o consular (sea extranjero o español al servicio de una misión diplomática o consular en España) del conjunto de facultades de las administraciones durante el estado de alarma (comprobaciones policiales, requisas temporales, etcétera) sería contrario a las convenciones de Viena citadas.

Se dice al respecto: “Y al someter a estas restricciones reales o potenciales al personal acreditado como miembro de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares sitas en España, sin más excepción que la referente a la libertad de circulación del personal extranjero acreditado como miembro de las mismas, ha lesionado significativamente no solo los privilegios internacionalmente reconocidos a los integrantes de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares sino –lo que es más grave– la capacidad de estos Estados para velar eficazmente por aquellos de sus nacionales que se hallan en territorio español y, con ello, los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país al ratificar las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, y sobre las Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, integrantes ambas de nuestro ordenamiento jurídico por mor de lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución”.



DÉCIMO. Se plantea también por algunos de los comparecientes la presunta inconstitucionalidad de un bloque normativo que tiene que ver con la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) y con los derechos relacionados con las relaciones laborales a que se refiere el artículo 37: negociación colectiva y conflicto colectivo.

En primer lugar, se cuestiona el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, que adoptan medidas extraordinarias para la protección del empleo.

Se vinculan estos reales decretos-leyes a lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, es decir, el declaratorio del estado de alarma, en concreto al artículo 10, que trata de las “Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”. Este artículo reformado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

Los Reales Decretos 463/2020 y 465/2020 utilizan profusamente la expresión “se suspende” referida a la apertura al público de locales, actividades de hostelería y restauración, verbenas, fiestas populares, museos, monumentos, bibliotecas...lo que lleva a algunos de los comparecientes a sostener que no hay “limitación” de derechos (lo que sería propio del estado de alarma) sino “suspensión” (lo que sería propio del estado de excepción) y que, por tanto, lo hecho es contrario a la Constitución.

Con respecto a la presunta vulneración del artículo 37 de la Constitución (derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios,

fuerza vinculante de los convenios colectivos, medidas de conflicto colectivo), se considera que es contrario a este artículo de la Constitución lo decidido en materia de Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs) y despidos durante el estado de alarma, debido a que no se habría tenido en cuenta a los agentes sociales.

Con respecto a la presunta vulneración del artículo 38 de la Constitución (libertad de empresa), se habría infringido, a juicio de los comparecientes, por el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, puesto que obliga a interrumpir la actividad de muchas empresas e impone a empresas y trabajadores la manera en que deben recuperarse las horas no trabajadas durante este período, e igualmente impone a los empresarios los costes de dicho período no trabajado.

Tras citar ampliamente jurisprudencia constitucional sobre la libertad de empresa, concluyen algunos de los comparecientes:



“En definitiva, los reales decretos aprobados durante el estado de alarma, incurren en inconstitucionalidad palmaria dado que el Gobierno, en su exposición de motivos de aprobación tanto del RDL 8/2020 como del RDL 9/2020, obvia de manera absoluta su conocimiento al sometimiento de la ley, puesto que en el RDL 8/2020, en su preámbulo VII asevera “Debe señalarse también que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general”; igualmente afirma en su preámbulo III del RDL 9/2020, “El artículo 86 de la Constitución española permite al Gobierno dictar decretos-leyes «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general.”; pues bien, tanto el artículo 37 como el 38 de la CE se encuentran recogidos dentro del Título I de la Constitución, y consecuentemente, impide expresamente dictar decretos-leyes que afecten al contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa que regulan”.

DÉCIMOPRIMERO. Se cuestionan también –y se solicita, en este caso, recurso de amparo- las decisiones del Congreso de los Diputados sobre la actividad parlamentaria durante las primeras semanas del estado de alarma.

Dicen algunos de los comparecientes: “Sin embargo, el 10 de marzo, incluso antes de la declaración del estado de alarma, la Presidenta del Congreso anunció que se “aplazaba” la actividad parlamentaria y desconvocó el Pleno previsto para esa semana. El día 12 extendió dicho aplazamiento dos semanas más. El 19 de marzo, la Mesa del Congreso, a propuesta de su Presidenta, acordó la suspensión, desde ese día, del “cómputo de los plazos reglamentarios que afectan a las iniciativas que se encuentren en tramitación en la Cámara hasta que la Mesa levante la suspensión” (BOCG, 20 de marzo de 2020). Asimismo, aunque no se dice expresamente en el acuerdo, se procede a la práctica suspensión de la actividad parlamentaria casi en su totalidad, es decir, precisamente lo contrario de lo perseguido y dispuesto en la Constitución y la Ley orgánica. Tampoco se tomó la decisión, como sí se hizo en algunas comunidades autónomas, de habilitar a

la Diputación Permanente para el control y transparencia que a todo acto político y del Gobierno debe someterse". Y añaden: "En definitiva, desde la semana del 10 de marzo hasta la del 15 de abril la actividad se redujo al mínimo, celebrándose solamente los Plenos para la prórroga el estado de alarma y la convalidación de Decretos Leyes, y las comparecencias del ministro en la Comisión de Sanidad. No parece que se haya cumplido lo establecido en la Constitución ni en la Ley Orgánica, que prevé la intervención del Congreso no solamente para autorizar la prórroga, sino para que el Gobierno rinda cuentas de las medidas adoptadas y obliga al Gobierno a "suministrar al Congreso, además, la información que le sea requerida". Si hay un momento en el que especialmente esta información debe ser permanente e intensa, cuantitativa y cualitativamente, es éste. Si hay un momento en que resulta imprescindible que el Gobierno se someta a control parlamentario, es éste".

