

Dictamen

Que en torno a la competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del Recurso núm. 001 / 0000099 / 2020, emiten los abajo firmantes.

Antecedentes

Con fecha de 21 de abril de 2020, D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de D. Curro Nicolau Castellanos interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra diversos extremos 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, así como las prórrogas del mismo establecidas por los RR.DD. 476/2020 y 487/2020.

Con fecha 22 de abril, por parte de la Ilma. Sra. Secretaria del la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del citado tribunal se dio cuenta de su admisión a trámite, del traslado del mismo a la Administración del Estado y al Ministerio Fiscal, del requerimiento del expediente administrativo pertinente a Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, y del nombramiento como ponente de D. Jorge Rodríguez Zapata.

No obstante ello, merced a un nuevo escrito de fecha 23 de abril, por parte de la Ilma. Sra. Secretaria del la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del citado tribunal se informó al Recurrente, al abogado del Estado y al Ministerio Fiscal de la apertura de un plazo improrrogable de tres días para que “aleguen lo que consideren oportuno respecto de la jurisdicción de [esa] Sala para conocer de impugnaciones directas contra preceptos del R.D. 463/2020 de 14 de marzo y R.D. 487/2020 de 10 de abril”.

Así las cosas, es a petición del recurrente y con el citado propósito que los abajo firmantes emiten el presente dictamen, en los términos que siguen.

1. El recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente lo ha sido por la vía especial de la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Como consta en autos, el Sr. Nicolau ha optado para la defensa de sus pretensiones por la vía especial de protección de los derechos fundamentales, instituida por el artículo 53.2 de la Constitución al establecer que

“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Dado que el Sr. Nicolau alega hallarse privado de su derechos fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución), así como de sus derechos a circular por el territorio nacional y a elegir libremente su residencia (ambos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución), y de su derecho de reunión (reconocido en el artículo 21 de la Constitución), la idoneidad de esta vía parece patente.

Y dado que la tutela que se solicita lo es frente a disposiciones adoptadas por el Consejo de Ministros, como son las contenidas en los Reales Decretos 463/2020, 476/2020 y 487/2020, también resulta patente la competencia de la Sala ante la que se presenta este Dictamen, toda vez que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, este tipo de recursos habrán de ser conocidos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que por turno corresponda cuando se sustancien “en relación con [...] Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno”.

Más aun: el hecho de que se este demandando la tutela de las libertades y derechos reconocidos por la Constitución –y no de cualesquiera derechos, sino de varios de los considerados más fuertes– debería mover a este Tribunal a adoptar respecto de esta petición –o de cualquier otra que se le formule– la interpretación más favorable a la "plenitud" de los derechos fundamentales, como reiteradamente la exigido nuestro Tribunal Constitucional en una jurisprudencia ya sobradamente consolidada (entre ellas, las SSTC 153/2003, de 17 de julio y 217/2015, de 22 de octubre). Esto implica que en caso de duda debería resolver el caso que se le plantea aplicando la regla *in dubio pro libertate*, y adoptando aquella posición que más eficazmente contribuyera a la garantía de los derechos en liza. *Ergo*, si la natura y el contenido del Real Decreto 463/2020 fueran polémicas, este Tribunal debería inclinarse por aquella postura –como más adelante se discutirá: de negarle el valor de ley a las disposiciones impugnadas– que mejor permite la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva al posibilitar su control por él mismo y, subsidiariamente, por el Tribunal Constitucional.

Y ello, como es natural, sin que lo dicho suponga renuncia a invocar lo dispuesto por el artículo 7.3 de la LJCA, en virtud del cual si se estimara que la competencia correspondiera a otro órgano de esa Jurisdicción, la Sala, previa declaración pertinente en forma de Auto, habrá de remitir las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que estime competente, para que se siga ante él el curso del proceso.

