

Crisis del derecho fundamental a la libertad de circulación como consecuencia de la pandemia originada por el covid-19 en España

Crisis of the fundamental right to freedom of movement as a result of the pandemic caused by covid-19 in Spain

MARÍA Esther MARRUECOS RUMÍ*

RESUMEN: En éste artículo nos proponemos poner de manifiesto la situación de peligro en la que se encuentra actualmente en España el derecho fundamental a la libertad ambulatoria una vez oficialmente finalizado el estado de alarma, y ello como consecuencia de que por parte de las respectivas Comunidades Autónomas donde se están produciendo nuevos contagios del COVID-19 se está adoptando como medida, la restricción de la libertad de circulación de la población de forma indiscriminada, cuando la Constitución Española prevé a tal efecto, de manera específica y con garantías, la declaración del estado de alarma al que nada impide volver siquiera parcialmente. Por el contrario, la restricción del derecho se está operando por vía de la legislación sanitaria e incluso por vía de decretos-leyes, autonómicos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; Derecho a la libertad de circulación; estado de alarma; restricción de derechos fundamentales; pandemia COVID-19.

* Doctora en Derecho, Profesora Universidad de Almería y Magistrada suplente Audiencia Provincial de Almería. Contacto: <mmr646@ual.es>. Fecha de recepción: 07/08/20. Fecha de aprobación: 12/10/20.

ABSTRACT: This paper proposes to draw attention to the dangerous situation in which the fundamental right of free movement is in Spain after the end of the Alarm State, this being consequence of the measures taken by the different Autonomous Communities where COVID-19 has resurfaced. They're adopting the restriction of the right of free movement as an acceptable measure on the population, disregarding the rights of the healthy people. The right of free circulation is ensured by the Spanish Constitution and can only be temporarily suspended by the Alarm State. But such right is being restricted using health legislation, executive orders, and autonomous laws.

KEYWORDS: Human Rights; Right of Free Movement; Alarm State; Restriction of Fundamental Rights; COVID-19 pandemic.

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que la pandemia internacional originada por el Covid-19, está conllevando una situación de emergencia en la casi totalidad de los Estados/países del planeta a todos los niveles y ámbitos. La Organización Mundial de la Salud realizó la declaración internacional de la pandemia el 11 de marzo de 2020. Consecuencia de ello, el Gobierno de España aprobó en reunión extraordinaria del Consejo de Ministros el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo declarando el estado de alarma a efectos de gestionar la situación de crisis sanitaria y al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y sobre la base de lo establecido en el art. 116 de la Constitución Española.

Bajo tal marco normativo y en el Real Decreto aprobado se adoptaron una serie de medidas, entre las cuales –art. 7.1– se acordó la limitación a la libre circulación de personas, listando hasta un número de siete actividades concretas que se restringían, y se finalizaba en el sentido de incluir cualquier otra actividad de análoga naturaleza, igualmente se autorizaba al Ministro del Interior, como autoridad habilitada por el Gobierno, a la posibilidad de 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 del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

Después de seis prórrogas sucesivas, en las que el Gobierno de España asumió el mando único y estableció cuatro fases que se dieron en llamar de desescalada, el 21 de junio de 2020 finalizó oficialmente el estado de alarma, con lo que dejó de tener vigencia la norma citada y sus respectivas prórrogas, así como las medidas establecidas.

Parecía en principio, que tras un período de tres meses, y en base a un instrumento jurídico con fuerza normativa, como es el Real Decreto de declaración del estado de alarma, con valor de

ley, y los sucesivos que lo prorrogaban, la limitación de la libertad de circulación personal en territorio español había llegado a su fin. Nada más lejos de la realidad, inmediatamente después y de forma tímida, durante el mes de julio de 2020, han comenzado a producirse rebrotes de la enfermedad y el número de los contagiados ha empezado a incrementarse.

Pero a diferencia de lo acaecido en el mes de marzo, no se ha vuelto a decretar ningún estado de alarma, ni tan siquiera parcial, sino que por el contrario cada Comunidad Autónoma de las que integran España¹, está adoptando con base a la legislación de salud vigente, además de lo establecido en el Real Decreto 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, las medidas que consideran adecuadas en su territorio concreto. El problema es que, algunas de las respectivas Comunidades Autónomas entre las medidas que ya han empezado a adoptar han incluido precisamente la limitación de los desplazamientos de los habitantes de comarcas concretas, medida que está siendo ratificada judicialmente de forma mayoritaria, pero es que incluso en una Comunidad, la de Catalunya que incluyó como medida la del confinamiento domiciliario de la población, además de la limitación de desplazamientos por el territorio, lo que no fue ratificado judicialmente, se procedió a la aprobación de un decreto-ley en virtud de las competencias que les atribuye su Estatuto de Autonomía, por el que se modificaba la ley de salud catalana y se incluía la medida de limitación de desplazamientos