Algunos de los comparecientes, en definitiva, consideran que deberían haberse habilitado - mediante interpretaciones flexibles del Reglamento del Congreso o mediante una reforma rápida del mismo- mecanismos telemáticos que garantizaran la continuidad de la actividad parlamentaria en unos momentos en los que era particularmente importante garantizar el control parlamentario del Gobierno y los derechos a la participación política de diputados y ciudadanos. Y se concluye que "entendemos que las decisiones de la Mesa del Congreso han lesionado estos derechos de los ciudadanos, y son contrarias a la Constitución...Teniendo en cuenta que, conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, son susceptibles de amparo constitucional las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes que violen los derechos y libertades, procede plantearlo en este caso".

DÉCIMOSEGUNDO. Algunos comparecientes se refieren a la inconstitucionalidad de diversas normas que tienen rango de Orden Ministerial, en concreto la Orden Ministerial INT/227/2020, de 15 de marzo; la Orden Ministerial SND/297/2020, de 27 de marzo; y la Orden Ministerial SND/298/2020, de 29 de marzo. La primera se refiere al ámbito de instituciones penitenciarias, la segunda a la App "asistencia Covid-19 y al estudio "DataCovid", y la tercera sobre ceremonias fúnebres.

Con respecto a la Orden Ministerial INT/227/2020, se dice que al quedar suspendidas las comunicaciones, permisos, etcétera de los internos, se estaría actuando sin la cobertura legal sobre restricción de movimientos que, para los internos y sus familias, sí permitiría, a juicio de los comparecientes, el Real Decreto declaratorio del estado de alarma.

Dicen al respecto algunos comparecientes: "Hay, por tanto, razones fundadas para que se declare la nulidad de la Orden Ministerial INT/227/2020, de 15 de marzo, en la que se adoptaban determinadas medidas en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, concretamente la suspensión de visitas a los internos, sin exceptuar las de sus letrados defensores, y la suspensión de permisos penitenciarios. Dicha disposición administrativa carece de la necesaria cobertura legal, pues lesiona derechos fundamentales, excediéndose de la habilitación conferida al Ministro del Interior por el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma.

Dicho exceso consiste en disponer medidas notoriamente ineficaces para lograr el fin pretendido (reducir la circulación de personas), resultando ser, por consiguiente, medidas inconstitucionales.



Defensor del Pueblo



Y porque, además, cabe considerar los desplazamientos ocasionados por visitas y permisos penitenciarios como desplazamientos para actividades autorizadas en el citado Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, concretamente mediante una interpretación no estricta de la asistencia a personas vulnerables como causa que habilita los desplazamientos, y también mediante una interpretación analógica del desplazamiento a y desde los centros penitenciarios para disfrutar de permisos como desplazamiento al lugar de trabajo y de retorno al lugar de residencia habitual, ambos permitidos bajo el estado de alarma”.

Con respecto a la Orden Ministerial SND/297/2020, de 27 de marzo, consideran algunos comparecientes que “de acuerdo con lo dispuesto en la LO 4/1981 de 1 de junio, en el artículo 11, no se contempla ningún punto o justificación que permita al Gobierno la geolocalización generalizada de los ciudadanos, u otra medida similar de intromisión en los derechos fundamentales de estos”. Y se añade que en la Orden Ministerial “se presenta un estudio con datos supuestamente anónimos y agregados facilitados por las principales operadoras de telefonía móvil del país sin que conste en ningún lugar una cesión expresa de los mismos, ni se haya informado a los titulares del objeto de la cesión de los datos. Esta cuestión lo convierte en una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el supuesto cumplimiento del Reglamento Europeo de Protección de Datos, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales, así como los criterios interpretativos de la Agencia Española de Protección de Datos.

¿Es posible así justificar una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los ciudadanos y en el art. 18 de la Constitución? La App creada para dar supuesta cobertura durante el estado de alarma, ¿puede continuar almacenando datos personales después de que finalice esta situación de confinamiento? Puesto que la citada aplicación no contempla que cuando la vigencia del estado de alarma termine, finalice el servicio, se destruyan los datos almacenados y deje de estar operativa la App.

El almacenamiento de datos masivos relativos a la geolocalización de los ciudadanos, supone una grave intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad, a la protección de la propia imagen y de protección de datos, ya que no encuentra respaldo normativo ni encaje constitucional con la citada orden ministerial que lo acuerda. Estos derechos se ven claramente lesionados ante una medida de control telemático o geolocalización”.

Con respecto a la Orden SND/298/2020, se critica el apartado quinto (“Ceremonias civiles o de culto religioso”), en cuya virtud se pospone la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma, limitándose a tres personas (además del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva) la participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida. Además, se prohíben los velatorios. Se considera que, al prohibir ceremonias religiosas vinculadas al fallecimiento de una persona, se va más allá de lo dispuesto en el Decreto 463/2020, declaratorio del estado de alarma, que simplemente subordina a medidas sanitarias la celebración de cultos: “la Orden de Sanidad contradice una norma superior y viola el derecho a la libertad religiosa al suspender los servicios religiosos fúnebres durante el estado de alarma”. También se considera arbitraria la limitación a tres personas (familiares o allegados), más el ministro religioso, para la participación en el acto de enterramiento: “La limitación a “tres familiares o allegados”, además del ministro de culto, resulta claramente arbitraria cuando se tiene en cuenta que se permite que en un

supermercado o centro comercial pueda haber más de “tres” personas. La limitación es tanto más sangrante cuanto diariamente se observa en varios programas de televisión la presencia simultánea de más de 4 personas en un espacio cerrado, pese a que un cementerio es un lugar abierto generalmente más amplio que un “plató” televisivo.

En conclusión: la Orden del Ministerio de Sanidad es ilegal (por contradecir lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020) e inconstitucional (por contradecir el artículo 16.1 de la Constitución) que reconoce el derecho a la libertad religiosa”.

