

## A LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

**D. SERGIO NUÑO DÍEZ DE LA LASTRA MARTÍNEZ**, mayor de edad, abogado, **D. CARLOS VAQUERO LÓPEZ**, mayor de edad, ex juez y abogado, **D. SANTIAGO CARRETERO SÁNCHEZ**, mayor de edad, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos y abogado, **D. MIGUEL ÁNGEL SALOM MORENO**, mayor de edad, graduado social y abogado, **D. RAFAEL ABATI G<sup>a</sup>-MANSO**, mayor de edad, abogado, **D. CARLOS FLORES JUBERÍAS**, mayor de edad, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, y **D. CARLOS RUIZ MIGUEL**, mayor de edad, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, todos con domicilio a efecto de notificaciones en C/ Velázquez, 59, 5º, Centro, Izquierda, 28001 de Madrid, ante este organismo comparecen y como mejor proceda **DICEN:**

Al amparo de lo dispuesto en el art. 54 CE, por el que se otorga la consideración como Alto Comisionado de las Cortes Generales al Defensor del Pueblo para la defensa de los Derechos Fundamentales recogidos en el Título I de la Carta Magna, se eleva la siguiente **QUEJA**, y ello conforme a los siguientes,

### HECHOS

**RESUMEN PREVIO.-** Merced al Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (BOE de 14 de marzo de 2020), y a propuesta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, del Ministro de Sanidad, de la Ministra de Defensa, y de los Ministros del Interior, y de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el Consejo de Ministros acordó la declaración en todo el territorio nacional el estado de alarma, al objeto de la hacer frente con mayor eficacia a la emergencia de salud pública, “grave y excepcional” ocasionada por el COVID-19.

El citado Real Decreto [en adelante, RD] fue posteriormente modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo y luego prorrogado por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; hallando todos ellos sustento jurídico en lo dispuesto en los Títulos I y II de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y de sitio (BOE de 5 de junio de 1981), cuyo artículo cuarto, autoriza al Gobierno dentro de las facultades conferidas por el artículo 116.2 de la Constitución Española, a declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional cuando se produzca alguna de las alteraciones contenidas en la misma. Sin que sea difícil reconocer en el apartado b) del referido artículo 4 una hipótesis de hecho susceptible de amparar la citada declaración como es la de hallarnos ante “*crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminaciones graves*”, que encaja de forma

razonable con la situación actual de pandemia derivada de la propagación mundial de COVID-19:

Las medidas adoptadas por el RD 463/2020 de 14 de marzo –de las que párrafo quinto de su exposición de motivos afirma “*son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución*”– quedan explicitadas, por lo que hace a las dirigidas de manera genérica a la ciudadanía, en los artículos 7 (Limitación de la libertad de circulación de las personas; y 8 (Requisas temporales y prestaciones personales obligatorias), y complementadas por otras dirigidas a sectores específicos de la actividad productiva (tales como el educativo, el sanitario, el energético, el de los transportes, o el de la cultura) que se explicitan en los artículos que van del 9 al 19; y complementadas con una brevísima referencia al régimen sancionador aplicable, contenida en el artículo 20.

En principio, todas las medidas explicitadas en el RD 463/2020 de 14 de marzo –y en los que le complementaron, y aun todas aquellas que en desarrollo de sus previsiones se adoptaran por las autoridades en ellos mencionadas– deberían hallar encaje en las facultades que la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio brinda a la autoridad competente –en este caso, el Gobierno de la Nación– durante la vigencia del estado de alarma para hacer frente a las amenazas que lo suscitaron. Facultades que quedan explicitadas en su artículo 11, que le permite

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.*
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.*
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.*
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.*

Así como en las del artículo 12, que en su apartado 1 añade que cuando concurriesen los apartados a) y b) del artículo 4, la Autoridad competente podrá adoptar además las medidas previstas en la normativa para la lucha contra las enfermedades infecciosas entre otras.

Pero, sobre todo, deberían quedar amparadas en las previsiones que la Constitución española contempla en sus artículos 55.1 y 116 en relación con la declaración de algunos de los estados excepcionales, y en general en lo tocante

al alcance de los derechos fundamentales y de sus garantías. Para valorar la constitucionalidad del RD y la sucesiva normativa aprobada durante el estado de alarma, es necesario partir desde una concepción basada en interpretar la norma conforme a la Constitución y respetar así el principio de primacía de la Carta Magna y el orden jerárquico-normativo que impera en nuestro Estado de Derecho. Aunque el citado RD y todo el desarrollo normativo acaecido durante el estado de alarma pudiese tener un amparo normativo en leyes y normas previas como la Ley General de la Sanidad o en la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, se impone el deber de análisis conforme a los arts. 55.1 y 53.1 de nuestra Constitución. El Real Decreto que acuerda y declara el estado de alarma y la normativa con rango de ley a la que se hace referencia para justificar la afectación de distintos derechos no puede suponer el amparo de cualquier suspensión de derechos fundamentales, puesto que una norma con rango de ley no puede habilitar estos supuestos en contra de lo establecido en nuestra Carta Magna.

El art. 53.1 CE destaca que toda ley que regule el ejercicio de derechos fundamentales debe respetar ese contenido esencial, convirtiéndose así en el límite a la limitación de derechos fundamentales. Así pues, las normas con rango de ley no pueden amparar la restricción de derechos fundamentales atacando a su contenido esencial. Para entender que se ha restringido o suspendido un derecho fundamental, de acuerdo con la doctrina constitucional más autorizada en este ámbito, no es necesario que el derecho fundamental desaparezca por completo, sino que su ejercicio real sea imposible o quede tan desdibujado que no pueda protegerse. Y el artículo 55.1 CE por su parte no contempla la suspensión de derechos fundamentales durante el estado de alarma, lo que partiendo de una imprescindible interpretación pro libertate de la norma fundamental, obliga a sostener que no permite dicha suspensión. Impresión ésta que se refuerza con la lectura de la LO de 4/1981, en la que también se hallan ausentes –como no podría ser de otro modo– títulos habilitantes para la suspensión de los derechos constitucionales en un estado de alarma.

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 ese 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 otras fórmulas –quizás por el estado de excepción– más congruentes con la finalidad que se perseguía.

La suspensión de derechos fundamentales realizada en España no solo se ha llevado a término de forma mucho más severa que en la mayoría de los países europeos, que –como Italia, Alemania, Bélgica, Portugal, Reino Unido o Francia– han optado por una dosificación más proporcional de las restricciones a los derechos fundamentales. Pero sobre todo, 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– que nos hallamos ante una suspensión de los mismos en toda la regla.-

Lejos de ser imputable un mero error de apreciación, la opción elegida por el Consejo de Ministros resulta adicionalmente inquietante desde el momento en que la misma ha supuesto, de una parte una merma sustancial de la capacidad de decisión de la institución que más fielmente encarna la soberanía del pueblo español y mejor representa sus distintas sensibilidades políticas –en un momento en el que las apelaciones a la unidad son tan necesarias– y de otra una disminución de las cautelas y las garantías jurídicas que deben acompañar a las limitaciones de derechos.

En efecto: aunque ningún ciudadano desearía verse privado siquiera por un instante de los derechos que la declaración de un estado de excepción permitiría suspender, la privación de esos derechos llevada a cabo a través de un estado de alarma genera el efecto perverso de llevarse a término en contra de la ley, sin el debido respaldo del Congreso, y sin las garantías adicionales que la constitución y la ley ordenan poner en funcionamiento en el momento mismo de instaurarse esa suspensión.

Es cierto que para decretar el estado de excepción el Gobierno necesitaba autorización previa del Parlamento, pero ya el propio 14 de marzo de 2020, tras más de siete horas de Consejo de Ministros el propio Presidente del Gobierno justificó el tiempo empleado porque las medidas que se iban adoptar afectarían a derechos fundamentales de los ciudadanos. Si ya se preveía entonces 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.

El único precedente existente en nuestra democracia sobre la declaración del estado de alarma fue cuando se decretó durante la huelga de controladores aéreos en el año 2010 y que fue recurrida en amparo por 327 controladores aéreos. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016 sostuvo 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 (FJ 10).*

Además de reconocer la posibilidad de que las personas que consideren lesionados sus derechos fundamentales por las medidas contenidas en el Real Decreto podrían acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía jurisdiccional, la referida STC 83/2016, de 28 de abril (FJ 8º) afirma que

*“la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.*

Por lo que la decisión del Ejecutivo tampoco respeta la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Garantías ya que a la vez que se decretaba el estado de alarma, se suspendía una decena de derechos fundamentales.

Nos encontramos, pues, ante la más amplia, más generalizada, y más prolongada limitación a los derechos fundamentales de nuestra historia democrática y, por tanto, en unas circunstancias en las que resulta inconcebible que el Defensor del Pueblo, en tanto que “alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución” (como lo califica el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) y responsable de “supervisar la actividad de la Administración” permanezca renuente a exigir que la actuación de otros organismos públicos –como el Gobierno de la Nación y, bajo su supervisión, los ejecutivos de las Comunidades Autónomas–, se ajusten a la Ley y a la Constitución. Y ello por gozar esta alta institución de la facultad para

*“iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo ciento tres, uno, de la Constitución, y*

*el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero.”  
(artículo 9.1 de la Ley Orgánica 3/1981)*

Por poseer atribuciones que se extienden a la fiscalización de “la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas” (art. 9.2, *ibídem*). Por hallarse necesariamente operativa incluso en el periodo de vigencia de un estado de alarma (a *sensu contrario*, artículo 11.3 de la Ley Orgánica 3/1981)

Es por en atención a todo ello que ante las bien fundamentadas dudas que suscita el encaje constitucional de los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma y de la normativa de desarrollo mencionados en los dos primeros párrafos de este escrito, los abajo firmantes consideramos prioritario que la institución del Defensor del Pueblo, en uso de las facultades que, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le otorga el artículo 29 de su Ley Orgánica

- 1) formalice y eleve recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que realice ese control de garantías que la Ley y nuestro Estado de Derecho le atribuye con el fin de salvaguardar y analizar que todos los derechos fundamentales suspendidos durante la declaración y vigencia del estado de alarma tuvo lugar con respeto al encaje normativo-constitucional de nuestro estado de derecho;
- 2) formalice recurso de amparo contra la normativa de desarrollo que vulnera la propia Declaración del estado de alarma y los derechos reconocidos en la Constitución, incluyendo los actos de la Mesa del Congreso que vulneran derechos fundamentales,

Y todo ello por los siguientes

## **MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **Primero.-**

**Inconstitucionalidad del art. 7 del RD 463/2020, de la Orden int/226/2020 y el posterior desarrollo normativo relativo a la suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación del Art. 19 de la Constitución así como del régimen sancionatorio derivado de su incumplimiento**

El nombrado anteriormente RD 463/2020 y el desarrollo normativo posterior contenido en el RD 563/2020 por el que se aprueba el estado de alarma en todo el territorio nacional, 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 RD 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 RD 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:*

- 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.*
- 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 que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.*

El referido RD 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.

Si el Ejecutivo hubiese entendido que la medida de restricción no era estrictamente necesaria, entonces sí habría tenido encaje en el estado de alarma, a cambio de haber prescrito la adopción de aquellas medidas, tasadas en cuanto a su alcance, destinatarios, tiempo y lugar, que son propias de un supuesto de restricción o limitación determinada y no de suspensión general del derecho. El referido RD podría establecer dichos límites o restricciones a la libertad de circulación pero siempre partiendo de un principio general de libre circulación de las personas, que resulta ser lo que exactamente recoge el art. 11 a) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

En la LO 4/1981 de 1 de junio que regula los tres escenarios posibles, para el estado de alarma en su artículo once, expresamente se refiere a la posibilidad de

*“limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”,* que viene determinado para el establecimiento de ciertas y concretas restricciones tasadas en determinados supuestos que el RD debería desarrollar. Por el contrario, el mencionado RD contiene una prohibición expresa y general con suspensión del derecho a la libre circulación de los ciudadanos dentro del territorio nacional, llegando incluso a ordenar el cierre de fronteras, lo que ahonda más en dicha suspensión generalizada.

No tendría encaje una interpretación de forma gradualista en el sentido de que la declaración del estado de alarma encuentra su justificación en la excepcionalidad provocada por causas naturales, el de excepción que sustentaría únicamente en cuestiones de orden público y el estado de sitio, para situaciones de conflicto bélico.