¹ El Reino de España se estructura territorialmente en diecisiete Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses ex art. 137 de la CE. El art. 2 de la Constitución Española determina de forma expresa que: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Vid. BOE N° 311, DE 29 de diciembre de 1978. Constitución Española.

de los habitantes, por lo que sin ni siquiera precisar de autorización judicial alguna afectaba sensiblemente de manera grave el derecho de los ciudadanos a moverse libremente por el territorio.

A la vista del estado actual de la cuestión nos proponemos en éstas líneas analizar de forma somera la situación de crisis que afecta a éste derecho tan fundamental que entendemos está siendo puesto en peligro bajo la cobertura formal de la existencia de una pandemia sanitaria, incluyendo sin distinción alguna todo tipo de habitantes y sin que oficialmente exista ningún estado de alarma oficial, lo que determina, a nuestro entender, la fragilidad del derecho expuesto.

II. DERECHOS HUMANOS—DERECHOS FUNDAMENTALES: EL DERECHO A LA LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN

De forma inexcusable antes de entrar a conocer en particular del derecho humano fundamental a la libertad de residencia y circulación que aquí nos ocupa, se requiere con carácter previo hacer una breve referencia o precisión respecto de los términos Derechos humanos y Derechos fundamentales al objeto de recalcar la importancia del derecho que nos ocupa en estas líneas. La propia Organización de Naciones Unidas, recoge una definición en relación con los primeros, considerando que cuando nos referimos al término Derechos Humanos hemos de entender a “*los derechos inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición... Estos derechos corresponden a todas las personas sin discriminación alguna*”². Por consiguiente, hemos de entender que se trata del reconocimiento de la existencia de una serie de derechos que corresponden al individuo, a la persona humana por el solo hecho de serlo. En este sentido, es obligado

² Consultado en: <www.un.org/sections/issues-depth/human-rights/>.

aludir como precedentes más próximos tanto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, como a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al de Derechos Civiles y Políticos de 1966, con sus correspondientes Protocolos facultativos que integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos, constituyendo un primer paso a efectos de promover y salvaguardar los Derechos Humanos, formulando un listado o relación que fije la universalidad de los mismos. Si bien, como sabemos, la Declaración universal como consecuencia de haber sido aprobada a través de un instrumento como fue la Resolución de la Asamblea General, carece de valor obligatorio, pero lo que resulta absolutamente indiscutible es su valor moral, al haber sido suscrita por la casi totalidad de Estados del mundo³.

Es precisamente por ello, que los Estados/países de corte constitucional los recogen en sus respectivas normas fundamentales, y es aquí donde llegamos al concepto de derechos fundamentales. Tal y como expresa un sector de la doctrina como Díez-Picazo Giménez, es procedente referirse a dos concepciones de los derechos fundamentales que no son excluyentes entre sí. Así en primer término, habría que referirse a una concepción material del concepto de derechos fundamentales, que siguiendo a Ferrajoli, se entenderían como “aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o en su caso, sólo a todos los ciudadanos– por el mero hecho de serlo, por tanto, habría que hablar de derechos universales”, pues la característica de los mismos radicaría en su contenido, por lo que considera éste sector doctrinal que: “decir que hay ciertos «derechos fundamentales» que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes solo es posible si se considera que lo crucial no es el modo en que esos derechos están regulados y protegidos en cada ordenamiento nacional, sino

³ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, pp. 449.

el hecho de que en todos ellos están reconocidos y, además como derechos universales”.

Por otro lado, estaría la concepción formal, en función de la cual los derechos fundamentales vendrían constituidos por aquellos que son reconocidos y declarados en las respectivas Constituciones, o en su caso en normas máximas de cada Estado, o sea, de rango superior al de la ley a efectos de salvaguardar los derechos con tal cualificación y dotarlos de una mayor resistencia, con vías a efectos de aplicación jurisdiccional de la Constitución y vinculando al propio legislador, por lo cual concepción formal y material se complementarían no excluyéndose entre sí.

Consecuentemente, la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales se reside en qué tratándose del término derechos fundamentales, la verificación, protección y salvaguarda de los mismos vendría dada por la vía de los respectivos ordenamientos internos, mientras que respecto del de derechos humanos el ordenamiento competente sería el internacional⁴.