2. El recurso contencioso-administrativo presentado por el recurrente lo ha sido contra una norma directamente aplicable

Como consta expresamente en el mismo, la única pretensión del recurrente es la de que se ponga fin a la “abrupta y lesiva vulneración del derecho fundamental de libre circulación y del derecho de libertad [del Sr. Nicolau], que durante más de 38 días ha tenido que restringir sus salidas de su vivienda a las causas excepcionalmente tasadas, sin poder viajar hasta su segunda residencia en la localidad de Alp (Girona), y sin poder efectuar ningún viaje a terceros países para el desarrollo de su actividad profesional, debiendo estar confinado y privado de su libertad individual con los daños para la salud mental que dicha circunstancia

genera”. En suma, un reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales, que no entra en cuestiones de legalidad ordinaria para las que no está legitimado.

Vulneración de sus derechos que deriva directísimamente de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020; y en concreto de lo dispuesto en su Artículo 7.1, que bajo el epígrafe de “Limitación de la libertad de circulación de las personas” ordena que “Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las [...] actividades”, que acto seguido enumera taxativamente, y de las que se deduce la existencia de una prohibición genérica de circulación y permanencia en la vía pública de la que se excepcionan solamente aquellos desplazamientos expresamente enumerados y llevados a cabo en las condiciones y con los requisitos igualmente estipulados.

La afirmación que antecede se sustenta en el hecho de que, en el caso que os ocupa, no exista otro acto de aplicación de la mencionada suspensión de la libertad deambulatoria –y de los derechos constitucionales que presuponen su existencia, como los de reunión y manifestación– que no sea el del propio Real Decreto, que resulta en si mismo aplicable, y al amparo del cual se establece en efecto un sistema de sanciones. De hecho, el Real Decreto no establece, a diferencia de otras leyes, una habilitación para dictar un reglamento de desarrollo de sus previsiones.

3. El Real Decreto 463/2020 no solo declara la alarma, sino que además contiene preceptos que constituyen actos o disposiciones de aplicación del estado de alarma.

Lo antedicho marca una diferencia sustancial entre la situación actual y la verificada en el año 2010, cuando al objeto de paliar las consecuencias suscitadas por el anuncio de una huelga de controladores aéreos se decretó el estado de alarma, en lo que constituye el único precedente de la actual situación bajo la vigencia de la Constitución de 1978. Mientras el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre declaró el estado de alarma sin adoptar en sus seis brevísimos artículos medida alguna que afectara a la población en general, en el Real Decreto 463/2020 que ahora se cuestiona, sí se dispone la adopción de una amplia batería de medidas de aplicación que tienen como destinatario a la ciudadanía en general.

En efecto, mientras el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre se limitó a declarar la instauración del estado de alarma (artículo 1), a determinar sus ámbitos territorial, material, temporal y subjetivo (artículos 2, 3 y 5), en este caso circunscrito a “todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA”, y a establecer las habilitaciones y a determinar la autoridad competente (artículos 4 y 6) en los términos exigidos por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, sin introducir una normativa material ajena a la prevista en la ley, el RD 463/2020 sí introduce una normativa material que ahora se cuestiona adoptando una amplia batería de medidas de limitación de la libertad de circulación (artículo 7), relativas a la gestión ordinaria de servicios (artículo 6), requisas temporales y prestaciones personales obligatorias (artículo 8), medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación (artículo 9), medidas de

contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración y otras adicionales (artículo 10), y hasta medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (artículo 11).

Si bien todas esas medidas son consecuencia de la declaración del Estado de Alarma, cabría igualmente sostener que las mismas se hallan diferenciadas de la propia declaración del estado de alarma, de la que no son consecuencia necesaria –y cabría argumentar, se dictan *ultra vires* de las exigencias que para el estado de alarma prevé la Ley Orgánica 4/1981. El Real Decreto 463/2020 podría haber optado –como hizo el 1673/2010– por instaurar el estado de alarma limitándose a concretar su ámbito territorial, temporal, y material y dejando cualesquiera otras medidas de aplicación para otros reales decretos, pero prefirió en cambio establecer todo un sistema de restricciones de derechos, y de modulación de actividades que son susceptibles de entenderse como actos o disposiciones de aplicación de ese estado de alarma, y –de ser así–, como susceptibles de recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. El Real Decreto 463/2020 ha sido en efecto aplicado como medida suspensiva de derechos individuales.