Mejor encaje normativo y constitucional tendría en el supuesto regulado en el artículo 20.1 de la LO 4/1981, de 1 de junio para el supuesto del estado de excepción:

*“Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir”.*

Si bien el legislador dedicó la definición de epidemia y crisis sanitaria al estado de alarma, la puesta en marcha de los mecanismos legales y jurídicos por el Ejecutivo actual exceden de gran manera las disposiciones y limitaciones contenidas para ese supuesto, teniendo un mejor encaje interpretativo en el estado de excepción por la suspensión de derechos fundamentales aunque cuando se habla de este supuesto, el legislador de entonces pensara únicamente el disturbios internos y graves desórdenes públicos. Sea como fuera, la enumeración entre los supuestos de hechos justificativos de la declaración de un estado de alarma de uno –el de hallarnos ante “Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”, contemplado en el Artículo 4.b) de la LO 4/1981 de 1 de junio– que encaja a la perfección en la situación por la que ahora atraviesa nuestro país, no implica necesariamente que la única fórmula practicable para la superación de sus efectos sea la del estado de alarma. 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 LO 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 LO 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 deambulaci3n por el territorio nacional.

Una pandemia que se caracteriza por su enorme contagiosidad, alta tasa de mortandad y la obligaci3n de adoptar medidas urgentes de confinamiento y suspensi3n de derechos fundamentales para combatir la expansi3n del virus COVID-19 ante la alerta y bloqueo sanitario, obligaba al Ejecutivo a aprobar el estado de excepci3n y no a declarar un estado de alarma insuficiente, que se ve desbordado por el desarrollo normativo posterior y por las restricciones generales de diversos derechos fundamentales plasmados en nuestra Constituci3n.

Un confinamiento generalizado como el que actualmente se ha acordado no se prevé expresamente en ninguna otra norma vigente, ni siquiera en el art. 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad, ni en el art. 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud P3blica en sus apartados finales, que resultan ser una especie de cl3usulas abiertas, pero sin que en ning3n caso habiliten a la autoridad competente para adoptar, sin ning3n tipo de l3mite ni control adicional, cualquier clase de medida que sponga sobrepasar las garant3as constitucionales.

Esta extralimitaci3n constitucional de la norma prevista para el estado de alarma cuando de facto se est3 aplicando un estado de excepci3n pero sin ser aprobado, convierte la suspensi3n (que no limitaci3n) del derecho fundamental a la libertad de circulaci3n de todos los ciudadanos en nula de pleno derecho. Un Real Decreto que hurta la competencia al Congreso de los Diputados para autorizar previamente la declaraci3n del estado de excepci3n para suspender derechos fundamentales, supone una vulneraci3n flagrante del marco constitucional y de nuestro Estado de Derecho. El art3culo 9.3 de la Constituci3n expresamente proh3be la arbitrariedad de los poderes p3blicos, los cuales se encuentran sujetos a las mismas normas y leyes que nos rigen al conjunto del Estado.

La STEDH *Guzzardi v Italia* de 6 de noviembre de 1980 consider3 injustificada la decisi3n conforme a la cual hab3a sido privado de libertad el demandante, confinado en un 5% del territorio insular, y sin barreras f3sicas de una isla de 51 Km, esto es, pod3a moverse por una superficie similar a la del Principado de M3naco. La interpretaci3n que realiz3 entonces el Tribunal fue de absoluto respeto al derecho de libertad de circulaci3n de todos los ciudadanos europeos en cuanto el mismo supone un derecho fundamental consagrado en la legislaci3n nacional de los pa3ses europeos y un derecho de especial protecci3n contenido en la Carta Europea de Derechos Humanos. El confinamiento que ha impuesto el Gobierno espa3ol a sus conciudadanos tampoco respeta los l3mites

establecidos ni la protección que la Carta Europea otorga a la libertad de deambulación ni la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta cuestión.

Y no se trata de estar o no de acuerdo con las medidas adoptadas, que desde una óptica sanitaria pueden ser necesarias, sino del cuestionamiento que se hace de la citada norma cuando no se respetan los cauces normativos impuestos por el ordenamiento jurídico, en una situación en la que el ejecutivo concentra las competencias y diluye el poder de control y decisión del Parlamento. En un Estado de Derecho como el nuestro no puede permitirse el dictado de normas o la suspensión de derechos fundamentales sin respaldo normativo. El fin no justifica los medios.

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 RD 463/2020 de 14 de marzo y la normativa posterior aprobada, sean inconstitucionales y por ende, nulas de pleno derecho. Por tanto, no puede escapar de la necesidad de plantear ante el Tribunal Constitucional, como máximo Tribunal de Garantías, el control jurisdiccional de la normativa que aprueba el estado de alarma y, en su caso, tras el control jurisdiccional en vía ordinaria, la que lo desarrolla.

Si el RD 463/2020 de 14 de marzo y demás normativa posterior aprobada resultan ser declarados anticonstitucionales o contrarios al ordenamiento jurídico, lo mismo ocurre con las sanciones derivadas del incumplimiento de las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma, que necesariamente se contaminan y se convierten también en inconstitucionales y por ende, en nulos sin que puedan surtir ninguna clase de efectos las denuncias efectuadas por los agentes de la autoridad respecto del incumplimiento del estado de alarma.

Hacemos nuestro también el informe que desde la Abogacía del Estado se ha realizado como consecuencia de la consulta formulada el pasado 2 de abril de 2020 en cuanto a la aplicación analógica de distinta normativa administrativa sancionatoria por parte de los agentes de la autoridad para aquellos ciudadanos que han sido denunciados por incumplir la orden de confinamiento en sus domicilios. La aplicación de normativa que no prevé el incumplimiento del confinamiento puede resultar inconstitucional al aplicarse de forma análoga ya que la norma esta prevista para otros tipos de incumplimientos respecto de las actuaciones y requerimientos de los agentes de la autoridad a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones ordinarias.

En estos casos, la norma que se viene aplicando en los casos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado detectan que un ciudadano no ha respetado las medidas de confinamiento o su desplazamiento no se encuentra respaldado en las excepciones que contiene la norma, se aplica el artículo 36.6 de la Ley

Orgánica 4/2015 de 30 de marzo conocida coloquialmente como “Ley Mordaza”:

*La desobediencia o la resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación, será sancionado como sanción grave con la multa de 601 a 30.000 euros.*

Pero también pueden resultar de aplicación la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública:

Artículo 57.2.b) tipifica como infracción grave, con multa de 3.001 hasta 60.000 euros:

*1.- La realización de conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, cuando ésta no sea constitutiva de infracción muy grave.*

Artículo 57.2.a) dedicado a las infracciones muy graves, con multa de 60.001 hasta 600.000 euros:

*1.- La realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población.*

*2.- El incumplimiento, de forma reiterada, de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, o el incumplimiento de un requerimiento de esta, si este comporta daños graves para la salud.*

Incluso se podría aplicar la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.

Artículo 45.4. Son infracciones Graves, 30.001 a 600.000 euros:

*b) En las emergencias declaradas, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, cuando no suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.*

Artículo 45.3. Constituyen infracciones muy graves, multa de 1.501 a 30.000 euros:

*b) En las emergencias declaradas, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas,*

*cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.*

Y para los casos más graves, el Código Penal prevé en su artículo 556 lo siguiente:

*1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

El citado informa se emite para solventar el conflicto de disparidades de criterios existente entre varias Abogacías del Estado respecto de la tipificación y determinación de la competencia administrativa para tramitar y resolver los procedimientos sancionadores que se incoen por presuntos incumplimientos de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, que da respuesta a los interrogantes planteados.

En lo que afecta a nuestro interés, la Abogacía General del Estado señala lo siguiente:

*1º. Son agentes de la autoridad, a efectos del RD 463/2020, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los miembros de los cuerpos policiales autonómicos y locales, y los miembros de las Fuerzas Armadas que, durante el estado de alarma, pudieran ser requeridos al efecto conforme al art. 5.6 RD 463/2020.*

*2º. La Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, persigue, entre otros, el objetivo de “Garantizar una acción concertada de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía Autonómicos, las Policías Locales y el personal y empresas de seguridad privada, para la implantación y el cumplimiento, en todo el territorio nacional, de las medidas previstas en el Real Decreto 463/2020”. El apartado 5º de la citada Orden, al que se aludirá posteriormente, se refiere a los expedientes sancionadores incoados por los agentes de autoridad durante el estado de alarma.*

*3º. El art. 10 de la LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, dispone que “el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. Esta genérica remisión a la aplicación de “las leyes” plantea problemas prácticos a la hora de tipificar las distintas infracciones denunciadas por los agentes de la autoridad, cuestión de la que en muchos casos depende la competencia para tramitar y resolver los correspondientes procedimientos sancionadores.*

4º. El art. 6 RD 463/2020, relativo a la “Gestión ordinaria de los servicios”, no recoge ninguna previsión expresa en materia de competencias sancionadoras, por lo que hay que entender que dicha norma no afecta al régimen competencial vigente. En consecuencia, el incumplimiento a las restricciones o limitaciones impuestas por el RD 463/2020 o a las órdenes, instrucciones o disposiciones dictadas por autoridades delegadas se habrá de sancionar por las Administraciones competentes por razón de la normativa sectorial aplicable (sanidad, tráfico, comercio, educación...).

5º. Hay infracciones que pueden tener encuadre en distintos bloques normativos, lo que, *ratione materiae*, determina la competencia de una u otra Administración territorial. Así, en primer lugar, el incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma puede tener encaje en la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana -LOPSC-, cuyo art. 32 atribuye competencias sancionadoras. De la enumeración de infracciones muy graves, graves y leves que realiza en sus arts. 35 a 37, sólo parece aplicable al supuesto que nos ocupa, en principio, la infracción grave del art. 36.6, consistente en “la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación”. La ya citada Orden INT/226/2020 dispone en su apartado 5º, bajo la rúbrica “Régimen sancionador”, lo siguiente:

“La ciudadanía tiene el deber cívico de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, y conforme establecen el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, y el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes (...).Igualmente, el art. 36.6 de la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana considera como infracción grave la desobediencia o la resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación...”

6º. Dada la mención expresa que la Orden INT/226/2020 efectúa al art. 36.6 LOPSC podría pensarse que ese precepto es el que da cobertura general a las infracciones a las limitaciones y restricciones impuestas a los ciudadanos por el RD 463/2020.

7º. El art. 36.6 LOPSC tipifica una infracción administrativa derivada, no de la mera contravención de una norma jurídica (conducta que, como se ha indicado, es reprobable y conlleva unas consecuencias jurídicas

*propias en Derecho), sino del desconocimiento del principio de autoridad, que entraña un reproche o desvalor adicional. Cuando quien actúa investido legalmente de la condición de autoridad no es obedecido por un particular, esa conducta merece un reproche adicional al que conlleva el previo incumplimiento de la normativa vigente.*

*8º. Por lo expuesto, la infracción de desobediencia precisa necesariamente de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad, que no resulte atendido por el destinatario de dicho requerimiento. Así las cosas, el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del art. 36.6 LOPSC. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento. Y ello es así ante cualquier clase de incumplimiento normativo que un ciudadano realiza (siempre y cuando no constituya delito) y sea requerido por el agente de autoridad para que cese y obedezca sus instrucciones.*

Por tanto, las conclusiones que se alcanzan con el citado informe son las siguientes:

1ª. La competencia sancionadora por incumplimiento de las órdenes de la Policía Local de aquellos ciudadanos que no cumplen con el confinamiento debido al estado de alarma le corresponde al Alcalde, cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, autoridad competente en aplicación de la LOPSC, según habilitación que hace en la materia el RD 463/2020, desarrollado por Orden INT/226/2020.

2ª. La tipificación de la infracción es la desobediencia recogida en el art. 36.6 LOPSC, por lo que es preciso necesariamente de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad que no resulte atendido por el destinatario de dicho requerimiento, de modo que dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por el agente de la policía local y el particular desatienda dicho requerimiento.

En definitiva, no existe incumplimiento de la orden de confinamiento general a toda la población del estado por ser inconstitucional pero es que además, del incumplimiento de la misma tampoco puede haber una sanción gubernativa, siendo todas las sanciones impuestas desde que se decretó el estado de alarma nulas de pleno derecho y por ende deben ser anuladas y archivadas sin sanción alguna para los ciudadanos denunciados.

**Segundo.**

## **Inconstitucionalidad del RD 463/2020 y todo el desarrollo normativo posterior relativo a la suspensión del derecho de reunión y manifestación del art. 21 de la Constitución.**

Se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con finalidad determinada. La manifestación es una reunión de personas en lugares de tránsito público y que se desplazan de un sitio hacia otro.

En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas o bienes. Pero en el caso de reuniones en lugares cerrados no se requiere dar comunicación previa a la autoridad.

El *dictum* del artículo 21 de la Constitución es el que sigue:

- 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*
- 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

Este derecho se halla desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. El artículo 2 de esta ley dice que:

*Se podrá ejercer el derecho de reunión sin necesidad de comunicar previamente su celebración a la autoridad gubernativa, cuando se trate de las reuniones siguientes:*

- a) Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios.*
- b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.*
- c) Las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas, comunidades de propietarios y demás entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros o a otras personas nominalmente invitadas.*
- d) Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión.*
- e) Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica”.*

Ninguna de estas reuniones estará sometida al régimen de previa autorización.