Llegados a este punto, se ha de destacar que, en concreto, el Derecho a la libre circulación y elección de residencia que aquí nos ocupa, se encuentra reconocido tanto en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como, en el art. 2 del Protocolo nº 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, instrumentos todos los anteriores de carácter internacional.

Podemos constatar como todos los anteriores se expresan en similares términos respecto del derecho a la libertad ambulatoria de las personas/ciudadanos.

A nivel sectorial y afectando directamente a España, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 45.1 también lo reconoce –“Todo ciudadano de la Unión tiene de-

⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Civitas-Thompson Reuters, 2013.

recho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (...).”

A nivel propiamente interno, la Constitución Española de 1978 (CE), en su art. 19 lo reconoce como derecho fundamental especialmente protegido por estar situado en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I. La libertad de residencia y circulación es expresada en el sentido siguiente: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Es palmaria, pues, la naturaleza y el carácter de derecho humano fundamental que ostenta la libertad ambulatoria. Hemos de recalcar su significado individual, identificado de forma sencilla con el derecho de cada persona de poder transitar o deambular libremente por el territorio nacional y en el momento de su elección, establecer su residencia según su voluntad, y entrar y salir libremente de España en los términos que la ley determine, estando vedado a los poderes públicos la injerencia en la libre voluntad de cada individuo sobre el lugar donde vivir con carácter general.

A estos efectos, nuestro Tribunal Constitucional (TC), en relación con el art. 19 CE, en particular respecto de la libertad de residencia, tiene declarado en Sentencia nº 28/1999, de 8 de marzo, que dicho precepto está proclamando el derecho subjetivo y personal de determinar el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente, lo que conlleva el reconocimiento del poder del titular de dicho derecho de configurar su residencia con los elementos propios del domicilio, por tanto el mismo implica también un derecho a su libre elección⁵. El bien jurídico protegido por éste precepto viene determinado en el señorío del individuo de determinar por sí, el lugar donde residir, bien de manera transitoria o permanente. Y a mayor abundamiento el

⁵ Ver Sentencia del TC nº 28/1999, de 8 de marzo. FD 7º. (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999). ECLI:ES:TC:1999:28.

mismo Tribunal extiende el mismo derecho a los a los extranjeros que se encuentren en situación legal en España, aunque también añade la sujeción del derecho de libre residencia y circulación de los extranjeros a limitaciones, aunque siempre, respetando el principio de proporcionalidad. Así la STC nº 169/2001 de 16 de julio se pronuncia en el sentido de que:

el hecho de que el art. 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita... resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19... De suerte que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos.⁶

Desde una perspectiva doctrinal, el contenido esencial del derecho a la libre elección de residencia se concreta en el poder o facultad reconocido a la persona de seleccionar donde asentarse o afincarse, lo que, por otro lado, no significa que se quebrante el derecho como consecuencia de la existencia de límites impuestos por la normativa penal que prevé medidas preventivas, sanciones de restricción de la libertad de movimientos y de privación de libertad. También puede resultar afectado por restricciones derivadas de razones de salubridad, seguridad, internamiento en centros de salud u otras que, para encontrarse legitimadas constitucionalmente, deben traer su origen en el ejercicio por parte de los órganos administrativos o judiciales competentes de potestades previstas legalmente. Respecto del derecho a la entrada y salida de

⁶ Ver Sentencia del TC nº 169/2001, de 16 de julio. FD 4º (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2001) ECLI:ES:TC:2001:169.

España, el mismo art. 19 CE lo condiciona expresamente en su párrafo segundo, a los términos que la ley establezca. Por tanto y tal y como ponen de manifiesto López Guerra, Espín, García Morillo y otros, existiría “una gradación de la intensidad de protección entre los derechos del párrafo primero y segundo del art. 19 de la CE”.⁷

Al hilo de lo expuesto, hemos de significar que, tanto la facultad de la persona de residir en un específico lugar, como la de transitar sin obstáculos por el territorio nacional, se encuentran estrechamente vinculados con el también derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17 de la misma Constitución Española.

Además del significado de libertad individual reconocido en el art. 19 CE, cabe añadir que la misma norma fundamental, aunque ya fuera de la especial protección que se otorga a la libertad individual, en el Título VIII intitulado “De la Organización Territorial del Estado”, el artículo 139.2 de forma expresa determina que: “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas...”.