DÉCIMOTERCERO. Se decide elaborar una única Resolución del Defensor del Pueblo teniendo en cuenta que, pese a la diversidad de extensiones de los 617 escritos recibidos, la parquedad o, por el contrario, prolijidad de argumentos esgrimidos, las peticiones tienen como elemento común unificador la consideración de que es inconstitucional una de las medidas más importantes adoptadas por el Estado ante la pandemia del virus COVID-19: el estado de alarma.

Era preciso analizar los argumentos fundamentales ofrecidos que -más allá de un legítimo rechazo político- se refiriesen a la compatibilidad con la Constitución del estado de alarma declarado. Estos argumentos -que se ha procurado sintetizar en los Antecedentes expuestos- figuran, en todo o en parte, en los escritos recibidos, siendo la presente Resolución la posición del Defensor del Pueblo sobre el conjunto de todos ellos.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Tradicionalmente, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Esta prudencia en el ejercicio de sus atribuciones tiene relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión propia, que es la de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos (artículo 54 de la Constitución).

Mediante Providencia de 6 de mayo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó “admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso y, en su representación, por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en relación con los artículos 7, 9, 10 y 11 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 ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el artículo 7 del Real Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al artículo 7 del Real



Defensor del Pueblo



Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19". Ha quedado garantizado, pues, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el estado de alarma declarado y sus prórrogas.

Posteriormente, mediante Providencia de 16 de junio de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de amparo presentado por diputados del Grupo Parlamentario de VOX contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020 por el que se suspende el cómputo de los plazos reglamentarios que afectan a las iniciativas que se encuentren en tramitación en la Cámara hasta que la Mesa levante la suspensión. Igualmente se impugna, y se admite a trámite por dicha Providencia, el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 21 de abril de 2020, por el que se desestima la solicitud de reconsideración. Ello garantiza también un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión de derecho parlamentario.

No obstante, y de manera excepcional, teniendo en cuenta la circunstancia extraordinaria concurrente, esto es, la declaración de un estado de alarma en todo el territorio nacional, que ha subsistido durante 98 días, y la directa conexión entre el estado de alarma y los derechos fundamentales, el Defensor del Pueblo considera necesario pronunciarse en cuanto al fondo sobre determinadas solicitudes de interposición de recurso presentadas por la ciudadanía.

SEGUNDO. Antes de entrar en materia es necesario delimitar el objeto sobre el que ha de versar el pronunciamiento del Defensor del Pueblo.

Este objeto ha de ser la procedencia de presentar un recurso de inconstitucionalidad, o de amparo, frente a determinadas normas.

No es objeto del pronunciamiento del Defensor del Pueblo en esta Resolución:

- a) La crítica política a la decisión del Gobierno de declarar el estado de alarma ante la crisis sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, a las del Congreso de los Diputados al autorizar las prórrogas de dicho estado o a las de otras autoridades, nacionales, autonómicas o locales, al gestionarlo.
- b) Las quejas al Defensor del Pueblo por las acciones u omisiones de las Administraciones Públicas durante dicho estado de alarma. Sobre estas quejas, la tramitación dada a las mismas, y la posición del Defensor del Pueblo ante las Administraciones, se ha dado cuenta a la opinión pública a través de varias notas de prensa que totalizan decenas de páginas (disponibles en www.defensordelpueblo.es) y se dará cuenta a las Cortes Generales -de manera más extensa y pormenorizada-, y también a la opinión pública, en el informe anual 2020 del Defensor del Pueblo.
- c) Una respuesta al debate sobre si hubiese sido preferible (durante todo el tiempo que duró el estado de alarma o durante parte de ese tiempo) la aplicación de la legislación ordinaria -con o sin reformas *ad hoc* - para supuestos de epidemia, en vez del estado de alarma.

En ocasiones, los ciudadanos solicitan al Defensor del Pueblo la presentación de recursos ante el Tribunal Constitucional como expresión *ad abundantiam* de una legítima crítica política, como refuerzo de una queja, como manifestación, en fin, del profundo desacuerdo con una decisión o del malestar que le produce. Ello es especialmente evidente en esta crisis del COVID-19, que conlleva intenso sufrimiento físico y moral, severo deterioro económico y restricción de la libertad para llevar a cabo muchas actividades de la vida cotidiana.

En ocasiones, también, los ciudadanos se quejan de una aplicación incorrecta de la norma en casos concretos y, por elevación, consideran inconstitucional la norma que "ampararía" tales aplicaciones, cuando se trata más bien de que -como es evidente- no hay norma, por constitucional que sea, que no pueda ser infringida o ignorada por los funcionarios públicos que han de aplicarla, lo que deberá ser corregido y, en su caso, sancionado. Ello también se ha producido, durante el estado de alarma, en esta crisis del COVID-19.

Pero la presentación de un recurso al Tribunal Constitucional no puede ser tan solo la consecuencia de un desacuerdo, de la constatación de un mal funcionamiento de las Administraciones o de las actuaciones incorrectas de unos funcionarios.

Ha de estar debidamente justificado que una norma es contraria a la Constitución. Y que tal norma es una Ley o una norma con rango, valor o fuerza de Ley (para el recurso de inconstitucionalidad) o que, si no es una Ley o norma con rango, valor o fuerza de Ley, se ha agotado la vía judicial previa a la eventual presentación del recurso (para el recurso de amparo).

TERCERO. Con respecto a las normas sobre las que se solicitan recursos de inconstitucionalidad o de amparo, ha de traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, dictada en recurso de amparo.

Como es sabido, el único antecedente de estado de alarma antes del declarado en 2020 fue el declarado en 2010 en el contexto de una huelga de controladores aéreos. Este asunto llegó al Tribunal Constitucional, quien se pronunció en la sentencia citada sobre las vías procesales para acudir al Tribunal Constitucional en estados de alarma.