La autoridad gubernativa adoptará las medidas necesarias para proteger las reuniones y manifestaciones frente a quienes traten de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho, impidiendo, asimismo, que se perturbe la seguridad ciudadana.

No obstante, del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.

Las reuniones sometidas a la Ley Orgánica 9/1983 sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Conlleva luego la presentación de un modelo de solicitud a la Autoridad gubernativa para acceder, en colaboración con el Ayuntamiento para el corte del espacio pertinente para haberlo llevado a cabo, la manifestación adecuada.

Como es sabido, el 14 de marzo de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 463/2020 por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que, en lo que ahora nos interesa, establece en el artículo 7 bajo el título «Limitación de la libertad de circulación de las personas» una prohibición general de circulación por las vías o espacios de uso público que solamente queda exceptuada en ocho supuestos. Además, los exiguos ocho supuestos en que se permite la circulación solo se autorizan cuando se realicen de forma individual salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada. Hemos visto que el artículo 55 de la Constitución nos indica que:

*Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción».*

Pese a lo obvio del contenido del artículo, es de significar que se llega a idéntica conclusión de la lectura de los debates constituyentes de 1978, en los que se acredita que precisamente la voluntad de los constituyentes era negar la posibilidad de que en el estado de alarma pudieran resultar suspendidos derechos fundamentales.

Esta redacción supone que la circulación para acudir a una reunión, aunque sea en un lugar cerrado (caso en el que no es necesaria siquiera la comunicación previa a la autoridad) queda prohibida y es objeto de sanción teniendo como efecto directo que las reuniones en lugar cerrado quedan impedidas y perseguidas.

He aquí pues de dónde viene el problema de la posible inconstitucionalidad del real decreto citado. Con esos mimbres sería aprobada la Ley Orgánica 4/1981 de



1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que en lo que ahora nos interesa establece la posibilidad en su artículo 11 de que en el estado de alarma se puedan «Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

Lógicamente este artículo 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.

Precisamente la regulación del estado de excepción establece en el artículo 13.2.a de la citada ley orgánica que la solicitud de autorización del estado de excepción deberá contener la *«determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado 1 del art. 55 de la Constitución»*.

En definitiva, y de forma manifiesta y evidente, la suspensión de los derechos fundamentales que sufrimos en estos días resulta ser inconstitucional, lo que habrá de tener notables consecuencias en sede administrativa y en otros órdenes jurisdiccionales que no vamos a analizar en este momento.

Las llamadas medidas de contención del RD, también despojan a derechos como el de la libertad de culto de contenido alguno como se ha indicado. Y quedaba prohibida pues, toda salida o reunión de personas que no tenga las finalidades contenidas en el apartado séptimo del RD, que a efectos ilustrativos y una mejor comprensión, volvemos a reproducir:

*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.*
- 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.*

La pregunta es si no es viable la reunión, por ejemplo, de familiares de víctimas que no saben dónde están sus seres queridos, o de protesta ante la falta de mascarillas, equipos EPI y otros que son los que separan al virus COVID19 del organismo evitando que éste enferme. La imposibilidad de reunirse supone una flagrante vulneración de este derecho que deja inerte a la sociedad, por cuanto el Parlamento ha sido sólo convocado para informar de las decisiones adoptadas por el Gobierno. La realidad efectiva de peligro para la salud de las personas que se reúnen, las FCS y para la salud pública de todos puede sin duda acogerse en abstracto al concepto de «orden público» del artículo 21. 2º CE. En consecuencia, la pandemia puede llevar a prohibir (art. 21 CE) o disolver una manifestación por «alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes» (arts. 5. c) Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio y el artículo 23 Ley Orgánica 4/2015.

Ahora bien, salvo que se declare la suspensión formal del derecho, no caben prohibiciones con carácter general. En consecuencia, serán precisas prohibiciones o actuaciones individualizadas en cada caso concreto. Ciertamente hay que pensar que en situaciones excepcionales sanitarias se eludirá la misma convocatoria de reuniones reivindicativas en la vía pública e incluso en establecimientos por la propia cautela y autoprotección de las personas. Al tiempo, 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.

Sería ilegal reunirse, por ejemplo, cuando no se han tomado medidas para evitar contagios pese a las informaciones de la OMS para que se adoptaran. El derecho de reunión y manifestación es una vertiente social de la libertad de expresión y de manifestación del descontento de una gestión que ha sido cercenado por completo, incluso con medidas digitales de dudosa constitucionalidad. Ya en el ámbito del Derecho constitucional de excepción, el artículo 11 a) Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio directamente afirma la posibilidad de «a) *Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*» El artículo 7. 1º Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo sólo permite circular —o estar— en las vías públicas para excepcionales «*actividades, que deberán realizarse individualmente*». No obstante, no puede considerarse que se ha dado una prohibición general del ejercicio del derecho de reunión. En Italia con el incremento de las medidas se pasó por Decreto de 9 de marzo (27) a la prohibición general de «1. 2. Todas las formas de reunión de personas en lugares públicos o lugares abiertos al público están prohibidas en todo el territorio nacional».

Sólo bajo estado de excepción y en razón del artículo 22 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio es posible la suspensión del artículo 21 CE. En consecuencia, es posible someterlo a autorización previa o directamente prohibir con carácter general reuniones y manifestaciones, además de disolver las convocadas, y esto sólo cabe en el estado de excepción. En este sentido coincidimos con el estudio de Cotino Hueso, “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones, y otras restricciones de derechos por la pandemia del coronavirus”, en el diario *La Ley* número 9.608, 6 de abril de 2020. Igual se ha planteado con el confinamiento que ha prohibido la reunión de los feligreses por razones relativas al culto, en las que se ha remitido a esta prohibición general por “orden público” y para evitar aglomeraciones y mantenimiento de la distancia de seguridad.

Indica el Tribunal Constitucional en su STC 195/2003, de 27 de octubre, que las limitaciones del derecho de reunión y manifestación, no pueden ser absolutas y

ello es sencillo, afecta a un principio democrático más esencial, quizás el único derecho que tienen algunos grupos y colectivos para ser oídos:

*Dijimos en nuestra STC 66/1995, DE 8 de mayo FJ 3, que «[e]l derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo --agrupación de personas--, el temporal --duración transitoria--, el finalista --licitud de la finalidad-- y el real y objetivo --lugar de celebración-- (por todas, STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples sentencias el relieve fundamental que este derecho --cauce del principio democrático participativo-- posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». Por cierto que la vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus sentencias; como aquella en que recuerda que «la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión» (STEDH caso Stankov, de 13 Feb. 2003, § 85), o también al afirmar que «la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación» (STEDH caso Rekvényi, de 20 May. 1999, § 58).*

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.

De conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional 85/1988, de 28 de abril, el derecho de reunión y manifestación posee los siguientes elementos definidores:

- a) La nota esencial es la concurrencia de personas, unida a un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con las restantes que participan en la misma. Este elemento permitió al Tribunal Constitucional declarar que las cuestaciones efectuadas mediante la instalación de mesas petitorias en la vía pública, al carecer del elemento subjetivo esencial del derecho de reunión, no estaban amparadas por el mismo.
- b) Un elemento finalístico, externo al puro contenido del derecho de reunión.

¿No se han dado los casos manifiestos para poder dejar con contenido un derecho ahora cercenado? Creemos que sí. Ver el monográfico dirigido por Muñoz Machado, S. “Coronavirus... y otros problemas” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 86-87, marzo-abril 2020.

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.

Según dice el propio Tribunal Constitucional, impedir el derecho de reunión implica impedir un cauce de la propia democracia. Así la STC 42/2000, de 14 de febrero, estableció que

*el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a*

*través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo por tanto un cauce relevante del principio democrático participativo.*

Es un cauce relevante del principio democrático participativo y aún más, de la propia esencia de la democracia. ¿Sería acaso una protesta de estos familiares y amigos, así como de la ciudadanía que apoyase la idea de una mala gestión y una responsabilidad en el grado que sea del Gobierno, sería decimos, una convocatoria ilícita? Parece que no. Pero ese derecho no ha sido modulado, o proporcionado, sino simplemente erradicado, lo que no cabe en un estado de alarma tampoco.

Que esa opción es constitucionalmente indefendible es algo que ya ha sido reconocido en Alemania, donde merced a un reciente Auto de 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) el Tribunal Constitucional Federal ha estimado que una prohibición general de reuniones públicas –entendiendo por éstas aquellas de más de dos personas que no convivan en la misma casa– entraña una violación del derecho de reunión porque las limitaciones del mismo tienen que estar justificadas. Y que en consecuencia el decreto municipal de la ciudad de Giessen de 8 de abril prohibiendo manifestaciones, en aplicación del reglamento prohibitivo del *Land* Hesse de 30 de marzo, resulta repudiable en la medida en que no permite la consideración de las circunstancias concretas para evaluar si la manifestación puede o no desarrollarse. En otras palabras: que el establecimiento de una prohibición general e indiscriminada de manifestarse o reunirse –como la que se deriva del RD instaurador en España del estado de alarma– es contraria a la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana)

No estaríamos ante asociación ilícita de carácter alguno y no resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 515 del Código Penal.

Se ha impedido el derecho de manifestación, siquiera el germen de un derecho de asociación -que surgirá seguramente en la sociedad- impidiendo un cauce de crítica, que nos lleva a tiempos pre-constitucionales en cuanto a su ejercicio.

Sería objeto de la aplicación de la Ley reguladora de los derechos fundamentales de la persona, esa denegación, que en este caso no ha existido, sino prohibición, por un procedimiento especial y sumario, pero es que se ha impedido siquiera poder convocar un acto de protesta, que finalmente lo ha sido por vía telemática para muchos conciudadanos, al no poder existir otro cauce, ni siquiera sometido a las medidas de espacio y distancia social, así como a acudir con el correspondiente material de salud a dicha manifestación o protesta.

Por lo que, con la declaración del estado de alarma y toda la normativa que lo sustenta, se ha vulnerado el derecho fundamental a la reunión y manifestación consagrado en el artículo 21 de la Carta Magna y por tanto, toda esta normativa debe ser declarada inconstitucional.

### **Tercero.**

#### **Inconstitucionalidad del RD-l 8/2020 y del Art. 2º del RD-L 9/2020, de 27 de marzo por el que se suspende el derecho fundamental a la libertad de empresa reconocido en los arts. 37 y 38 de la Constitución.**

Planteamos la inconstitucionalidad, en primer lugar, del artículo 2º del 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 obligó a declarar el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Concretamente, y bajo el título “Medidas extraordinarias para la protección del empleo”, el nuevo texto dispone que *“la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 de dicho Real Decreto-ley 8/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.”*

Además, en segundo lugar, se plantea la inconstitucionalidad del artículo 10 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 trata sobre las llamadas “Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”:

*“1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio.*

*2. La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida deberá ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.*

*En todo caso, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.*

*3. Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto.*

*4. Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.*

*5. Se suspenden asimismo las verbenas, desfiles y fiestas populares”.*

El Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en el apartado 4 de su artículo único reforma el anterior precepto modificando el texto del apartado 1 del artículo 10 y añadiendo un apartado 6:

*1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando.»*

*6. Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública.*

El propio texto de ambos Decretos (463/2020 y 465/2020) utiliza las expresiones “se suspende” o “se suspenden”, no dejando margen para la duda de que no establece “restricciones” o “limitaciones” sino una suspensión. Esa suspensión afecta a “*la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas*” (artículo 10.1), a “*los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos*” (artículo 10.3), a “*suspenden las actividades de hostelería y restauración*” (artículo 10.4), así como “*las verbenas, desfiles y fiestas populares*” (artículo 10.5), sector éste último que también tiene una importancia económica considerable en algunas regiones como Galicia, especialmente.

Es obvio que la Declaración del estado de alarma, de forma explícita, ordena la “suspensión” del derecho a la libertad de empresa en determinados sectores.



Esta “suspensión”, por tanto, es radicalmente contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981.

Este tipo de actividades sólo pueden suspenderse durante el estado de excepción o sitio. Así se deduce del artículo 22 de la LO 4/1981 que dice:

- 1. La Autoridad gubernativa podrá ordenar la intervención de industrias o comercios que puedan motivar la alteración del orden público o coadyuvar a ella, y la suspensión temporal de las actividades de los mismos, dando cuenta a los Ministerios interesados.*
- 2. Podrá, asimismo, ordenar el cierre provisional de salas de espectáculos, establecimientos de bebidas y locales de similares características.*

En consecuencia, no hay duda de que la “suspensión” de las “actividades” de “industrias o comercios” y el “cierre provisional de salas de espectáculos, establecimientos de bebidas y locales de similares características” están reservados a la declaración del estado de excepción o de sitio.