Pese a todo lo anterior, ello no significa que estemos en presencia de un derecho absoluto, ilimitado, como afirmábamos anteriormente, porque fundamentalmente ningún derecho en la actualidad lo es. Evidentemente puede ser objeto de restricciones y limitaciones, el Tribunal Constitucional hace escasamente tres meses se pronunció respecto del ejercicio del derecho de manifestación y reunión en Auto de fecha 30 de Abril de 2020⁸, pero que perfectamente es trasladable al derecho que nos ocupa, en el sentido de recordar la Sala que, conforme a la doctrina constitucional, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimita-

⁷ LÓPEZ GUERRA, I; et al., *Derecho constitucional. vol. i. el ordenamiento constitucional. derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2016, pp. 199-200.

⁸ Ver auto 40/2020, de 30 de abril de 2020. Ver en: <www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia>.

dos sino que encuentran sus límites tanto en los derechos de los demás, como en otros bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, a tal efecto cita las STC 91/1983 y 193/2011.

III. LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Como hemos anticipado en la introducción de éste trabajo, el derecho a la libertad de circulación y residencia fue limitado o restringido en España en virtud de la declaración del estado de alarma decretado por el Gobierno de España el 14 de marzo de 2020 (RD 463/2020, de 14 de marzo). Brevemente también se ha de destacar que el art. 116.2 de la Constitución Española establece 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. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”*. Sobre la base de dicha norma de rango constitucional, así como de lo establecido en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que viene a desarrollar el precepto constitucional, y que parte, pues, en su artículo primero, de la concurrencia de circunstancias de naturaleza extraordinaria que determinen la imposibilidad del mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades, a efectos de que se proceda a declarar oficialmente cualquiera de los tres estados (alarma, excepción o sitio), estableciendo al efecto que, tanto las medidas a adoptar, como la duración de los correspondientes estados, han de ser las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y que han de operar en su aplicación sobre la base del principio de proporcionalidad aten-

diendo a las circunstancias, disponiendo asimismo el momento en que perecen las medidas adoptadas en virtud de los respectivos estados declarados, así como, igualmente, el decaimiento en su eficacia de las competencias sancionadoras y en orden a actuaciones preventivas correspondientes a las Autoridades competentes, fijando dicho momento en la finalización de la vigencia de los respectivos estados.

En particular y por lo que respecta al estado de alarma, el art 4, determina la posibilidad de declarar el mismo, en supuestos de crisis sanitarias, incluyendo dentro de las mismas, epidemias. Por su parte, el art. 6 fija el instrumento a través del cual ha de llevarse a efecto la declaración del estado de alarma, concretándolo en la figura de decreto acordado en el Consejo de Ministros estableciendo el contenido del mismo, en el sentido de la necesidad de que determine, el ámbito territorial a que afecte, la duración y efectos, marcando el límite máximo de duración en quince días prorrogables con autorización expresa del Congreso de los Diputados, precisando en el caso de las prórrogas, que corresponde al Congreso la posibilidad de establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Asimismo, el art. 7, establece quien es la Autoridad competente a tales efectos, fijándola en el Gobierno, o por delegación del mismo, en el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte con carácter exclusivo a todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma.

Dentro de las medidas a adoptar durante el estado de alarma, el art. 11 a) de la misma ley orgánica recoge la de "limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos", y el art. 12.1 de la misma ley orgánica determina que, en los supuestos previstos en el apartado a) del art. 4, por tanto en el de crisis sanitaria, la Autoridad competente puede adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Como podemos constatar, la ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, establece una regulación bastante precisa en relación con el estado de alarma, fijando no solo los supuestos en que procede, la Autoridad competente para declararlo, el instrumento jurídico bajo el cual se determina y rige tal estado, la duración, las medidas, a adoptar, y los efectos del incumplimiento.

Pues bien reiteramos que, al amparo de tal normativa se acordó declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional de España por un período de quince días, bajo la autoridad competente del Gobierno de la nación, que a efectos del ejercicio de las funciones que recogía en dicho instrumento y bajo la superior dirección del Presidente de la nación, establecía como autoridades competentes delegadas en sus respectivas áreas de responsabilidad a: la ministra de defensa, el ministro del interior, el ministro de transportes, movilidad y agenda urbana y el ministro de sanidad, quienes según el mismo Real Decreto, quedaban habilitados a efectos de dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas, que en sus correspondientes esferas de actuación específicas, fueran necesarias con el fin de garantizar la prestación de todos los servicios, tanto de carácter ordinario, como extraordinario, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el art. 11 de la Ley Orgánica de estados de alarma, excepción y sitio.