Según esta doctrina, la norma que declara el estado de alarma, pese a ser un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros (no un Real Decreto-Ley) tiene, sin embargo, rango, valor o fuerza de Ley (Fundamento Jurídico 10). En efecto, se concluye en este Fundamento que "aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma...".

Consecuencia necesaria del rango de ley que tienen los decretos declaratorios de la alarma y su prórroga o prórrogas es el régimen de impugnación de estos decretos. No puede ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, pues hablamos de leyes. Quedan "aquellos excluidos,



Defensor del Pueblo



en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículos 106 CE y 1 LICA contrario *sensu*)”.

Y sí es competente la jurisdicción constitucional “a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley (artículos. 161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC)”. Se trata de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad del Título II de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad planteada por Jueces y Tribunales en el seno de procesos ordinarios).

Lo que no excluye el control judicial ordinario de los actos y disposiciones dictados en aplicación de los decretos declaratorios del estado de alarma –que puede eventualmente conducir a la cuestión de inconstitucionalidad citada- ni tampoco el recurso de amparo. Pero el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como es evidente, no es pertinente frente a los decretos declaratorios del estado de alarma sino “previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos reales decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el artículo 55.2 LOTC” (Fundamento Jurídico 11).

CUARTO. En aplicación de esta doctrina, el Defensor del Pueblo debe pronunciarse en esta Resolución:

a) Sobre las peticiones de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaratorio del estado de alarma, en el bien entendido de que comprende sus reformas y prórrogas, al ser normas con rango, valor o fuerza de Ley conforme a la STC 83/2016, de 28 de abril.

b) Sobre las peticiones de recurso de inconstitucionalidad contra los Reales Decretos-Leyes 8/2020, 9/2020 y 10/2020, al ser normas con rango, valor o fuerza de Ley.

QUINTO. Se ha pedido también recurso de amparo contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020. Se trata de una decisión susceptible de amparo directo (sin agotamiento previo de vía judicial alguna), conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en el mismo plazo previsto para los recursos de inconstitucionalidad (tres meses contados desde la reanudación de los plazos procesales en el Tribunal Constitucional el pasado 4 de junio).

En este caso, el Defensor del Pueblo, teniendo en cuenta que se trata de una decisión parlamentaria, conectada a los derechos de los diputados y de los Grupos Parlamentarios, y que algunos diputados ya han presentado recurso de amparo, que ha sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 16 de junio de 2020, no considera necesario pronunciarse en cuanto al fondo sobre estas peticiones de recurso de amparo, conforme a la doctrina tradicional del Defensor del Pueblo, antes expuesta.



Defensor del Pueblo



SEXTO. Por otra parte, no puede pronunciarse el Defensor del Pueblo sobre las peticiones de recurso de inconstitucionalidad o amparo contra normas o disposiciones de rango inferior a la Ley, generalmente Órdenes Ministeriales.

Los mecanismos procesales para combatir estas normas o disposiciones son claros, han sido definidos por la STC 83/2016 citada, expuestos en el Fundamento TERCERO de esta Resolución y están fuera del alcance de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Lo fundamental es que no cabe recurso de inconstitucionalidad contra normas o disposiciones de rango infralegal (cosa distinta es que puedan ser aducidas, pero no por sí mismas, sino como desarrollo o complemento de una Ley o norma con fuerza de Ley si impugnada en un recurso de inconstitucionalidad) ni cabe recurso de amparo contra ellas sin el agotamiento de la vía judicial, de modo que un tribunal ordinario pueda pronunciarse sobre la presunta violación de derechos fundamentales antes de acudir al Tribunal Constitucional en amparo. Ambas cosas quedan fuera del alcance del Defensor del Pueblo, por razón del objeto (no son Leyes) en el caso del recurso de inconstitucionalidad y por razón del sujeto en el caso del agotamiento de la vía judicial previa (el Defensor del Pueblo no tiene legitimación procesal para impugnarlas al no habersele acreditado tal agotamiento).

Sobre algunas de estas disposiciones de rango infralegal el Defensor del Pueblo ha recibido quejas durante el estado de alarma, que han sido analizadas y atendidas en el marco de la tramitación ordinaria de las quejas. A título de ejemplo, baste citar las referentes a la aplicación del régimen sancionador de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana a las presuntas infracciones al llamado "confinamiento domiciliario", en virtud de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo.

SÉPTIMO. Son cuestiones capitales, desde la perspectiva de esta institución en su misión de defender los derechos fundamentales, determinar si, por una parte, concurrían los presupuestos de hecho para que pudiese ser declarado el estado de alarma y, por otra, si el Real Decreto 463/2020 *suspendió* en vez de *limitó o restringió* derechos fundamentales y, en caso de responderse afirmativamente a esta segunda cuestión, si no debió más bien declararse el estado de excepción, que es el propio de la suspensión de derechos fundamentales (junto al de sitio), conforme a la Constitución (artículo 116) y la LOAES. Éstos son, en esencia, los dos problemas fundamentales del estado de alarma declarado en España, y de la respuesta que se le dé a estos problemas depende determinar si es procedente o no presentar recurso de inconstitucionalidad.

OCTAVO. La comparación de los supuestos de hecho que justifican la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, debidamente analizados los términos de la LOAES, permite constatar qué es lo común a ellos y qué lo diferente. En todos ellos ha de haberse producido una situación "grave" que no puede ser resuelta eficazmente por los mecanismos ordinarios: "alteraciones graves de la normalidad" (alarma), "grave alteración" vinculada al orden público (excepción), "insurrección o acto de fuerza" (sitio). Sin embargo, en cada uno de ellos, la situación "grave" es causada por fenómenos diferentes.