Dicho precepto vulnera además de manera flagrante los derechos recogidos en el artículo 37 de la Constitución Española, donde se dispone en su apartado primero que *“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. Y en su apartado segundo, Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”*.

En cuanto a la consecuencia natural de las declaraciones de Expedientes de Regulación de Empleo Temporal devienen en un extraordinario conflicto colectivo nacional sin precedentes, tanto por el número de trabajadores afectados (más de tres millones) como por las empresas incursas (más de 450.000), así como por el imperativo de la prohibición de despedir; y ello con el total y absoluto ostracismo a los agentes sociales a la hora de establecer tal medida restrictiva como es la prohibición de despedir por las causas derivadas del COVID-19, con desprecio absoluto a la obligación constitucional establecida en el artículo 37.1 CE.

La prohibición de los despidos (o la obligación de mantener el empleo - el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020, de manera expresa limita la posibilidad de despedir o extinguir los contratos de trabajo por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, señalando a este respecto que las mismas *“no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*; y la disposición adicional primera del Real Decreto 9/2020, de 27 de marzo, que establece que al terminar el periodo de vigencia de las medidas extraordinarias, la empresa deberá mantener el empleo de manera que no podrán producirse extinciones- sin perjuicio, por tanto de suspensiones

o reducciones de jornada-), salvo aquellas que resulten ajenas a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta, no obstante, lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020 a propósito de la extensión del periodo suspendido, debiendo en caso contrario reintegrarse las cuotas dejadas de ingresar.

Asimismo, 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, supone un incremento de dichas limitaciones a la libertad de empresa, puesto que, por un lado, obliga a interrumpir su actividad a un gran número de empresas, en condiciones de inseguridad jurídica totales (hasta las 11.40 de la noche no se publicó en el BOE, por lo que incluso se hubo de incluir una moratoria de 24 horas en su aplicación), y además supone una violación de dicha libertad de empresa y de la negociación colectiva el hecho de imponer a las empresas y a los trabajadores el modo concreto en que deben recuperarse las horas no trabajadas durante ese periodo, así como la imposición a los empresarios de tener que costear unilateralmente dicho periodo no trabajado, sin recibir ningún tipo de ayuda o beneficio por parte del Estado.

Ante esta situación, nos encontramos ante un atentado flagrante contra la libertad de empresa, derecho fundamental reconocido en el artículo 38 de nuestra Carta Magna.

En doctrina del Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos.

*La libertad de empresa debe ejercerse en el marco de la economía de mercado, siendo la defensa de la competencia un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica (SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y 71/2012, de 16 de abril).*

Aparece así la defensa de la competencia como una necesaria defensa y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado (STC 71/2012, de 16 de abril).

El Tribunal Constitucional ha dicho que no solo la economía de mercado es el marco obligado de la libertad de empresa sino además que dicha libertad se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional

y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996). Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990). Parece pues, innecesario destacar el carácter básico que, la competencia estatal "ex" art. 149.1.13 reviste en cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. Además, la libertad de empresa es no sólo un corolario de lo que hemos denominado "Constitución económica" sino sobre todo una garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga limitación alguna a los derechos fundamentales de estos últimos (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010, de 19 octubre).

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de empresa, desde la perspectiva de su dimensión objetiva e institucional, esto es, en tanto en cuanto elemento de un determinado sistema económico, "se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado" (STC 135/2012, de 19 de junio, por remisión a la STC 227/1993, de 9 de julio).

De manera que, si bien la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE garantiza el derecho a desarrollar una actividad empresarial en condiciones de igualdad, dicha garantía se predica respecto de cada ordenamiento, estatal o autonómico, individualmente considerado. En consecuencia, del referido derecho no *"se deriva la exigencia de que las concretas condiciones de ejercicio de la actividad económica tengan que ser las mismas en todo el territorio nacional"* (STC 89/2017, de 4 de julio), sin perjuicio de la eventual decisión del Estado ex art. 149.1.1 CE de fijar aquellas condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

En otro orden de cuestiones, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo). En efecto, el artículo 38 CE viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites está asegurado por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las controversias que al respecto puedan plantearse. (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, 109/2003, de 5 de junio y 53/2014, de 10 de abril, entre otras).

Sobre esta cuestión, ha señalado el Alto Tribunal que la libertad de empresa, en su dimensión subjetiva, implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de junio). Existe, pues, una garantía del inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", que conlleva "el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado". Ha de ser entendida, por tanto, como "libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado" (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril).

Por otra parte, la incorporación de España a la Unión Europea ha tenido, sin duda, en la libertad de empresa un importante apoyo. Las cuatro libertades comunitarias, a saber, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, enmarcadas en un sistema de libre competencia real y efectivo constituyen elementos sustanciales de la organización económica que reconoce la Constitución.

Del mismo modo, los derechos a la negociación colectiva laboral y a la adopción de medidas de conflicto colectivo recogidos en el artículo 37 de la Constitución Española gozan de las siguientes medidas de protección, establecidas por la propia Constitución:

- Cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren los derechos a la negociación colectiva laboral y a la adopción de medidas de conflicto colectivo recogidos en el artículo 37 de la Constitución Española (artículo 53.1 y artículo 161.1.a) de la Constitución Española).
- El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 37 de la Constitución dentro del mencionado Título I.
- Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos a la negociación colectiva laboral y a la adopción de medidas de conflicto colectivo recogidos en el artículo 37 de la Constitución Española, podrá regularse el ejercicio de estos derechos y libertades (art. 53.1 de la Constitución Española).
- Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos a la negociación colectiva laboral y a la adopción de medidas de conflicto colectivo recogidos en el artículo 37 de la Constitución Española (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad

en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).

- El artículo 14 de la Constitución Española (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno), tal y como se desprende de la STC 80/1982.

El Gobierno, es su exposición de motivos de aprobación del RDL 9/2020, obvia de manera absoluta su conocimiento al sometimiento de la ley, puesto que afirma en su preámbulo III “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 art. 37 como el 38 de la CE (invocados en nuestra impugnación) se encuentran recogidos dentro del Título I de la Constitución, y consecuentemente, impide expresamente dictar decretos-leyes que afecten a dicho ordenamiento.*

Los derechos incluidos en las dos Secciones del Capítulo Segundo del Título I “vinculan a todos los poderes públicos”, según ordena el art. 53.1 CE, *y “sólo por ley* que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial, *podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)”*; lo que significa, para los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38 de la Constitución, una triple garantía:

- Principio de vinculatoriedad (o fuerza vinculante) o eficacia inmediata de los derechos. Con esta primera garantía -que no por ser, en cierto modo, reiteración del principio de vinculación general del artículo 9.1 CE resulta superflua- se quiere subrayar tanto la especial protección de que gozan los derechos y libertades del Capítulo Segundo (como se verá de inmediato, los principios del Capítulo Tercero no gozan de esta aplicación o fuerza vinculante inmediata), como el carácter de norma jurídica no necesitada de desarrollo de los artículos que reconocen tales derechos y libertades (que son *invocables* directamente ante los Tribunales de Justicia sin necesidad de otra norma que los desarrolle y que, en el caso de que tal desarrollo se produzca, operan, según se verá a continuación, como un auténtico límite al legislador).

Porque ya en STC 80/1982, de 20 de diciembre, insistiendo en esta idea, el Alto Tribunal sentenció que “no puede caber duda de la *vinculatoriedad* inmediata, es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario, de los artículos 14 a 38, componentes del Capítulo II de su Título I, puesto que el que de acuerdo con tales preceptos hayan de regularse por ley, con la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implica que estos derechos existen ya con

carácter vinculante para todos los poderes públicos desde la entrada en vigor de la Constitución".

- Reserva de ley. En segundo lugar, se establece el principio de reserva de ley para el desarrollo y regulación del ejercicio de estos derechos y libertades, ley que, como se ha indicado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 CE, tendrá que ser orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (es decir, para los derechos y libertades de la Sección 1ª). De modo que si para el desarrollo del derecho de petición o el de reunión, por ejemplo, es precisa una ley orgánica, por el contrario bastaría la ordinaria para regular las formas de matrimonio o el derecho de propiedad. Téngase en cuenta que en lo que atañe a las disposiciones con fuerza de ley, la Constitución proscribía los Reales Decretos-legislativos en materias competencia de leyes orgánicas (art 82.1 en relación al 81 CE), por lo que la legislación delegada no cabe en materia de desarrollo esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por otra parte los Reales Decretos-Leyes no pueden afectar a "los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero" (art. 86.1 CE), materia controvertida respecto de algunos derechos y sobre la que ha recaído amplia jurisprudencia constitucional. Así, entre otras, en STC 137/2003, de 3 de julio, el TC expresa a este respecto: *"hemos venido manteniendo siempre una posición equilibrada que evite las concepciones extremas, de modo que "la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la Constitución ('no podrán afectar ...') debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución ... ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I" (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; y 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6).* Posición que nos ha llevado a concluir que el Decreto-ley "no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir", lo que exige precisar "cómo se encuentra definido dicho deber en la Norma fundamental, concretamente en su art. 31.1; y es que, como señalamos en la STC 111/1983, comprobar cuándo el Decreto-ley 'afecta' a un derecho, deber o libertad 'exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho -en este caso, deber- afectado en cada caso' (FJ 8)" (FJ 7)."

Lo que el art. 53.1 CE persigue con esta habilitación al legislador para el desarrollo de derechos y libertades es excluir al Ejecutivo de toda posibilidad de regulación de los mismos, quedando limitada la potestad reglamentaria "a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley" (STC 83/1984, de 24 de julio). Porque "la reserva de ley del artículo 53.1 CE impone al legislador una barrera infranqueable, que ha de ser siempre respetada como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho (...) que asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la

voluntad de sus representantes" (SSTC 6/1981, de 6 de marzo y 37/1987, de 6 de marzo, entre otras).

Por otro lado, la legislación de desarrollo de los derechos y libertades recogidos en el Capítulo Segundo tendrá que respetar, en todo caso, su "contenido esencial". Sobre el contenido esencial de un derecho -concepto éste importado de la Ley Fundamental de Bonn y sobre el que se suscitó, a principios de los años ochenta, un gran debate doctrinal- tuvo ocasión de pronunciarse tempranamente el Tribunal Constitucional, quien, en STC 11/1981, de 8 de abril, lo definió como "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga". De ahí que el contenido esencial de un derecho se viole "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

- Control constitucional de las leyes de desarrollo. Con esta cautela, que se prevé con remisión expresa al artículo 161.1 de la Constitución, y obvia en la medida en que cualquier ley puede ser sometida al juicio de constitucionalidad ante el Alto Tribunal, se cierra la serie de garantías previstas en el artículo 53.1 para los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título I.

En definitiva, los Reales Decretos aprobados durante el estado de alarma, incurren en inconstitucionalidad palmaria dado que el Gobierno, es 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 art. 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.

#### **Cuarto.**

## **Inconstitucionalidad de la normativa que sustenta el estado de alarma por suspender la actividad ordinaria del Congreso de los Diputados.**

Con motivo de la declaración del estado de alarma, se ha limitado casi de modo absoluto, al menos en las primeras semanas, la actividad del Congreso, de manera que desde que se declaró el estado de alarma, no se le ha permitido poder realizar sus funciones ordinarias de control del Ejecutivo como corresponde, y más especialmente en el caso de la declaración de estado de alarma, durante la cual el Gobierno concentra más facultades de las que nunca haya tenido en democracia. Si nos centramos en las funciones que aparentemente ha cumplido, en las primeras tres semanas únicamente han consistido en refrendar los actos gubernativos durante el estado de alarma y las comparecencias del Ministro de Sanidad en la Comisión respectiva. Prácticamente se le ha privado de todas las demás competencias tras la aprobación del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, incluyendo la tramitación de preguntas escritas al Gobierno, que la Mesa de la Cámara ha ralentizado, retrasando el trámite de calificación de las mismas y reduciendo casi totalmente este tipo de trámites.

La función de control político es esencial en democracia, y está vinculada a los derechos fundamentales en la medida en que su desarrollo es parte del ejercicio del cargo público representativo garantizado en el artículo 23.2 de la Constitución (CE) y a través de este ejercicio también se permite, de manera indirecta, la participación ciudadana en los asuntos públicos por medio de “representantes libremente elegidos” (art. 23.1 CE).