El art. 7 del Real Decreto citado establecía la medida de limitación de la libertad de circulación de personas durante la vigencia del estado de alarma, precisando que únicamente se podía circular por las vías o espacios públicos a efectos de realizar una serie de actividades que listaba el mismo artículo en un número de hasta ocho, y que en definitiva cabía resumirlas en su mayoría en actividades esenciales o básicas, además de cualquier otra actividad de análoga naturaleza a las citadas.

Con base en éste marco normativo, que fue prorrogado hasta en seis ocasiones, se hizo efectiva la limitación a la libertad ambu-

latoria de las personas en España, en definitiva, el confinamiento de la población incluyendo el domiciliario, perviviendo oficialmente el estado de alarma hasta las 00.00 horas del día 21 de junio de 2020, y una vez que en cada unidad territorial del Estado se hubiere superado la fase III del Plan para la transición hacia la denominada nueva normalidad.

A la fecha de redacción de éstas líneas, evidentemente España no se encuentra en estado de alarma, no obstante lo cual, se ha de llamar la atención sobre la cuestión de que, en virtud del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se acordaba la última prórroga del referido estado, en su artículo 6, se establecía que durante el período de vigencia de dicha última prórroga, las autoridades competentes delegadas para *“la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada...”* serían en ejercicio de sus competencias y con carácter exclusivo los respectivos Presidentes de cada Comunidad autónoma, *“salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan al ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada”*. Añadiendo que serían las Comunidades Autónomas las competentes para decidir la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad.

Si bien han existido voces críticas en relación con la restricción o limitación del derecho a la libertad de circulación durante el período de alarma decretado, por considerar que en realidad, estábamos materialmente en presencia de una suspensión del derecho fundamental que tratamos y que ello solo cabía legalmente mediante la declaración del estado de excepción o de sitio⁹, llegando incluso algún sector doctrinal a considerar que el Real Decreto por el que se decretó el estado de alarma adolecería de inconsti-

⁹ DE LA MATA BARRANCO, Noberto J., *Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad*, consultado en: <almacenderecho.org/pandemia-estado-de-alarma-y-suspension-de-libertad> (6 de abril de 2020).

tucionalidad¹⁰. Sin embargo, no compartimos esta opinión, fundamentalmente porque, en primer lugar, el estado de alarma está previsto expresamente para los supuestos como el que nos ocupa de crisis sanitaria grave y profunda, el Real Decreto 463/2020, formalmente está revestido de valor normativo equiparable al de la ley, es decir que es la ley vigente mientras dure tal estado. A estos efectos, en la única situación en democracia anterior al presente momento que vivimos, que en España se declaró un estado de alarma por el Gobierno, fue con ocasión de la crisis de los controladores aéreos de 2010, que provocaron el cierre de todo el espacio aéreo de España. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en virtud de Sentencia 83/2016, de 28 de abril en relación con tal situación, en un sentido que es perfectamente aplicable al momento actual cuando declara en el Fundamento de derecho 10º, que:

La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado... ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamen-

¹⁰ ENRÍQUEZ MALAVÉ, Guillermo, “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/04/24.Abril%202020>>.

tal desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar.

Por tanto, hemos de estimar siguiendo la interpretación del Tribunal Constitucional, que tanto el Decreto 463/2020, como las sucesivas prórrogas tienen fuerza de ley, son la ley que se ha de aplicar. Pero es que, además, en la misma Sentencia, el Alto Tribunal en el fundamento jurídico 8º, de forma expresa se pronuncia en el sentido de que: “A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”¹¹

El Real Decreto citado y, en concreto el art. 7 que establecía la medida de limitación de la libertad de circulación de las personas durante la vigencia de dicho estado, no consideramos que suspendiera el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, que por otro lado era inviable si no se declaraba el estado de excepción, sino que lo restringía con carácter general, a que existiera una causa sustancial, primordial o justificada.

Consecuentemente, y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional se condicionaba el derecho a la libertad ambulatoria al cumplimiento de determinados requisitos.

¹¹ Ver STC 83/2016, de 28 de abril. BOE» núm. 131, de 31 de mayo de 2016, páginas 35848 a 35871.