La prueba más evidente, si bien no la única, de que RD 463/2020 constituye una norma “auto-aplicativa” radica en el hecho de que las sanciones que se han impuesto bajo su vigencia lo han sido invocando directamente ese RD, que no ha sido desarrollado por ningún “reglamento” en aquellos aspectos relacionados con la cuestión que nos ocupa aquí, la libertad de circulación, por más que sí lo haya sido en otros. Como lo atestigua el hecho de que a su amparo –y según datos recogidos en la prensa diaria– las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado hayan cursado más de 700.000 propuestas de sanción por incumplir el confinamiento, afectando con ello nada menos que a un 1.41% de la población nacional.

Dicha afirmación no queda invalidada por la ausencia en el Real Decreto de una tabla específica de sanciones, sustituida por la remisión a otras leyes recogida en su artículo 20, toda vez que dicha remisión lo fue a los efectos de fijar las cuantías de las sanciones y los procedimientos para su imposición, hallándose la determinación del hecho causante de la sanción recogido en el propio articulado del Real Decreto.

La cuestión que suscita todas estas medidas junto con la declaración del Estado de alarma es si son enjuiciables como actos separados de la decisión de declarar dicho estado de alarma, y si tienen idéntico “rango de ley”, puesto que cuando se habla no ya sólo de la “regulación” de derechos fundamentales, sino de su “desarrollo” y no basta la autorización del Congreso para dar “rango de ley” a la norma de desarrollo pues la Constitución exige que sea una ley especial, una Ley Orgánica (artículo 81.1 CE), que requiere un procedimiento especial y una mayoría cualificada en el Congreso de los Diputados. Pensamos que no hay un precedente como éste que haya sido enjuiciado por el Tribunal Constitucional y por tanto es éste un hecho diferenciador del caso de los controladores aéreos.

Apreciación ésta que se contempla si cabe con más preocupación a partir del contraste entre las previsiones de la Ley Orgánica 4/1981 en lo tocante al estado de alarma y el contenido en los Reales Decretos que se recurren: y es que si las medidas adoptadas en éstos se hallaran dentro de las permitidas por la Ley Orgánica, tal vez pudiera ser sostenible que gozaran de sustento legal, pero el mero contraste entre el art. 11 a) de la Ley Orgánica y el 7 del Real Decreto pone de relieve que éste se extralimita con creces, al ir mucho más allá de una mera limitación del Derecho, con lo que la falta de sustento normativo acaba siendo formal, a la vez que material.

Esta tesis parece quedar sustentada en la Providencia de la que se ha dado traslado a los reclamantes para que aleguen “lo que consideren oportuno respecto de la jurisdicción de esta Sala para conocer de impugnaciones directas contra preceptos del R.D. 463/2020 de 14 de marzo y R.D. 487/2020 de 10 de abril”, ya que la Sala ha debido apreciar que no se está recurriendo sin más el Real Decreto de forma global sino el artículo 7, o algunos otros del mismo, que contienen las medidas concretas.

5. Sobre la naturaleza reglamentaria del RD 463/2020, y su sujeción a la Ley.

Nadie duda de que la declaración del estado de alarma tiene un contenido normativo. Pero tampoco es posible poner en duda que el Real Decreto declarándolo no tiene, ni puede tener, como único límite la Constitución, sino también la Ley: en concreto, la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, al amparo de la cual se dicta el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, y cuantos le siguen. ¿Qué sentido tendría que la Constitución exigiera una Ley Orgánica si a través de cada Real Decreto de declaración de un estado de emergencia se pudiera introducir la regulación material del mismo? Ello supone en toda lógica la posibilidad de proponer un juicio en torno al ajuste de sus medidas a la Ley Orgánica, ya que de no ser así –esto es: de no poderse juzgar la legalidad del Real Decreto declarando un estado de alarma– sobrarían cabalmente todos los artículos de la Ley Orgánica 4/1981 relativos al estado de alarma, que podría declararse con cualquier contenido material sin otros límites que los procedimentales previstos en la Constitución. Pero no es eso lo que el Consejo de Ministros confiesa hacer, en el preámbulo del mismo.