Si en circunstancias ordinarias el control parlamentario es esencial, todavía es más imprescindible en situaciones extraordinarias como las de los estados de emergencia constitucional. El propio ordenamiento jurídico refuerza el papel del Congreso de los Diputados. Por un lado, el artículo 116.2 CE dispone que “el estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo”. Por tanto, aunque el Congreso no declara el estado de alarma, debe ser informado de inmediato y es el Congreso el único que puede prorrogarlo. A este respecto, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio prevé:

- a) Art. 1.4: “La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”;
- b) Art. 6.1: el estado de alarma “solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”;



c) Art. 8: “el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste”.

Asimismo, el Reglamento del Congreso dispone, en su art. 162:

1. *Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al Presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el Decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la Comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.*
2. *Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116, 2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquél.*
3. *Los Grupos Parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada.*
4. *El debate tendrá lugar en el Pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.*
5. *Finalizado el debate se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno.*

Así pues, la información al Congreso debe ser inmediata, y la actividad del Congreso en esos primeros días, previos a la posible petición de autorización de la prórroga, debe ser intensa, y se atribuye a los Grupos Parlamentarios la facultad de formular propuestas sobre la extensión del estado de alarma y las normas vigentes durante el mismo, que, en todo caso, se someterán a votación, cuyo resultado vinculará al Gobierno.

En la Constitución hay más cautelas para garantizar una intensa actividad parlamentaria. Así, por ejemplo, las cámaras quedan automáticamente convocadas por la sola declaración de un estado excepcional. Además, el Congreso de los Diputados, que es el protagonista principal del control gubernamental en este periodo, no puede ser disuelto si se encuentra declarado alguno de esos estados. La Constitución veta una hipotética disolución del Congreso y garantiza su funcionamiento al prescribir (art. 116.5) que “no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su

funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”. Además, insiste en que “la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes” (art. 116.6).

Decía Cruz Villalón en 1981 que las competencias “asumidas por los poderes públicos durante la vigencia de los estados excepcionales, con ser extraordinarias, en modo alguno escapan al control inherente a todo estado de derecho, quien (...) sigue conservando sustancialmente este carácter”.

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. Como hemos señalado, esta es la alternativa elegida por algunas asambleas autonómicas, como puede comprobarse, por ejemplo, en la Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía de 18 de marzo de 2020, sobre la habilitación de la convocatoria de la Diputación Permanente en una situación de declaración de estado de alarma.

En dicha Resolución se afirma que, implicando la declaración de estado de alarma (por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, afectando a todo el territorio nacional y con una duración de quince días naturales) una importante limitación de la libertad de circulación de las personas, a fin de frenar la transmisión del virus, y para hacer compatible ello con las competencias del Parlamento de Andalucía, la Mesa de la Cámara adoptó en sesión de 16 de marzo de 2020, oídos los portavoces de los grupos parlamentarios y de acuerdo con los mismos, determinadas medidas, entre ellas «adaptar la actividad parlamentaria de la Cámara, con suspensión de las sesiones previstas durante el tiempo que dure el estado de alarma», así como «a efectos de continuar con la labor parlamentaria indispensable, convocar la Diputación Permanente; a cuyo efecto, la presidenta, de acuerdo con el artículo 29.2 del Reglamento de la Cámara, podrá dictar las resoluciones que procedan, con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces».

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.

El estado de alarma se había declarado en España en 2010 durante la crisis provocada por una huelga masiva de controladores aéreos, que quedaron *movilizados* y bajo las órdenes de la autoridad militar mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, prorrogado por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre. No cesó la actividad del Parlamento en ningún momento mientras el estado de alarma estuvo vigente.

Esta es la segunda vez que se declara el estado de alarma. La rápida propagación de la enfermedad y el elevado número de afectados motivó que se adoptara esta medida mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara durante quince días el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado, al menos hasta la fecha de la presente queja, hasta el 12 de abril por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo.

En el Reglamento del Congreso de los Diputados, se indican los trámites para la declaración de ese estado de alarma, como queda configurado dicho Reglamento en su última versión de 5 de febrero de 2020.

No se deduce del Reglamento en ningún caso que pueda reducirse la labor de control al Gobierno que debe desarrollar el Congreso de los Diputados. Tampoco parece haber impedimento a que, si se considera necesario, se pudiera haber habilitado un procedimiento para que actuase la Diputación Permanente, al suspenderse, excepcionalmente, el periodo de sesiones. Puede entenderse que no pueda reunirse el Pleno presencialmente, por razones médicas o sanitarias, pero lo que no puede es dejarse sin control al Ejecutivo, ni por la vía de la Diputación Permanente, no por la de habilitar al efecto la posibilidad de celebrar el Pleno (y las Comisiones) de forma parcialmente presencial y parcialmente telemática, como hubiera sido deseable.

Por un lado, con relación a la Diputación Permanente, el propio Reglamento (siguiendo lo previsto en la Constitución) le atribuye la función de autorizar la prórroga del estado de alarma, y la propia función de control al Ejecutivo.

El artículo 57 dice que corresponde a la “*Diputación Permanente velar por los poderes de la Cámara cuando ésta no esté reunida y además:*

*1.º En los casos de disolución o expiración del mandato del Congreso de los Diputados:*

a) Asumir todas las facultades que en relación con los Decretos-leyes atribuye al Congreso de los Diputados el artículo 86 de la Constitución.

b) *Ejercer las competencias que respecto de los estados de alarma, excepción y sitio atribuye a la Cámara el artículo 116 de la Constitución”.*

En cuanto a la posibilidad de llevar a cabo su actividad telemáticamente, la crisis del coronavirus ha impulsado, evidentemente, esta regulación. En un primer momento, a nivel estatal (y sin alcance local), el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, modificó la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, a fin de establecer la posibilidad de que el Presidente del Gobierno, en situaciones excepcionales y cuando la naturaleza de la crisis lo exija, decida motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, con las debidas garantías, posibilidad que, tras alguna reforma también pueden llevar a cabo, las entidades locales.

Alegar, como se ha hecho por los servicios jurídicos de la Cámara, que el Reglamento del Congreso no prevé la posibilidad de reuniones en las que la mayoría de los miembros del Pleno o la Comisión actúen telemáticamente, no parece admisible. Una carencia del Reglamento no puede ser un corsé que impida al Parlamento ejercer sus funciones. Como se hizo con el caso de las votaciones telemáticas, lo que inicialmente se solventó con una interpretación flexible, acabó incluyéndose en el Reglamento mediante una modificación. Se ha incluido una Disposición adicional en la Ley del Gobierno para permitir celebrar los Consejos de Ministros por vía telemática. ¿Y el Congreso no puede hacerlo? Una reforma del Reglamento puede tramitarse por el procedimiento de urgencia y en trámite lectura única, como se hace con la relación de comisiones al formarse Gobierno al principio de cada legislatura. Esa reforma se habría podido hacer en el plazo de unos pocos días.

Es cierto, como ha dicho el Tribunal Constitucional, que como regla general las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. Pero no parece adecuado alegar esta doctrina para el caso ante el que nos encontramos, evidentemente fuera de la “regla general”. Tampoco parece admisible alegar que no existen medios técnicos suficientes para hacerlo. No puede ser el Congreso la única institución que no esté en condiciones técnicas, humanas y estructurales, de trabajar de modo telemático en unas circunstancias como las presentes. De ello depende, precisamente, el respeto al derecho fundamental a la participación política, tanto de los representantes de los ciudadanos, como de los propios

representados. Por ello, entendemos que las decisiones de la Mesa del Congreso han lesionado estos derechos de los ciudadanos, y son contrarias a la Constitución y a la Ley orgánica. Teniendo en cuenta que, conforme al art. 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.

### **Quinto.**

#### **Inconstitucionalidad del RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se acuerda el despliegue militar de la denominada “Operación Balmis” y la realización por las Fuerzas Armadas de labores de seguridad ciudadana.**

Vaya por delante nuestro absoluto respeto y consideración a la labor desempeñada por todos y cada uno de los colectivos que en primera línea combaten el COVID-19. Y entre ellos, como no puede ser de otra manera nuestro sentido homenaje a los miembros de las Fuerzas Armadas que, de modo absolutamente incondicional colaboran en tan ardua tarea, desarrollando en ese campo junto con otros colectivos, una importante e incansable actuación a lo largo de todo el territorio nacional. Otra cuestión es que, para el desempeño de tal misión, nuestras Fuerzas Armadas hayan sido dotadas de las herramientas necesarias para actuar de un modo seguro –cosa que cabe dudar. al haberse producido ya bajas entre sus filas como consecuencia de la dedicación a este empeño– y, por lo que aquí nos concierne, que éste se haya llevado a término con arreglo a Derecho.

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.

Es el artículo 15, apartado 3º, de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, el que desarrolla el citado precepto constitucional, estableciendo que las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, *deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas*, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

Para dar cumplida respuesta a tales situaciones, nació la Unidad Militar de Emergencias (UME, en adelante), dotándole de competencias a través del Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprueba su Protocolo de

Intervención. En la misma línea, la Ley Orgánica 17/2015, del sistema de Protección Civil establece, en su artículo 37, que la colaboración de las Fuerzas Armadas en esta materia se efectuará principalmente mediante la UME, sin perjuicio de la colaboración de otras unidades que se precisen, definiendo la misión de esta unidad (UME), su intervención, al párrafo 4º, estableciéndose que en caso de emergencia de nivel nacional la UME asumirá la dirección operativa de la misma, actuando bajo la dirección del Ministro del Interior.

Este tipo de misiones e intervenciones de las Fuerzas Armadas, tienen explicación y fundamento jurídico constitucional en la tesis de atribuir naturaleza *administrativa* a las Fuerzas Armadas. Se trata de una *función auxiliar*, distinta de aquellas funciones que típicamente les atribuye el artículo 8º CE.

Curiosamente, la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio no prevé ninguna intervención específica de las Fuerzas Armadas para los estados de “excepción” y “alarma”. Hecho que resulta llamativo cuando, tanto en la declaración del estado de alarma, acordado mediante Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, en la crisis de los controladores aéreos y en la actual, provocada por el COVID-19, la intervención de las Fuerzas Armadas fue y está siendo especialmente relevante.

Descendiendo a la situación concreta en la que nos encontramos y a la materia que nos ocupa, la intervención de nuestras Fuerzas Armadas se contempla en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, atribuyendo a las Fuerzas Armadas la figura de “*agentes de autoridad*” (*Disposición Adicional quinta*), de acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar, en relación con los artículos 15.3 y 16 de la Ley de Defensa Nacional.

En tres de sus veinte artículos se hace especial referencia a la actuación de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional para la gestión del coronavirus. La primera y la que ahora nos interesa se contempla en el artículo 5, titulado “Colaboración con las autoridades competentes”, estableciéndose en su apartado sexto que “*para el eficaz cumplimiento de las medidas en el presente Real Decreto, las autoridades competentes 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*”.

Es decir, se abre la posibilidad de recurrir a un colectivo conformado por 130.000 militares como agentes de la autoridad, en toda su dimensión, tal y como prescribe el citado artículo de la Ley de Defensa Nacional, con la finalidad de que “interactúen” con los ciudadanos.

Lo más relevante del Real Decreto a los efectos que aquí nos ocupan es que el Ministerio de Defensa y el resto de las autoridades delegadas, pueden adoptar cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981,

*en concreto, limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. En concreto, el artículo 5 del Real Decreto 463/2020 contempla en su apartado segundo, lo siguiente:*

*Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo. A tal fin, la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.*

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.

De forma inicial, los miembros de la Unidad Militar de Emergencias (UME), se desplegaron para realizar tareas de desinfección en infraestructuras del Estado y luego, a demanda de las administraciones autonómicas, ampliando su cometido a otros lugares como residencias de ancianos, hospitales o centros de salud, dándose paso a la intervención de otros miembros de las Fuerzas Armadas. Se amplió el plan de actividades con la vigilancia de centrales nucleares, puertos y aeropuertos, logística hospitalaria o limpieza de edificios públicos.

Sin embargo, una semana después de entrar en vigor el decreto del estado de alarma, el Ministerio de Defensa anunció el inicio de las «patrullas mixtas» de militares con Policía Nacional y Guardia Civil tanto en zonas pobladas como no pobladas, áreas turísticas, fronteras y lugares de tránsito o con aglomeración de personas, como estaciones de metro o de tren. Este despliegue podría haber sido interpretado, en el sentido de que los militares podrían detener a personas, cortar carreteras, disolver concentraciones o impedir cualquier delito como la Policía Nacional o la Guardia Civil. Entre esos nuevos cometidos se encontraban las tareas «de presencia y reconocimiento», ampliando su actuación a actividades de patrulla relativas a seguridad ciudadana.