IV. LA SITUACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN FINALIZADO EL ESTADO DE ALARMA. LA CRISIS DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Hasta el momento hemos tenido en cuenta y, en base a la declaración del estado de alarma hemos considerado la justificación legal de la restricción a la libertad ambulatoria. Sin embargo, reiteramos que el referido estado concluyó oficialmente a las 00.00 horas del día 21 de julio de 2020, así se establecía de forma expresa en el art. 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. En el art. 5 se fijaba el momento de pérdida de efectos de las medidas derivadas del estado de alarma, concretándolo en el momento de superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada¹², determinando el art. 6 cuáles eran las autoridades competentes durante

¹² Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, se aprobó el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, que comprendía cuatro fases: Fase 0 de preparación para la desescalada (Se permitieron los paseos y deportes no profesionales distinguiendo por edades y en una determinada franja horaria); Fase 1, de inicio parcial de determinadas actividades (Se permitían paseos y actividad física en una determinadas franjas horarias, máximo de 10 personas, salvo en localidades de menos de 10.000 personas en los que no se establecía franja horaria, los niños podían salir con ambos progenitores, se permitía también trasladarse a una segunda residencia dentro de la misma provincia, isla o unidad territorial) ; Fase 2, intermedia, de apertura de locales con limitación de aforo (Se permitían paseos y actividad física (correr, bicicleta) en determinadas franjas horarias mantienen para mayores de 70 años. Se fijaba un máximo 15 personas, los niños podían salir con ambos progenitores y se permitía el traslado a segundas residencias siempre en la misma provincia, isla o unidad territorial; Fase 3, avanzada de flexibilización de la movilidad general (Paseos y actividad física, desaparecían las franjas horarias para todos los colectivos sin perjuicio de extremar las medidas de seguridad e higiene con los grupos vulnerables, Se podía circular por la provincia, isla o unidad territorial. Consultado en: <<https://www.msccs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PlanTransi->

el período de vigencia de esa última prórroga, específicamente, el Ministro de Sanidad bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, con arreglo al principio de cooperación con las Comunidades Autónomas, y quien ostentara la Presidencia de la Comunidad Autónoma. Autoridad ésta última a la que, por delegación, se atribuía la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del Plan de desescalada (salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedieran del ámbito de la unidad territorial determinada para cada Comunidad Autónoma a los efectos del proceso de desescalada), así como la superación de la referida fase III, y la entrada en la que se dio en llamar “nueva normalidad”.

Posteriormente, el 9 de junio se dicta un nuevo Real Decreto Ley¹³ por el Gobierno de la Nación, en concreto el RDL 21/2020 de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con el objetivo de que en prevención de los posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida automática de vigencia de las medidas acordadas durante el estado de alarma, adoptar una serie de medidas de prevención, contención y coordinación, mientras no fuera declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria. Entre ninguna de las medidas contenidas en el Real Decreto se contenía la limitación o restricción del derecho a la libertad de circulación.

No obstante lo cual, y llegados a este punto, se constata que ni existe estado de alarma en España, ni en el Real Decreto que establece medidas urgentes para hacer frente a la crisis sanitaria que pervive se contiene ninguna relativa a la limitación de la libertad ambulatoria, pero lo cierto es que ya se han tomado medidas de

cionNuevaNormalidad.pdf https://elpais.com/sociedad/2020/05/07/actualidad/1588852756_386639.html>.

¹³ Ver RDL 21/2020, de 9 de junio de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVI-19; BOE nº 163, de 10 de junio de 2020.

limitación de dicho derecho en algunas Comunidades Autónomas. Actualmente se encuentra en vigor la Orden 738/2020, de 31 de julio¹⁴ de la Consejería de Sanidad de Castilla y León por la que se restringe la libre entrada y salida de personas de los municipios de Íscar y Pedrajas de San Esteban, salvo aquellos desplazamientos adecuadamente justificados por alguno de los motivos que la propia Orden enumera. Además incluso suspende las salidas de los residentes de centros de personas mayores al exterior. Tal Orden es cierto que ha sido ratificada judicialmente y se encuentra en vigor desde el pasado día 2 de agosto. En similares términos, como ya avanzábamos en la introducción de este trabajo ha ocurrido en otras Comunidades Autónomas, caso de Galicia, pero el supuesto más alarmante, es el relativo a la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde en virtud de una Resolución de 12 de julio de 2020, se acordó restringir la salida y entrada de personas de la comarca del Segriá, así como la limitación de desplazamientos personales, en la medida en que se acordaba incluso el confinamiento domiciliario de las personas. Dicha Resolución no fue ratificada por la autoridad judicial, que consideró en virtud de Auto de 12 de julio de 2020¹⁵, que con la misma lo que se proponía era “eludir la aplicación de los derechos fundamentales, el art. 4º de la Ley Orgánica, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esa es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados. En todo caso, el Presidente de la Generalidad, de acuerdo el art. 5º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio «podrá solicitar del Gobierno la declaración del

¹⁴ Ver Orden SAN/738/2020, de 31 de julio por la que se adoptan medidas sanitarias preventivas para la contención del COVID-19 en los municipios de Íscar y Pedrajas de San Esteban, consultado en: <<http://bocyl.jcyl.es/>>.