En la alarma, ha de tratarse de alguno de una lista de fenómenos que pueden ser involuntarios (un terremoto o una epidemia, por ejemplo) o voluntarios (paralización del transporte aéreo por una huelga que no garantiza los servicios mínimos o el desabastecimiento de alimentos por una huelga en el transporte que tampoco garantiza los servicios mínimos, por ejemplo).



Defensor del Pueblo



En la excepción, la ley renuncia a describir una lista de fenómenos. Ello (unido al hecho de que nunca se ha declarado el estado de excepción desde la LOAES) dificulta la interpretación. Para mayor complicación, la alteración del "normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales" a que se refiere el artículo 13 para el estado de excepción parece solaparse con la "paralización de servicios públicos esenciales" a que se refiere el artículo 4 para el de alarma.

Es necesario aportar luz para la tarea de delimitar la procedencia del estado de alarma frente al de excepción (y viceversa).

Una idea fundamental nos parece la clara vinculación de la eventual declaración de un estado de excepción a problemas de orden público, lo que permite la entrada en juego de toda la rica tradición interpretativa de tal concepto, muy abundante en nuestra historia y que debe vincularse hoy a los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1 principio de la Constitución). Se trata, dice el artículo 13 de la LOAES, de que las potestades ordinarias resulten insuficientes "para restablecerlo y mantenerlo" (se refiere al orden público): si esto sucede, se podrá declarar el estado de excepción.

Parece claro que es presupuesto de la declaración de este estado un problema muy grave de orden público, tan grave que no pueda restablecerse y mantenerse con las ya de por sí potentes "potestades ordinarias" de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (de ámbito estatal, autonómico, foral o local) y de las Fuerzas Armadas. En este sentido, el orden público se altera por actos voluntarios, subjetivamente justificados o no (objetivamente, no cabe en democracia alterar el orden público, pues todo problema debe abordarse por los cauces del Estado de Derecho). En términos teóricos, una desgracia natural, por ejemplo, no reclama un estado de excepción, salvo que, además, el orden público se vea gravemente alterado (pillajes generalizados, otros actos de violencia ejercidos por particulares que no puedan ser contenidos por la policía sin suspensión de derechos fundamentales, etcétera).

Otra idea fundamental es que si la limitación de derechos (que no suspensión) es un efecto del estado de alarma, la "alteración" (tal es la expresión del artículo 13 de la LOAES, que bien pudiéramos traducir por limitación) de derechos y libertades no es efecto, sino causa, para que pueda ser declarado el estado de excepción. La sistemática de la Ley tiene en cuenta que los problemas graves de orden público alteran los derechos cuyo adecuado ejercicio está vinculado al mantenimiento de aquél (libre circulación, seguridad, integridad física...diríamos derechos fundamentales de primera generación) y es esa alteración la que suscita la necesidad de declarar el estado de excepción. Mientras que en los presupuestos del estado de alarma se halla más bien una situación en la que peligran derechos sociales (salud en una epidemia, vivienda en un terremoto, alimentación en el desabastecimiento de productos de primera necesidad); declarado el estado de alarma para preservarlos, quedan limitados derechos que, como la libre circulación, la libertad de residencia o los derechos de reunión y manifestación, son de primera generación.

En el estado de sitio, la situación grave ("insurrección o acto de fuerza"), que se produce o amenaza producirse como presupuesto justificador de la declaración de tal estado ha de ser "contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional" (artículo 32 de la LOAES). Si en el estado de excepción está alterado el orden público, en el estado de sitio está alterado -o en vías de alterarse, lo que es muy diferente: expresión "amenace producirse", artículo 32.1- el orden político. En efecto, la soberanía nacional,



Defensor del Pueblo



la integridad territorial de España y la Constitución constituyen el orden político, que si sufre una insurrección o acto de fuerza que no pueda resolverse "por otros medios" (artículo 32.1) -se entiende, ordinarios- puede reclamar la declaración del estado de sitio. Se está pensando en la defensa del Estado frente a un "golpe de Estado" (dicho en términos de sociología política), sea cual fuere la calificación jurídico-penal que merecieren los actos insurreccionales o de fuerza contra el orden político.

NOVENO. Los derechos -o, por mejor decir, algunos derechos- en el estado de alarma se ven intensamente afectados. La lectura del artículo once da idea clara de ello: puede limitarse la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas o lugares determinados, o someterse la circulación o permanencia a requisitos; pueden requisarse temporalmente bienes o imponerse prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocuparse transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales, excepto domicilios privados; limitarse o racionarse el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartirse órdenes para asegurar los abastecimientos.

Es evidente la afectación de los derechos fundamentales a la libre circulación; de reunión y manifestación, o de propiedad, entre otros. Pero esta afectación podría catalogarse de limitación o de suspensión; la distinción no es baladí y está llena de consecuencias. La limitación modula el ejercicio de los derechos, la suspensión los elimina. Hay una diferencia clara, a título de ejemplo, entre poder reunirse de determinada manera o no poder reunirse en absoluto. Por referirnos al derecho de propiedad, entre la pérdida temporal de uso o la expropiación. En supuestos en los que es más difícil la distinción entre limitación y suspensión (por ejemplo, el llamado "confinamiento domiciliario" en las epidemias) las legislaciones de salud pública permiten *ad personam* (enfermos que pueden contagiar) tomar medidas drásticas, sin que ello signifique la suspensión de la movilidad de toda la población, la cual podría ciertamente ver limitada su movilidad, incluso intensamente, pero no de una manera radical (esto último sería la suspensión del derecho).