Pero es que los militares no pueden formular denuncias ni detener. Y en tal sentido, deben requerir a los agentes de policía o Guardia Civil para que lo hicieran, tal cual se ha explicado a través de una orden de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior de 27 de marzo a la que resulta imposible tener acceso sin perjuicio de lo cual, de su contenido se han hecho eco múltiples medios de comunicación. Además se establece que deben actuar “bajo el mando y coordinación” de un policía o de un Guardia Civil. Sin embargo, tras el anuncio de la creación de las primeras «patrullas mixtas» entre Fuerzas

Armadas y Guardia Civil en 87 municipios, el ministerio no ha explicado cómo iban a llevar a cabo su labor, ni cómo ni quién ejercería el mando en caso de tener que detener un vehículo o filiar a un viandante para comprobar si estaba cumpliendo el estado de alarma. No se dotaba de seguridad jurídica a los militares a la hora de desempeñar las tareas que se les ha encomendado en este campo. De hecho, al parecer, distintos episodios de propuestas de sanción llevados a cabo por militares en Fuerteventura y Navarra, no han sido tramitados.

Por otro lado, hemos sido testigos desde las ventanas de nuestros domicilios de la aparición de las denominadas «patrullas de presencia», realizadas única y exclusivamente por militares. En idénticos términos a lo expuesto con respecto a las patrullas mixtas, los militares que las componen, no tienen capacidad de formulación de denuncias y su intervención se vería, estimamos, aún más mermada al no contar con el inmediato mando y coordinación de un agente de policía o de un Guardia Civil.

Pese a su consideración temporal de agentes de la autoridad, solo pueden detener a una persona si la sorprenden cometiendo un delito de modo flagrante hasta la llegada de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero es que, en tal situación, tienen la obligación de intervenir como cualquier ciudadano, que está obligado a hacerlo y avisar a las fuerzas de seguridad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 490, establece que cualquier persona puede detener a quien intente cometer un delito, a quien sorprenda ‘in fraganti’ cometiéndolo o a fugados de centros penitenciarios. No se convierten, tampoco, en policía judicial.

En caso de que un ciudadano incurra en una conducta irregular -cuya consecuencia será el extender, en su caso, las denuncias, atestados o actas en las que se documenten las presuntas infracciones-, su actuación se situaría en la más que controvertida figura de la “retención”, con el único fin de poner en conocimiento inmediato de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tal situación, siendo ellos los que decidan y en su caso, procedan a la evacuación de la formulación de la correspondiente denuncia.

En definitiva, la atribución a los miembros de las Fuerzas Armadas de la condición de agentes de la autoridad, cuanto menos, arroja más sombras que luces en lo referente a las competencias que pueden desarrollar desde ese momento. Se les otorga la condición de autoridad y se les corta, de facto, el posible desarrollo de competencias inherentes a tal consideración. La existencia de sombras, de dudas, genera inseguridad jurídica, tanto en el que se pueda creer con legitimidad para el desempeño de una misión como en el ciudadano que puede ser objetivo de tal actuación, con el consiguiente riesgo de nulidad de las actuaciones que, bajo una cobertura legal más que cuestionable, han desarrollado. Todo podría quedar reducido, al objeto expuesto, en un despliegue excesivo y quizá no precisamente barato, para únicamente llevar a cabo una



mera demostración de fuerza, cuando menos controvertida y sujeta a fricciones en cuanto a las funciones que se le atribuyen, con escasa virtualidad práctica.

**Sexto.**

**Inconstitucionalidad de la Orden Ministerial INT/227/2020, de 15 de marzo, en la que se adoptan medidas restrictivas en el ámbito de las instituciones penitenciarias.**

El Ministro del Interior emitió 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.

Mediante dicha Orden quedaron suspendidas, en todos los centros penitenciarios del Estado, todas las comunicaciones ordinarias de los internos, sin exceptuar las comunicaciones con sus letrados defensores, y las salidas de permiso, salidas programadas y cualquier otra salida de los mismos.

Y ello, según se motiva en la propia Orden, para evitar los desplazamientos prohibidos por el artículo 7 del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, dada la limitación que ese mismo precepto impone a la libertad de circulación tanto de los internos como de las familias y amigos que les visitan.

El apartado 2 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que regulen materias reservadas a las disposiciones con rango de ley.

Pues bien, la referida Orden Ministerial limita, sin cobertura de ley, el ejercicio de dos derechos fundamentales, por lo que incurre en causa de nulidad.

Uno de ellos es el derecho de defensa consagrado en el art. 24.2 CE, que queda afectado al suspenderse las visitas de letrado defensor a su defendido en prisión.

El segundo es el derecho que asiste a todo condenado, reconocido en el art. 25.2 de nuestra Constitución (CE), a que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social y al desarrollo integral de su personalidad.

Cabría que la cobertura de ley de la Orden Ministerial fuera la proporcionada por el R.D. 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, en relación con la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Pero no se da tal cobertura, tal y como como se fundamenta a continuación.

Ciertamente, el Ministro del Interior es designado como autoridad competente delegada del Gobierno a efectos del estado de alarma, designación que consta en el art. 4.2 del referido R.D. 463/2020 por el que se declara el estado de alarma.

Como tal autoridad delegada, el Ministro queda habilitado (art. 4.3 del propio R.D. 463/2020) para dictar órdenes interpretativas necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios en orden a la protección de personas mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la también referida L.O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Las medidas previstas en el citado artículo 11 son las siguientes:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.*
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.*
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.*
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.*

No obstante, no cabe incardinar la suspensión de visitas y de permisos penitenciarios decretada por la Orden Ministerial en ninguna de las medidas a) a e) relacionadas, ni siquiera en la definida en el apartado a), relativa a la limitación de la circulación de personas.

En efecto, no cabe apreciar justificación de las suspensiones de visitas y permisos en aras de la limitación de la circulación o permanencia de personas en horas y lugares determinados -medida clasificada como a), porque la lesión a derechos fundamentales que suponen dichas suspensiones es absolutamente desproporcionada con respecto al fin pretendido de limitación de circulación de personas, al ser dichas suspensiones notoriamente ineficaces para contribuir a dicho propósito de limitar la movilidad.

Y, a mayor abundamiento, cabe encuadrar los desplazamientos de personas, tanto para visitas a internos como por causa de permisos penitenciarios, como actividades autorizadas por el art. R.D. 463/2020 por el que se declara el estado de alarma.

Especialmente la suspensión de permisos penitenciarios, pero también la suspensión de visitas presenciales a los centros penitenciarios, son medidas limitativas de derechos fundamentales desproporcionadas para el fin pretendido.

Es evidente en sí mismo que tanto la suspensión de permisos penitenciarios como la suspensión de visitas contribuyen muy poco, prácticamente nada, a reducir la circulación de personas en el Estado español, por lo que se han de considerar ineficaces para dicho propósito.

Y esa mínima contribución, de darse, ha de considerarse absolutamente desproporcionada con respecto a la grave lesión de derechos de rango constitucional que comporta, una grave afección a los ya mencionados derechos fundamentales de los ciudadanos internos, el derecho de defensa y el derecho a la reeducación y reinserción social y al desarrollo integral de su personalidad.

Por otro lado, una interpretación no estricta de una de las actividades autorizadas por el art. R.D. 463/2020 por el que se declara el estado de alarma, concretamente la actividad clasificada como “e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”, permite encuadrar en dicha actividad la visita a personas internas en centros penitenciarios, por ser quienes están privados de libertad por condena o resolución judicial perfectamente asimilables a las personas especialmente vulnerables.

En el mismo sentido, una interpretación analógica de las actividades clasificadas como “c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”, o “d) Retorno al lugar de residencia habitual”, permite apreciar como autorizados los desplazamientos del interno motivados por permiso penitenciario, sin perjuicio del confinamiento en su domicilio durante el permiso, como cualquier otro ciudadano.

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 R.D. 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.

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.

### **Séptimo.**

#### **Inconstitucionalidad de la Orden Ministerial SND/297/2020 de 27 de marzo, de la app “asistencia covid-19” y del estudio “Datacovid” por el que se acuerda la geolocalización general de toda la población española.**

Con la aprobación de la orden Ministerial SND/297/2020, de 27 de marzo, publicada en el BOE de 28 de marzo de 2020, se encomendaba a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionadas por la pandemia sufrida en el territorio nacional a consecuencia del COVID-19.

Entre ellas, se acuerda el desarrollo urgente y la operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que permita, al menos realizar al usuario la autoevaluación según los síntomas médicos que comunique acerca de la probabilidad de que esté infectado, ofrecer información al usuario sobre el virus y proporcionarle consejos prácticos y recomendaciones de acciones a seguir según la evaluación.

La referida Orden Ministerial utiliza como introducción o exposición de motivos el art. 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública y en el RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma en el territorio nacional. 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.

La citada Orden Ministerial se intenta justificar en el interés general al decir ofrecer canales alternativos de información fiable a los ciudadanos y contar con la información real sobre movilidad de las personas en los días previos y durante el confinamiento. Parece que el objetivo que se pretende con el desarrollo de la aplicación digital es recabar toda la información relativa a los

desplazamientos de la población para conocer la dimensionalidad de las capacidades sanitarias en cada provincia. El objetivo es claro: permitir la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar.

Se abre la puerta a que el propio Ministerio de Sanidad pueda enviar mensajes individualizados a los ciudadanos cuando detecte que están viajando entre dos comunidades autónomas, pretendiendo así controlar sobre todo los movimientos de fin de semana a segundas residencias.

Aunque en la justificación para el desarrollo del aplicativo se haga mención a términos como prevención, asistencia, autoevaluación y análisis de datos frente al COVID-19, lo cierto es que el grueso de la aplicación es la geolocalización del usuario.

Si el usuario decide dejar desactivada la geolocalización, la propia App nos advierte de la que la funcionalidad puede verse alterada utilizando mensajes como “necesitamos saber dónde te encuentras para poder ofrecerte las mejores medidas preventivas y de evaluación”.

En este segundo punto de 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 una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el supuesto cumplimiento del Reglamento Europeo de Protección de Datos, así como la LO 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.

Este modelo, importado de países como China, con una tradición jurídica poco defensora de los derechos fundamentales, no respeta con la privacidad que todo ciudadano español posee y la Ley le otorga. Ni si quiera el supuesto y loable fin

de defensa de la salud justifica la intromisión y limitación de derechos fundamentales.

Pese a que la geolocalización se plantea como una medida provisional que solo se mantendría durante el estado de alarma, no se asegura que se seguirá con esta práctica después y se desconoce el destino que se le da a los datos observados y recopilados. No hay ninguna clase de garantía sobre el respeto a los derechos fundamentales lesionados ni que exista una causa que justifique la finalidad intromisiva porque tampoco viene recogida en la norma.

El propio Ministerio de Economía anunció el pasado 1 de abril de 2020 que iba a realizar un estudio denominado “DataCOVID-19”: estudio de la movilidad aplicada a la crisis sanitaria” en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística y con las principales operadores de telefonía como Telefónica, Vodafone y Orange para rastrear así 40 millones de teléfonos en toda España con el fin de conocer los movimientos de población entre territorios y contribuir a la toma de decisiones para hacer frente al coronavirus.

El citado estudio, pese a que se dice expresamente que no se utilizará con fines policiales, se utilizará para la búsqueda de una mayor eficiencia en la toma de decisiones basada en los datos obtenidos. No se explica a qué clase de decisiones se refiere ni a que derechos o cuestiones afectarán.

El estudio cubrirá todo el territorio nacional, dividiendo el país en unas 3.200 áreas de movilidad que identifican agrupaciones de población de entre 5.000 y 50.000 habitantes, acumulando una muestra total de más de 40 millones de teléfonos móviles.

La STEDH de 2 de agosto de 1984 del conocido como caso Malone, resulta ser el paradigma de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del derecho fundamental a la protección de la vida privada. El Tribunal considera que los registros efectuados a través de un recuento con un mecanismo consistente en un contador combinado con un aparato impresor que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de la llamada (Big Data) con el fin de ser cedidos a las autoridades gubernativas de un país, en ese caso a la policía, sin el consentimiento del perjudicado, se opone frontalmente al artículo 8 de CEDH al suponer una intromisión ilegítima en el derecho a la vida privada.

Por lo que todos los aplicativos y estudios realizados por el Ejecutivo y aprovechando el estado de alarma, supone una grave intromisión y vulneración de derechos fundamentales que de igual manera, deben ser sujetos a un examen de legalidad constitucional por el Tribunal Constitucional.