¹⁵ Ver Auto de 12 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lleida sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias. Consultado en: <<https://www.ecestaticos.com/file/34aeb9825c5b64249f740235af3c9964/1594595458-auto-2-covid-lleida-confinamiento.pdf>>.

estado de alarma»”. Consideró pues la Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lleida en funciones de guardia, que las medidas acordadas por la Resolución de la Generalitat no podían ser objeto de ratificación por la vía de la LO 3/1986, de 14 de abril por ser contrarias a derecho. La Generalitat de Catalunya no consta que recurriera la referida resolución judicial, aunque abiertamente declaró su Presidente que no la acataba, dictando al día siguiente y en virtud de lo establecido en el art. 64 de la Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, un Decreto Ley¹⁶ por el cual modificaba la ley 18/2009 de salud pública catalana y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19. En el mismo se recogían expresamente las medidas a adoptar en supuestos de pandemia, el modelo a seguir, los indicadores que justificaran la adopción de las mismas y la solicitud de informes con carácter preceptivo a la Agencia de Salud Pública autonómica.

Se recogía expresamente que en situaciones de pandemia la autoridad sanitaria podía adoptar medidas de limitación del desplazamiento de las personas. De esta forma y sin necesidad de autorización judicial alguna, salvo la medida de confinamiento domiciliario, limitó el desplazamiento de personas en la comarca en cuestión, por tanto su derecho a la libertad de circulación. Al respecto, hay que tener en cuenta que la misma Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de 19 de julio de 2006 (BOE núm. 172, de 20/07/2006) en su art. 4.1 establecía que los poderes públicos de Cataluña debían promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocían el mismo Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de

¹⁶ Ver Decreto Ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública, y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19. Consultado en: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/670625-dl-27-2020-de-13-jul-cataluna-modificacion-de-la-ley-18-2009-de-22-oct.html>.

los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales. A la misma vez en el art. 15.1 del mismo texto y relativo a los derechos de las personas determinaba que: “Los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos y deberes reconocidos por las normas a que se refiere el artículo 4.1”, y el art. 64.1 relativo a los Decretos Leyes, establecía que no podían ser objeto de Decreto-ley, entre otras, “las materias objeto de leyes de desarrollo básico, la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos reconocidos por el Estatuto y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña”. Por tanto, consideramos que el derecho de la libertad ambulatoria como derecho fundamental reconocido, al ser materia reservada a ley orgánica por imperativo de lo dispuesto en el art. 81 de la Constitución Española, no puede limitarse por la vía de un Decreto ley autonómico, como ha sido el caso, pues ello ha afectado nada menos que a 210.000 personas durante un período de quince días, cuando los casos de afectados por positivo en COVID-19 eran 187.

Por otro lado, hemos de detenernos también en la legislación sanitaria de ámbito nacional, por cuanto en base a la misma igualmente se están operando, como hemos visto, en otras Comunidades autónomas limitaciones a la libertad ambulatoria, concretadas también en tener vetado los habitantes la salida y la entrada de la comarca, como es el caso de Galicia con la comarca de A Mariña (Lugo) o la comunidad de Castilla y León con las poblaciones de Pedrajas de San Esteban o Íscar. A estos efectos, hemos de poner de manifiesto en primer lugar que el art. 149.1.16 de la Constitución Española atribuye al Estado competencia exclusiva sobre sanidad exterior y bases y coordinación general de la sanidad y el art. 148.1.21 establece que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de sanidad e higiene, lo que todas han hecho. Por su parte la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas

Especiales en materia de Salud Pública¹⁷, en su art. 1, establece como posibilidad de las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas y fijando como objetivo el de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, siempre dentro del ámbito de sus competencias, la de adoptar las medidas previstas en su texto, cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. En su art. 2, se refiere a las medidas que clasifica como de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control, cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. En este caso parece que el precepto se refiere a determinadas personas o grupos de personas, las afectadas por una enfermedad que pueda suponer un peligro para la población y respecto de las mismas, su reconocimiento, hospitalización o control. El art. 3 de la misma ley, por su parte establece a efectos de controlar enfermedades transmisibles, obviamente en este caso el COVID-19 lo es, que la autoridad sanitaria además de llevar a cabo actividades preventivas generales puede adoptar las medidas oportunas para controlar a los enfermos, así como las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, “así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

En modo alguno de la lectura de tales preceptos y pese a que, en relación con la limitación a la libertad de circulación respecto de algunas comarcas de las Comunidades autónomas antes citadas, se ha autorizado judicialmente la misma siguiendo el trámite dispuesto en el art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁸, lo cierto es consideramos, en relación con éste

¹⁷ Ver Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. BOE» núm. 102, de 29/04/1986.