Una interpretación conjunta de la CE y de la LOAES permite concluir que en el estado de alarma se limitan derechos, pero no se suspenden. En efecto, el artículo 55.1 de la Constitución indica qué derechos pueden ser suspendidos en los estados de excepción y sitio; nada dice sobre suspensión de derechos en el estado de alarma. La voluntad constitucional es reducir el caso extremo de la suspensión de derechos a dos de los tres estados del artículo 116. En el estado de alarma sólo puede haber limitación, pero no suspensión. Si se observa el artículo 11 de la LOAES, se confirma esta tesis: las expresiones utilizadas para referirse a las medidas que se pueden adoptar (restrictivas de derechos) son "limitar", "practicar requisas temporales", "intervenir y ocupar transitoriamente", "limitar o racionar"...es decir, no se utiliza el verbo "suspender", reservado para los estados de excepción y sitio.

La suspensión de derechos fundamentales es la consecuencia más característica del estado de excepción. Los derechos suspendidos son de extraordinaria importancia en un Estado democrático de derecho; a regular esta cuestión dedica varios artículos la LOAES (16 a 25).

Bastan algunas pinceladas para hacer notar la gravedad de esta hipotética situación, no sólo por la causa que funda la declaración del estado de excepción, sino también por sus consecuencias: la Autoridad gubernativa podrá detener por un máximo de diez días cuando "existan fundadas



Defensor del Pueblo



sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público" (la detención se comunica al juez en el plazo de veinticuatro horas, quien puede requerir información sobre el detenido y donde se halla, pero nada se dice sobre que el juez pueda decretar la puesta en libertad, aunque subsisten las garantías del detenido del artículo 17.3 de la Constitución, ex 55.1); la autoridad gubernativa puede disponer registros domiciliarios; intervenir toda clase de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (el artículo está redactado en 1981; fácilmente se comprende que la intervención comprendería ahora desde luego todas las comunicaciones que pueden hacerse desde un teléfono móvil y dispositivos análogos); la prohibición de circulación de personas y vehículos (en el marco de una suspensión de derechos fundamentales, no de una limitación como en el estado de alarma, como antes se ha apuntado); la disposición de desplazamientos de personas fuera de la localidad de su residencia habitual; la suspensión de publicaciones, emisiones de radio y televisión (en el sentido en que esto hay que entenderlo hoy, cuando las "publicaciones" y las "emisiones" se hacen a través de internet); la autorización previa o prohibición de reuniones y manifestaciones, e incluso disolverlas (nada se dice sobre el control judicial; pero en el artículo veintidós, cuatro, se exige Autorización gubernativa para penetrar en locales en que tuvieran lugar reuniones que se pretende disolver, e incluso no se necesita Autorización gubernativa cuando desde los locales "se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito", sin que nada se diga sobre el papel del Poder Judicial); la prohibición de huelgas.

No hemos pretendido agotar la exposición de las medidas que pueden adoptarse bajo el estado de excepción, en el que pueden suspenderse los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 55.1 de la Constitución. Baste lo dicho para comprender que es una situación gravísima para los derechos fundamentales y que, por ello, debieran agotarse cuantas posibilidades ofrece el ordenamiento jurídico (incluido el mucho menos invasivo estado de alarma) ante la más mínima duda sobre su pertinencia.

El estado de sitio se regula de manera muy sucinta en la LOAES (artículos 32 a 36), y poco se dice sobre la posición de las autoridades, el control parlamentario y los derechos afectados. Sabemos que la declaración de estado de sitio la realiza el Congreso de los Diputados a propuesta del Gobierno, y que es la declaración la que "determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio" (artículo 32.2). Los derechos fundamentales que pueden suspenderse son los mismos que en el estado de excepción y, además, los del artículo 17.3 de la Constitución, relativo a las garantías del detenido.

DÉCIMO. Sentadas las anteriores consideraciones teóricas y aplicadas las mismas al Real Decreto 463/2020 (con sus modificaciones y prórrogas) cabe concluir que el Real Decreto respeta la Constitución.

En efecto, ante la situación de hecho de una pandemia gravísima, el confinamiento general era una respuesta sanitaria proporcionada a la situación para preservar la salud y la vida de las personas. La Constitución, en su artículo 116, contempla el estado de alarma, y la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, contempla que pueda declararse el estado de alarma para hacer frente a una epidemia.



Defensor del Pueblo



El confinamiento generalizado, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero en modo alguno significa -o significó durante el estado de alarma- la suspensión de los mismos, como sostienen muchos de los comparecientes, bien para mostrar su rechazo bien, en su caso, para exponer que tal presunta suspensión estaba justificada, pero que debía haberse declarado el también constitucional estado de excepción.

Y ello por una diversidad de razones:

a) Ni el Gobierno declarando el estado de alarma, ni el Congreso de los Diputados prorrogándolo, quisieron suspender derechos fundamentales. La voluntad del legislador resulta clara para esta institución, si bien, naturalmente, este criterio interpretativo debe ponderarse junto al resto de circunstancias concurrentes. Lo que se quería era confinar a la población para salvar la vida y preservar la salud del mayor número de personas posible.

b) No existe el derecho fundamental a dañar a otro, a poner en peligro su vida o su salud. La primacía de la vida -presupuesto de todo derecho y derecho fundamental también- lleva más bien a pensar que otros derechos (como la libertad de circulación, el derecho de reunión o los de tipo económico) tienen un límite natural en la posición que ostentan en una jerarquía de derechos, posición que es subordinada a la vida o la salud. Las características de esta terrible pandemia (piénsese, por ejemplo, en la capacidad de contagio de las personas asintomáticas) reclamaban decisiones de alcance general, indiferenciado, que hiciesen explícita esa jerarquía de derechos para el conjunto de la población. El estado de alarma fue el instrumento para hacer explícita la primacía del respeto a la vida y la salud. Aun sin el estado de alarma, tal primacía subsiste, y no puede sostenerse que se suspendan derechos porque se impida poner en peligro a otro ejerciendo nuestra presunta libertad de movernos libremente *sean cuales sean las consecuencias*. Tal presunción (la de que hay una libertad sin responsabilidad) es errónea.