## **Octavo.**

**Inconstitucionalidad del RD 463/2020 por supresión de los privilegios conferidos a los miembros de las misiones diplomáticas,**

## **oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España en contravención de lo dispuesto en las Convenciones de Viena de Relaciones Diplomáticas y de Relaciones Consulares.**

El Real Decreto instaurador del Estado de Alarma solo exime de sus limitaciones a la libertad de circulación al “personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España”

La Disposición Adicional Primera (“Personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas”) 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, publicado en el *BOE* del 14 de marzo y en vigor desde ese mismo día, estableció que

*“Queda exceptuado de las limitaciones a la libertad de circulación el personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España, tanto para desplazamientos dentro del territorio nacional, como a su país de origen o a terceros Estados, en los que se encuentre igualmente acreditado, siempre que se trate de desplazamientos vinculados al desempeño de funciones oficiales.”*

A no dudar, las limitaciones a la libertad de circulación a las que se hacía referencia, y de las que se exceptuaba con las mencionadas condiciones al “personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España” eran las que se especificaban en el precedente artículo 7 (“Limitación de la libertad de circulación de las personas”), parcialmente modificado por el R.D. 465/2020, de 17 de marzo (*BOE* de 18 marzo), repetidamente citado en este escrito.

Las Convenciones de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y sobre las Relaciones Consulares son –respectivamente– la norma de referencia en lo tocante a las facilidades, privilegios e inmunidades de que deben gozar los miembros de las misiones diplomáticas y los miembros de las oficinas consulares.

La excepción de la Disposición Adicional Primera trae causa de cuanto disponen, por un lado la Convención (o Convenio) de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, y por otro la Convención (o Convenio) de Viena sobre las Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, que son las normas internacionales de referencia en lo tocante –por un lado– estatuto jurídico del personal diplomático y –por otro– al modo de establecimiento, ejercicio y terminación de las relaciones consulares, y en cuyos respectivos articulados se determinan las facilidades, privilegios e inmunidades de que deben gozar los diplomáticos, y el que deben poseer las oficinas consulares, los funcionarios consulares de carrera y los restantes miembros de las oficinas

consulares de un Estado en otro Estado.

Suscrita el 18 de abril de 1961 y en vigor desde el 24 de abril de 1964, la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas fue ratificada por España el 21 de noviembre de 1967 y publicada en el *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968. Por su parte, la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, suscrita el 24 de abril de 1963 y en vigor desde el 19 de marzo de 1967, fue ratificada por España el 3 de febrero de 1970 y publicada en el *BOE* núm. 56, de 6 de marzo. Por lo que a ambas dos les es de aplicación cuanto dispone el Artículo 96.1 de la Constitución, al declarar que

*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

Es por ello que –para empezar– procede recurrir a las dos Convenciones de Viena, y no a cualesquiera otros documentos, para determinar qué se deba exactamente entender por “miembro de las misiones diplomáticas” y “miembro de las oficinas consulares”, que son los términos que utiliza la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 463/2020. Y la respuesta se halla en el Artículo Primero de ambos textos.

En virtud del Artículo 1 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas

*a. Por “jefe de misión”, se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal; b. por “miembros de la misión”, se entiende el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión; c. por “miembros del personal de la misión”, se entiende los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión; d. por “miembros del personal diplomático”, se entiende los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomático; e. por “agente diplomático”, se entiende el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión; f. por “miembros del personal administrativo y técnico”, se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión; g. por “miembros del personal de servicio”, se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión.*

Mientras que en virtud del Art. 1 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares (ordinal 1.g) es preciso entender por “miembros de la oficina consular” a “los funcionarios y empleados consulares y los miembros del personal de servicio”, entendiéndolo a su vez que por “miembro del personal de servicio” se entiende “toda persona empleada en el servicio doméstico de una oficina consular” (ordinal f), por “empleado consular”, “toda persona empleada



en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular” (ordinal e); y por “funcionario consular”, “toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares” (ordinal d), pudiendo éstos ser “de dos clases: funcionarios consulares de carrera y funcionarios consulares honorarios” (numeral 2) y por “oficina consular”, “todo consulado general, vice-consulado o agencia consular” (ordinal a).

Así las cosas, las excepciones a las limitaciones a la libertad de circulación contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, deberían cabalmente de entenderse aplicables respecto de cualesquiera “miembro de las misiones diplomáticas”, incluyendo en esta categoría a todos los jefes de misión, al personal diplomático, al personal administrativo y técnico y al personal de servicio de todas las misiones diplomáticas destacadas en nuestro país; así como a todos los funcionarios consulares, tanto de carrera como honorarios; empleados consulares, tanto administrativos como técnicos, y miembros del personal de servicio adscrito a cualquier consulado general, vice-consulado o agencia consular sito en territorio español, siempre que se tratara de desplazamientos vinculados al desempeño de sus respectivas funciones oficiales.

Solo que la Adicional Primera del Real Decreto 463/2020 exime de sus limitaciones únicamente al personal extranjero, y sujeta a las mismas al de nacionalidad española.

Las funciones propias de un diplomático y de un funcionario consular exigen que dispongan de una ilimitada capacidad de movimientos –y no de una simple facultad para desplazarse a su lugar de trabajo–.

Que entre las funciones que son propias de un funcionario consular se encuentran no pocas que exigen, sin sombra de duda, que éste disponga de una ilimitada capacidad de movimientos –y no de una simple facultad para desplazarse a su lugar de trabajo– es algo para cuya comprobación basta con acudir al Artículo 5 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares. En él se especifica –y nos ceñiremos en esta enumeración a las tareas que de manera más evidente exigen la movilidad del personal consular más allá de sus oficinas consulares– que corresponderá a los funcionarios consulares “prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas (ordinal e), “representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor” (ordinal i), “comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias” (ordinal j), “ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones” (ordinal k), o “prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones” (ordinal l). Aunque también arroja luz al respecto el 36, que especifica que

- “Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos”.
- “Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia”.
- Y que aunque las citadas prerrogativas se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, deberá entenderse “que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

En suma, no arroja dudas que el ejercicio de las funciones consulares requiere necesariamente que el funcionario consular disponga de libertad de movimientos. Pero sucede que la Convención de Viena va aún más lejos, al reconocer explícitamente esta facultad, y al extenderla no solo a los funcionarios consulares sino a todos los miembros de la oficina consular (lo que incluye a sus trabajadores) en su artículo 34, en el que se afirma que

*Sin perjuicio de lo dispuesto en sus leyes y reglamentos relativos a las zonas de acceso prohibido o limitado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará la libertad de tránsito y de circulación en su territorio a todos los miembros de la oficina consular.*

Sin que sea menester invertir mucho tiempo el señalar que las restricciones a la libertad de movimientos establecidas por la declaración de un Estado de Alarma no son en modo limitaciones por razones de seguridad nacional.

Y cosa similar cabe sostener de los miembros de las misiones diplomáticas, si quiera sea porque ya el Artículo 3.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que ninguna de sus disposición “se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática”, de manera que sus integrantes habrán de disponer, cuanto menos, de las mismas facultades que los de aquéllas.

Las Convenciones de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y sobre las Relaciones Consulares permiten el nombramiento como personal diplomático y como funcionario consular de nacionales del Estado receptor, y les reconoce inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones.

Que los funcionarios consulares “habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado que les envía” es no solo una prescripción literalmente recogida de este modo por la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares (Artículo 22.1) sino también una práctica multiseccular en las relaciones diplomáticas. Pero es en todo caso una regla que, a *sensu contrario* permite la excepción del

nombramiento como funcionarios consulares de nacionales del Estado receptor, e incluso de terceros Estados, como atestigua el Artículo 22.2 y 3 de la Convención, sin más requisito que “el consentimiento expreso de ese Estado [el receptor], que podrá retirarlo en cualquier momento”. Y que en nuestro país se traduce en la existencia de docenas de consulados honorarios, ocupados en su inmensa mayoría por ciudadanos españoles, como cabe comprobar con una consulta a la Lista Consular que con periodicidad mensual hace pública la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Órdenes del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, cuya última versión puede consultarse en [www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/Protocolo/Paginas/EmbajadasExtranjerasAcreditadas.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/Protocolo/Paginas/EmbajadasExtranjerasAcreditadas.aspx)

En consecuencia con ello, la propia Convención de Viena regula en su Artículo 71 el estatuto de los funcionarios consulares y de los demás miembros de las oficinas consulares nacionales o residentes permanentes en el Estado receptor, afirmando respecto de los primeros y circunscribiéndonos a lo que ahora nos interesa que

*“Excepto en el caso de que el Estado receptor conceda otras facilidades, privilegios e inmunidades, los funcionarios consulares que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor sólo gozarán de inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones”*

Afirmación similar puede realizarse en relación a los miembros de las misiones diplomáticas, desde el momento en que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas replica en su artículo 8 lo antes dicho respecto de los funcionarios consulares, al sostener que

*“1. Los miembros del personal diplomático de la misión habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado acreditante.*

*2. Los miembros del personal diplomático de la misión no podrán ser elegidos entre personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento.”*

Y que no queda invalidada por el hecho de que en su inmensa mayoría los jefes de misión y los miembros del personal diplomático adscritos a las misiones sean efectivamente nacionales del Estado al que representan y no del Estado que les acoge, toda vez que la categoría de “miembro de las misiones diplomáticas” a la que hace referencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo alcanza hasta el personal administrativo y técnico, y aun el personal de servicio que trabaja en dichas misiones, entre el que –ahora sí– la presencia de ciudadanos españoles es significativa.

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

En lo tocante a los miembros de las misiones diplomáticas, choca frontalmente con lo estipulado en el ya citado Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que expresamente establece que

*“Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido y reglamentado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará a todos los miembros de la misión la libertad de circulación y de tránsito por su territorio.”*

Disposición ésta en cuya interpretación hay que subrayar que ese “todos” se refiere tanto a los nacionales del Estado que los acreditó como a los ciudadanos españoles al servicio de éste; que evidentemente la declaración de un Estado de Alarma no contiene implicaciones en materia de seguridad nacional; y que en todo caso la excepción a la libertad de movimientos del personal diplomático se proyectaría sobre “zonas de acceso prohibido”, hipótesis ésta a años luz de la prohibición generalizada de movimientos en la totalidad del territorio nacional que contempla el Real Decreto 463/2020.

Pero, adicionalmente, choca también con lo dispuesto en el Artículo 38, en el que se regula de manera específica los privilegios de los agentes diplomáticos españoles al servicio de otros Estados y se establece que

*1. Excepto en la medida en que el Estado receptor conceda otros privilegios e inmunidades, el agente diplomático que sea nacional de ese Estado o tenga en él residencia permanente sólo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones.*

*2. Los otros miembros de la misión y los criados particulares que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades únicamente en la medida en que lo admita dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.*

Y en lo tocante a los miembros de las oficinas consulares, vulnera el ya citado Artículo 71 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que de manera prácticamente coincidente con lo ya dicho por la Convención anterior, garantiza

a los funcionarios consulares nacionales o residentes permanentes en España cuando menos –recuérdese: “excepto en el caso de que el Estado receptor conceda otras facilidades, privilegios e inmunidades”– la inmunidad de jurisdicción y la inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones de la que igualmente gozan los funcionarios consulares de carrera en virtud de lo dispuesto en los artículos 41 y 43 de la Convención. Ello les exime –por una parte– de estar sometidos “a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas” españolas “por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares” (artículo 43.1) salvo en el caso de un procedimiento civil (artículo 43.2); y les garantiza –por otra– que “no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente” y que excepto en ese caso “no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme” (Artículo 41.1 y 2)

Pero no solo ello: la propia Convención reitera esa protección al referirse a los cónsules honorarios –repetimos: no en su totalidad, pero sí en su inmensa mayoría, nacionales del Estado receptor, en este caso España– cuando en su Cap. III, consagrado al régimen aplicable a los funcionarios consulares honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos, establece (Artículo 58.2) que

Los artículos 42 y 43, el párrafo 3 del artículo 44, los artículos 45 y 53 y el párrafo 1 del artículo 55 se aplicarán a los funcionarios consulares honorarios. Además, las facilidades, privilegios e inmunidades de esos funcionarios consulares se regirán por los artículos 63, 64, 65, 66 y 67.

De modo los funcionarios consulares honorarios no solo “no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares” sino que incluso “no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquellos”.

El hecho de que el Real Decreto 463/2020 autorice a practicar sobre el personal consular las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias vulnera de manera flagrante varias de las disposiciones de la Convención de Viena.

En relación con esta última cuestión, procede reseñar que el Artículo 5 (“Colaboración con las autoridades competentes delegadas”) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prescribe en su apartado segundo que los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y de los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, en su condición de agentes de la autoridad

*“podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos,*

*locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo.*

Sin que en lugar alguno del citado Real Decreto se contenga una excepción a esta sujeción específica sujeción a favor del personal –ni nacional, ni extranjero– acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitios en España, ni respecto de sus actividades privadas ni respecto aquellas que se hallaren vinculadas al desempeño de sus funciones oficiales. Toda vez que la exceptuación de la Disposición Adicional Primera no puede entenderse sino en su sentido literal: proyectada sobre las limitaciones a la libertad de circulación, y circunscrita al personal extranjero.