¹⁸ El art. 8 penúltimo párrafo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que: “corres-

último precepto, que ni la expresión “acciones preventivas generales”, ni la de “las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, pueden referirse a otro colectivo que al de las personas ya enfermas, o al de aquellas que estén o hayan estado en contacto con las mismas, pero es que en el caso que nos ocupa, la limitación de la libertad está afectando a personas sanas, y pese a que la ley de medidas especiales en materia de salud pública ostenta el rango de orgánica, en momento alguno se refiere de forma específica a la aplicación de medidas respecto de personas sanas, o que no hubieran tenido contacto con enfermos, ni tampoco se especifica, como medida, que se puede restringir en concreto este derecho a la libertad de circulación, ni las condiciones o garantías de la limitación, creemos pues que es de todo punto insuficiente tal norma para limitar el derecho de personas de forma indiscriminada por contener en su texto la expresión “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, por más que se requiera autorización judicial para aplicar la limitación, pues escaso margen de actuación tienen los tribunales para denegar la medida habida cuenta lo genérico de la expresión.

De hecho la ley orgánica que regula el estado de alarma hemos constatado que específicamente recoge la restricción del derecho al que nos referimos, estableciendo sus límites pues en estado de alarma solo puede ser limitación o restricción de la circulación de personas en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos, y no suspensión que correspondería al estado de excepción, estableciendo, asimismo, la duración de las medidas, la autoridad competente, el instrumento jurídico bajo el cual se determina y el procedimiento a seguir, pues sería de todo punto exorbitante que a modo de norma

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

en blanco la ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública pudiera adoptar cualquier medida de restricción, o incluso suspensión, de un derecho fundamental respecto a todas las personas con carácter general, bajo el amparo de que legalmente puede adoptar las medidas que considere necesarias sin más precisión, detalle o límite alguno, lo que nos lleva a concluir que se está produciendo una brecha significativa respecto del derecho fundamental a la libertad ambulatoria que lo coloca en una situación de peligro, cuando se trataba de un derecho consolidado en España desde la instauración de la democracia, máxime cuando existe una cobertura legal que justificaría la toma de medidas como es la declaración del estado de alarma parcial por parte del Gobierno de la Nación.

V. CONCLUSIÓN

Tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, nos encontramos ante una situación de crisis del derecho fundamental a la libertad de circulación, se ha abierto una brecha que hace peligrar el mismo con motivo de la pandemia que aqueja tanto a España, como a la mayor parte de los Estados /países del planeta. Tal crisis entendemos que ha de situarse en los instrumentos jurídicos utilizados, una vez finalizado oficialmente el estado de alarma y a raíz de los rebotes de la enfermedad, por parte de las respectivas Comunidades Autónomas que han restringido el derecho en cuestión, esto es, la ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública o el decreto-ley aprobado por la Comunidad Autónoma de Cataluña. Se está afectando el derecho de los habitantes de comarcas enteras del territorio de forma indiscriminada. Consideramos que el instrumento jurídico adecuado desde la perspectiva de nuestra norma fundamental no puede ser otro, sino el de la solicitud por parte de las Comunidades Autónomas afectadas y las que en lo sucesivo pudieran encontrarse en tal situación, de la declaración de un estado de alarma parcial al go-

bierno de la nación, tal y como viene contemplado expresamente cuando se trata de limitar un derecho humano básico y siempre que previamente se hayan agotado las medidas preventivas de que se dispone como son las del distanciamiento social, el uso obligatorio de mascarillas, los rastreadores, etc., pues en otro caso se somete a la población sin distinción alguna a una medida extrema y que debiera constituir la última ratio. Se está a nuestro juicio forzando la interpretación de una ley orgánica que no prevé de forma expresa tal medida de restricción, precisamente cuando nuestra Constitución ha pretendido dotar a los derechos fundamentales de una protección especialmente reforzada a efectos de evitar su vulneración.