c) En el debate sobre los límites de los derechos fundamentales, la técnica de la ponderación permite formular conclusiones, caso a caso, sobre si el ejercicio de un derecho fundamental está subordinado al de otro. Lo que hace el Real Decreto 463/2020 es, por decirlo así y salvadas las distancias con una ponderación en sentido estricto, una ponderación global en el contexto de una amenaza global. Esta ponderación exigía medidas permitidas *expressis verbis* por la Ley Orgánica 4/1981 o sencillamente razonables en su marco. *De contrario*, no haberlas tomado -mediante el estado de alarma u otras técnicas legislativas sin estado de alarma- hubiera sido, por omisión, subordinar la vida y la salud al pleno ejercicio de otros derechos fundamentales: esto sí hubiera sido, a juicio de esta institución, de más que dudosa constitucionalidad.

d) El estado de excepción -que sí permite la suspensión de derechos fundamentales- está vinculado a problemas graves de orden público. Tales problemas, afortunadamente, no existieron. No era, pues, una opción adecuada a la situación existente de epidemia, a juicio de esta institución. Y no lo era porque la suspensión es la destrucción, siquiera temporal, del derecho, sin margen para ponderación alguna, lo que nunca es deseable. Y

no lo era tampoco, y sobre todo, porque no existían los presupuestos de alteración del orden público que deben concurrir. De inclinarse los poderes públicos por la aplicación del artículo 116 de la Constitución -lo que era una decisión legítima y proporcionada a las circunstancias- no cabía otra opción que el estado de alarma. Y ello porque la epidemia provocó una situación límite que hacía necesarias medidas potentes. La situación era muy nueva, pues otras epidemias o no han sido tan amenazantes o, si lo fueron (gripe de 1918, por ejemplo), no han sido conocidas por la población viva de este tiempo. La respuesta de los poderes públicos debía estar a la altura de la gravedad de la amenaza. No puede reprocharse que, excluidos los estados de excepción y sitio por no concurrir sus presupuestos, fuera elegido el estado de alarma. Dice la clásica expresión latina que *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a realizar lo imposible). Si los estados de excepción y sitio no eran posibles, y la situación exigía un confinamiento general con algunas excepciones, ¿puede reprocharse el uso del estado de alarma, aun cuando la Ley de 1981 no hubiera podido prever hasta el más mínimo detalle todas las medidas precisas ante una pandemia mundial de extrema gravedad? A juicio de esta institución, no. Era una salida constitucional, proporcionada, realista y orientada a salvar vidas. La tesis de que "debía haberse declarado el estado de excepción" (por la intensidad de las restricciones que se produjeron) no se sostiene: ni había un problema de orden público ni procedía la suspensión de derechos fundamentales.

La idea de que si la limitación de derechos es intensa y se extiende a todo el territorio nacional (lo que pudiéramos llamar "tesis cuantitativa" para delimitar la frontera entre los estados del artículo 116 de la Constitución) ya procede el estado de excepción (o sería un "estado de excepción encubierto" si se declaró el de alarma) no se sostiene tampoco a juicio de esta institución; y no lo hace porque los términos de la Ley Orgánica 4/1981 permiten más bien confirmar lo que pudiéramos denominar una "tesis causal": si el problema subyacente es sanitario (la causa) sin un problema de orden público concomitante, lo que procede, en su caso, es declarar el estado de alarma sin suspensión de derechos fundamentales pero con limitaciones a algunos de ellos.

Es más, la naturaleza y el número de los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos en el estado de excepción hubiera constituido una respuesta exorbitante, gravemente lesiva para los ciudadanos y claramente improcedente.

e) Precisamente porque hubo limitación y no suspensión de derechos, pudo discutirse, caso por caso, si podía ejercerse o no el derecho de reunión. El Defensor del Pueblo siempre defendió durante el estado de alarma que sí era posible, pero con garantías sanitarias. De haber estado suspendido no hubiera habido debate, o éste hubiera sido resuelto siempre, por las autoridades administrativas y judiciales, en sentido negativo. Es público y notorio, sin embargo, que se celebraron reuniones y manifestaciones durante el estado de alarma (respetando las distancias de seguridad), no sin vacilaciones iniciales debido a lo novedoso y difícil de la situación. Pero los errores de aplicación son cosa distinta de la corrección de las normas.

f) Este tipo de reflexiones podrían hacerse sobre todos y cada uno de los derechos fundamentales en juego. Así, si bien las restricciones a la libertad de circulación estaban justificadas *in genere*, el Defensor del Pueblo ha sostenido durante el estado de alarma

una posición crítica sobre la aplicación de la falta grave del artículo 36.6 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana a las infracciones del confinamiento, aplicación que no era una consecuencia necesaria del Real Decreto 463/2020: podía haberse promulgado, simultánea o inmediatamente después, una norma con un régimen sancionador *ad hoc* y adaptado a las circunstancias. Igualmente, el Defensor del Pueblo ha recibido y tramitado quejas sobre actuaciones policiales concretas durante el estado de alarma. Pero esto es cosa diferente a la legitimidad de la restricción de movimientos para evitar contagios durante el estado de alarma declarado para hacer frente a la epidemia.