Dicho de otro modo, el Artículo 5.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, somete al personal acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitios en España, tanto de nacionalidad española como de otras nacionalidades, así como a los familiares que con ellos convivan, al deber de prestarse a las comprobaciones en sus personas, y a permitir las comprobaciones en sus bienes, vehículos, locales y establecimientos “que sean necesarios para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto”, entendiendo que las mismas podrían tener la forma de cacheos, registros, y similares.

Esa sujeción vulnera de nuevo las previsiones de las dos Convenciones de Viena: por un lado, por lo que respecta a las obligaciones que por su ratificación ha asumido el Estado Español a la hora de facilitar el desarrollo de la función diplomática y consular, y por otra, en la medida en que esa Convención otorga a los miembros de las misiones diplomáticas y a los funcionarios consulares privilegios y garantías que el Estado Español debe respetar en cualquier circunstancia.

Lo primero se halla genéricamente enunciado en el Artículo 25 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que establece que “El Estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión”, y en el 28 de la Convención sobre Relaciones Consulares, en el que se afirma que “El Estado receptor concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la oficina consular”, previsión ésta que halla su correspondencia en lo tocante a los cónsules honorarios en la contenida en el artículo 64, en virtud de la cual “El Estado receptor tendrá la obligación de conceder al funcionario consular honorario la protección que pueda necesitar por razón de su carácter oficial.”

Lo segundo se halla recogido en las disposiciones que le suceden, entre las que

se encuentran las que garantizan:

- La inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas (Artículo 22 CVRD), que se traduce en que “Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.”
- La inviolabilidad de los locales consulares (Artículo 31.1 CVRC), que implica que “las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular”
- La inviolabilidad de los archivos y documentos de las misiones diplomáticas “dondequiera que se hallen” (Artículo 24 CVRD),
- La inviolabilidad de los archivos y documentos consulares “dondequiera que se encuentren” (Artículo 33 CVRC), que se extiende a “los archivos y documentos consulares de una oficina consular, cuyo jefe sea un funcionario consular honorario,” que “serán siempre inviolables dondequiera que se encuentren, a condición de que estén separados de otros papeles y documentos y, en especial, de la correspondencia particular del jefe de la oficina consular y de la de toda persona que trabaje con él, y de los objetos, libros y documentos referentes a su profesión o a sus negocios.”

El hecho de que el Real Decreto 463/2020 permita que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en el mismo, y prestaciones personales vulnera de manera flagrante varias de las disposiciones de las dos Convenciones de Viena.

Por último, el Artículo 8 (“Requisas temporales y prestaciones personales obligatorias”) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prescribió en su apartado primero que

*1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo once b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, las autoridades competentes delegadas podrán acordar, de oficio o a solicitud de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en este real decreto, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Cuando la requisa se acuerde de oficio, se informará previamente a la Administración autonómica o local correspondiente.*

Y en el segundo, que

*En los mismos términos podrá imponerse la realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles para la consecución de los fines de este real decreto.*

Sin que, una vez más, en lugar alguno del mismo se contuviera excepción alguna

–ni en lo tocante a la sujeción a requisitos temporales, ni en lo tocante a la imposición de prestaciones personales obligatorias– ni respecto del personal nacional, ni respecto del extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España; toda vez que, una vez más, la exceptuación de la Disposición Adicional Primera no puede entenderse sino en su sentido literal: proyectada sobre las limitaciones a la libertad de circulación.

Dicho de otro modo, el Artículo 8 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, entiende sometidas a las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España, a la eventualidad de sufrir requisitos temporales de aquellos bienes que la autoridad gubernativa considere necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en el mismo, y al personal acreditado como miembro de éstas, cualquiera que sea su nacionalidad, a la eventualidad de haber de realizar de forma obligatoria aquellas prestaciones personales que dicha autoridad considere imprescindibles para la consecución de los fines antedichos.

La primera de esas facultades entra en grave colisión con la obligación de proteger tanto los locales de las misiones diplomáticas como los consulares “contra toda intrusión o daño”, de “evitar que se perturbe la tranquilidad de dicha oficina consular o se atente contra su dignidad”, y de asegurar la inviolabilidad de “los archivos y documentos consulares de una oficina consular, cuyo jefe sea un funcionario consular honorario [...] dondequiera que se encuentren” que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares impone a sus signatarios en los artículos 59 y 61; y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece en su Artículo 22.1.

Pero, sobre todo, lo hace contra lo dispuesto en el Artículo 31.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que específicamente establece que

*“Los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa, por razones de defensa nacional o de utilidad pública”*

Y en el 22.3 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas que sostiene que

*“Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.”*

Por su parte, la pretensión del Artículo 8.2 del Real Decreto 463/2020 de llegar a imponer prestaciones personales obligatorias, choca frontalmente con lo establecido en el Artículo 35 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, según el cual

*“El Estado receptor deberá eximir a los agentes diplomáticos de toda prestación personal, de todo servicio público cualquiera que sea su*



*naturaleza y de cargas militares tales como las requisiciones, las contribuciones y los alojamientos militares”.*

Así como con los Artículos 52 y 67 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que en relación con los miembros de las oficinas consulares y sus familiares establece que

*“El Estado receptor deberá eximir a los miembros de la oficina consular y a los miembros de su familia que vivan en su casa de toda prestación personal, de todo servicio de carácter público, cualquiera que sea su naturaleza, y de cargas militares, tales como requisas, contribuciones y alojamientos militares.”*

y en relación con los cónsules honorarios, añade que

*“El Estado receptor eximirá a los funcionarios consulares honorarios de toda prestación personal y de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, y de las obligaciones de carácter militar, especialmente de las relativas a requisas, contribuciones y alojamientos militares”.*

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 ha impuesto importantes restricciones a la movilidad de los individuos, limitando de hecho la misma a los contados y bien tasados supuestos específicamente mencionados en su articulado; al tiempo que les ha sujetado a la práctica de comprobaciones en sus personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos; a la práctica de requisas temporales de sus bienes cuando éstas se juzguen necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en el mismo; y hasta a la realización de aquellas prestaciones personales obligatorias que se entiendan imprescindibles para la consecución de los fines antedichos.

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.

Lejos de constituir una cuestión baladí, y mucho menos de quedar reducido a un pasajero recorte de algunos privilegios, las trabas impuestas por la deficiente redacción del Real Decreto 463/2020 a la capacidad de movimientos y

actuación de diplomáticos y cónsules acreditados en nuestro país ha supuesto, en un momento de grave crisis como el que se ha vivido en todo el mundo desde la eclosión del COVID 19, un grave impedimento para el desarrollo de sus tareas, en un momento en el que se contaban por miles los extranjeros que precisaban recabar información fidedigna, volver a sus hogares, recibir atención médica, comunicar con sus familiares, regularizar su presencia en España, o – incluso– repatriar los restos mortales de sus familiares y allegados –tareas todas ellas en las que la asistencia de diplomáticos y cónsules puede ser, y normalmente es, decisiva; convirtiendo toda la normativa del estado de alarma en inconstitucional e incumplidora de toda la normativa internacional suscrita por el Estado español respecto de las misiones diplomáticas y consulares.

## **Noveno.**

### **Inconstitucionalidad de la orden del ministerio de sanidad SND/298/2020 por suspender el derecho a la libertad religiosa del art. 16 de la Constitución.**

El derecho a la libertad religiosa se halla reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española, que en sus tres numerales establece que

- 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*
- 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*
- 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Y se halla desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, cuyo artículo 2.1 prescribe que

*“la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

*b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna;*

*(...)*

*d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica”.*

De este derecho procede empezar diciendo que no se cuenta entre los susceptibles de suspensión en ningún estado de emergencia, toda vez que ni lo menciona explícitamente el artículo 55.1, ni lo hace tampoco la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, extremo éste congruente con su naturaleza de libertad eminentemente individual, escasamente problemática desde la perspectiva del mantenimiento del orden público.

Sin embargo, la Declaración del estado de alarma hecha en el RD 463/2020 si que contiene una explícita alusión al mismo, cuando en su artículo 11 (“*Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas*”) introduce a una limitación de este tenor:

*La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”.*

No cuesta esfuerzo admitir que la redacción dada al artículo 11 del RD 463/2020 no supone que la libertad religiosa en general –y la de culto, como vertiente exterior de la misma, en particular– haya quedado suspendida, aunque sí sometida a una severa restricción, particularmente onerosa en las fechas –vísperas de la Semana Santa, festividad de honda significación para la comunidad cristiana, y del inicio del Ramadán, para la comunidad musulmana– en las que éste fue dictado. Pero sí que resulta en cambio criticable, amén de incomprensible, que en justa correspondencia con esta medida de restricción pero no suspensión de los actos de culto públicos, el artículo 7 del RD 463/2020 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. Y es que la celebración de oficios religiosos en una iglesia, mezquita o sinagoga vacía no constituye una manifestación, sino mas bien una vulneración de la libertad de culto. Derecho del que obviamente son titulares los ciudadanos individuales –esos a los que no se permite desplazarse a sus templos– y no los sacerdotes, rabinos o imames –meros ministros del culto.

Pero aun hay más. La Orden del Ministerio de Sanidad desarrollando lo dispuesto en la declaración del estado de alarma viola la propia declaración de estado de alarma, además de la Constitución, al prohibir determinadas actividades que forman parte del núcleo esencial del derecho a la libertad religiosa.

La Orden SND/298/2020, en su exposición de motivos dice, textualmente:

*“No obstante, debido a las especiales características que rodean las ceremonias fúnebres, es difícil asegurar la aplicación de las medidas de contención y distanciamiento con la separación interpersonal de más de un metro necesaria para limitar la propagación del virus.*

*(...)*

*Por ello, se hace preciso prohibir todos los velatorios, tanto en instalaciones públicas como privadas, restringir otras ceremonias fúnebres, independientemente de la causa del fallecimiento, y regular algunas de las condiciones de contratación de los servicios funerarios”.*

Esta orden, que puede ser objeto de recurso por vía contencioso-administrativa, en su apartado Quinto dispone que:

*“Ceremonias civiles o de culto religioso.*

*Se pospondrá la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma, sin perjuicio de la posibilidad prevista en el párrafo siguiente.*

*La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto. En todo caso, se deberá respetar siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos”.*

Esta regulación es abiertamente contraria al derecho fundamental a la libertad religiosa por las siguientes razones.

En primer lugar, como dice la exposición de motivos, se procede a “prohibir” los velatorios tanto civiles como “religiosos”. Y así, en el articulado se dispone que *“Se pospondrá la celebración de cultos religiosos (...) fúnebres hasta la finalización del estado de alarma”*. Dado que el culto religioso fúnebre constituye uno de los cultos fundamentales en toda religión, y dado que la propia Declaración del estado de alarma, en su artículo 11, dispone que *“las ceremonias (...) religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”*, 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.

En segundo lugar, la Orden del Ministerio introduce para el acto de enterramiento (no confundir con la ceremonia de funeral) una limitación desproporcionada al establecer que *“La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto”*. 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 reconocen el derecho a la libertad religiosa.

Por todo lo expuesto, y a la vista de los hechos relatados en la presente queja,

### **SOLICITAMOS**

que por parte del Defensor del Pueblo se realicen las siguientes gestiones:

A la vista de la inconstitucionalidad manifiesta de toda la normativa promulgada por el Gobierno desde que se decretase el estado de alarma en todo el territorio nacional y por el que se procede a la mayor suspensión de derechos fundamentales en la historia de nuestra democracia, proceda por la vía urgente,

1) al amparo de lo dispuesto en el art. 162.1.a) de nuestra Carta Magna, a formalizar y presentar recurso de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional, como máximo Tribunal de Garantías de nuestro país, efectúe un control de la legalidad constitucional de la siguiente normativa: Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, RD-L 8/2020, RD-L 9/2020, RD-L 10/2020;

2) al amparo de lo dispuesto en el art. 162.1.b) de la Constitución, a formalizar y presentar recurso de amparo contra la siguiente normativa: Orden Ministerial INT/226/2020, de 15 de marzo, Orden Ministerial INT/227/2020, de 15 de marzo, Orden Ministerial SND/297/2020, de 27 de marzo, Orden Ministerial SND/298/2020, de 27 de marzo, así como los

acuerdos de la Mesa del Congreso, como el del 19 de marzo de 2020, que suspenden casi totalmente su actividad.

En Madrid, a 19 de abril de 2020.

*Ltdo. D. Sergio Nuño Díez de la Lastra Martínez*

*Ltdo. D. Carlos Vaquero López*

*Ltdo. D. Miguel A. Salom*

*Prof. Dr. D. Santiago Carretero*

*Ltdo. D. Rafael Abati*

*Prof. Dr. D. Carlos Flores Juberías*

*Prof. Dr. D. Carlos Ruiz Miguel*