g) En otro orden de cosas, el artículo 11 del Real Decreto 463/2020 condicionaba la asistencia a los lugares de culto a la adopción de medidas de seguridad. Por tanto, era indudable que se podía asistir a los lugares de culto (con medidas de seguridad). En consecuencia, en el ámbito de la libertad religiosa, no hubo la limitación de movimientos que sí hubo en otros ámbitos. Cosa distinta –ha de insistirse– es que hubiese errores de aplicación, o que la mera lectura del artículo 7 (que debe conectarse al 11) pudiera interpretarse –erróneamente– como que no podía asistirse a las iglesias u otros lugares de culto. Y cosa distinta, también, es que autoridades religiosas cerrasen lugares de culto para coadyuvar a la lucha contra la pandemia, lo que se vio, en cierta medida, compensado por la transmisión de actos de culto a través de internet, de la radio y la televisión en número y frecuencia sin precedentes. No hubo, pues, más restricciones en el ámbito de la libertad religiosa (en su vertiente de asistencia a actos públicos) que las derivadas de las decisiones prudentiales de las autoridades religiosas de las diversas confesiones y de la adopción de las medidas de seguridad antes indicadas. Y, si las hubo en casos concretos, no pueden atribuirse al Real Decreto 463/2020, que cuidó de preservar la libertad religiosa en el artículo 11. En el caso de los enterramientos e incineraciones pudo asistir siempre un ministro religioso.

h) Las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas durante el estado de alarma (“Operación Balmis”) se desempeñaron en el marco de la Constitución y de la legislación militar. La condición de “agente de la autoridad” que otorgó el Real Decreto 463/2020 al personal militar (Disposición Adicional Quinta) lo hizo de conformidad con la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, sin que tal condición tenga el mismo significado que la homóloga (“agente de la autoridad”) en otros cuerpos de funcionarios, sino que se circunscribe al desempeño de las misiones específicas asignadas a las Fuerzas Armadas durante el estado de alarma, que no eran las mismas que las del Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil u otros cuerpos policiales.

i) Finalmente, la posición en el estado de alarma del personal diplomático acreditado en España (fuera extranjero o español al servicio de una Embajada, Misión o Consulado) ni fue ni podía ser otra (en virtud de la primacía de los Tratados sobre el derecho interno) que la prevista en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, ratificadas por España; la referencia a este personal en el Real Decreto 463/2020 debía ser interpretada con subordinación a las convenciones de Viena y, por tanto, debía ser entendida como comprensiva de extranjeros y españoles en tanto comprendidos en tales Convenciones.



DÉCIMOPRIMERO. El estado de alarma se declara para hacer efectivo el confinamiento general de la población. Por su propia naturaleza, el confinamiento ha repercutido en la actividad económica de manera muy severa, y resultado de ello ha sido una disminución del Producto Interior Bruto superior al 18 por ciento en el segundo trimestre de 2020 (en relación con el trimestre anterior) y superior al 22 por ciento en el segundo trimestre de 2020 en relación con el segundo trimestre de 2019. Detrás de estas cifras se halla una situación dramática para muchas personas y familias.

El Real Decreto 463/2020 "suspende" actividades económicas, pero esto no es la "suspensión" de derechos fundamentales a que se refieren algunos comparecientes. Si el estado de alarma que se declaró es constitucional como sostenemos, también lo fue el confinamiento (¿cómo priorizar la vida y la salud sobre otros derechos sin confinar, si ésta era la manera de evitar la propagación de una enfermedad potencialmente mortal?). Por tanto, hubo consecuencias económicas del confinamiento y los derechos económicos relacionados padecieron al igual que los otros derechos antes citados como el de reunión o la libertad de ambulatoria. Valga, pues, lo dicho al respecto en el Fundamento DÉCIMO.

Ciertamente, puede discutirse el acierto o desacierto de las restricciones a los derechos económicos, si fueron o no excesivas o si duraron o no demasiado. Pero esto sería crítica legítima de la política económica (y sanitaria) que no afecta a la constitucionalidad del estado de alarma y sus consecuencias sobre los derechos económicos y sociales.

Desde estas premisas, cabe concluir la constitucionalidad de los Reales Decretos-Leyes 8/2020, 9/2020 y 10/2020. Las denominadas "medidas de contención" (artículo 10 del Real Decreto 463/2020) son medidas sanitarias que evidentemente subordinan la libertad de empresa al derecho a la salud, pero esto no es la "suspensión" de aquel derecho fundamental sino la primacía de este. Se trata más bien de que la libertad de empresa debía adaptarse a una situación de pandemia grave y así sucedió de hecho (y lamentablemente sigue sucediendo, con todo lo que ello acarrea para empresarios, autónomos y trabajadores) en todos los sectores económicos.

Si grave ha sido la repercusión en las empresas de esta pandemia, lo ha sido también para los autónomos y trabajadores por cuenta ajena. A esta gravedad obedece un conjunto de medidas como, por ejemplo, las relativas a los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo que, lejos de afectar a los derechos fundamentales, procuran garantizar aquellos de mayor contenido social.

Los Reales Decretos-Leyes 8/2020, 9/2020 y 10/2020, en fin, no afectan al contenido esencial de los artículos 37 (negociación colectiva, conflicto colectivo) y 38 (libertad de empresa) de la Constitución, sino que modulan su ejercicio para coadyuvar, de esta manera, a una lucha más efectiva contra la pandemia, tienen una vocación temporal vinculada a la superación de la misma y atienden a situaciones de vulnerabilidad social emergente cuya realidad y necesidad de urgente respuesta por los Poderes Públicos no están en discusión.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente efectuadas, se adopta la siguiente:

RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 3 de septiembre de 2020, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del



Defensor del Pueblo

Pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, **NO INTERPONER** recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (Boletín Oficial del Estado número 67, de 14 de marzo de 2020), y sus prórrogas, ni interponer recurso de inconstitucionalidad o, en su caso, amparo contra las demás normas indicadas en el encabezamiento de esta Resolución.

Madrid, a 3 de septiembre de 2020

Francisco Fernández Marugán

Defensor del Pueblo (e.f.)