Es cierto que en su Sentencia 83/2016 (f. j. 10) el Tribunal Constitucional español falló que un Real Decreto declarando el estado de alarma era una norma con “rango de ley”. Pero esa sentencia realizó una interpretación que es preciso cuestionar.

En primer lugar, porque no conduce a parte alguna argumentar que nos hallamos ante “una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración”, y que no se dicta al amparo de la potestad reglamentaria prevista en el art. 97 CE, sino en el ejercicio de la potestad extraordinaria que le atribuye el art. 116 CE. Eso puede ser cierto, pero de ello se deduciría en ningún caso la no justiciabilidad de estos actos, ya que el artículo 97 de la Constitución –el primero del Título IV de la Constitución, en

el que se presenta y se enmarca con la mayor solemnidad la institución del Gobierno– afirma contundentemente que el Gobierno no sólo ejerce “la potestad reglamentaria”, sino también la “función ejecutiva” “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, estando sometido tanto a una como a las otras en todas sus actuaciones, y no solo a la primera cuando obra como órgano constitucional, y a ambas cuando lo hace como órgano superior de la administración. Sea cual sea, pues, la naturaleza del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, y actúe el Gobierno en la condición que se quiera, su sometimiento a las leyes es indiscutible. Y la competencia de los tribunales para juzgarla, inaplazable.

Se trata, además, de una postura ya sustentada por el Tribunal Constitucional; sin ir mas lejos en el caso de los decretos legislativos. A pesar de las polémicas doctrinales iniciales, tras la LJCA ha quedado claro que esta jurisdicción también asume su control cuando excedan los límites de la delegación (ex art. 1.1 LJCA). Si una norma con rango de ley procedente del Gobierno puede ser controlada por la jurisdicción cuando excede de la autorización o las bases, *mutatis mutandis* (o incluso, *a fortiori*) debe poder serlo una norma formalmente con rango de Decreto, aunque el Tribunal Constitucional la haya equiparado a las de rango de ley.

Más aun: el Gobierno aprueba otros muchos decretos en su condición de órgano constitucional y no por ello se les atribuye valor de ley, ni se les mantiene al margen de su control jurisdiccional: es el caso de los decretos de nombramiento de ciertos magistrados del Constitucional y de otros titulares de las altas instituciones estatales; los de concesión de indultos, los de otorgamiento de la nacionalidad española por carta de naturaleza, etc. Es más la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo ha tenido ocasión de juzgar la adecuación de más de uno de estos decretos a las leyes y a la Constitución. Desde esta perspectiva, no se alcanza a entender por qué el Tribunal Supremo podría revisar si un Real Decreto de nombramiento del Fiscal General es conforme con la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y en cambio no podría controlar si el Real Decreto 463/2020 respeta la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Adicionalmente, de admitirse la doctrina de que el RD declarando un estado de alarma tiene “rango de ley” resultaría que el poder extraordinario otorgado al Gobierno en el artículo 116.2 de la Constitución no estaría limitado por las disposiciones de la Ley Orgánica 4/1981 –ley cuya existencia prescribe solo una línea antes el 116.1 de la Constitución al disponer que “Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.”

Coherente con esta postura estaría el hecho de que por Auto de 30 de mayo de 2011 la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declarara la admisión del recurso contencioso-administrativo promovido contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial AENA, a pesar de declarar en el mismo instante la inadmisión del mismo en relación el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010 y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre.

Por último, también cabe sostener que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016 no debería entenderse como instauradora de un monopolio de control por su parte –o de una exclusividad, en el mismo– siquiera sea porque lo que tenemos ante nosotros es indudablemente un Decreto, de rango formal infralegal; y porque de no entenderlo así privaríamos de toda virtualidad – como ya se ha dicho– a la LO 4/1981. el rango de ley no siempre implica monopolio de control

6. Irrelevancia de la intervención del Congreso a los efectos del sometimiento del Real Decreto al control jurisdiccional

Desde una perspectiva formal, no es fácil admitir que un Real Decreto que lleva su enumeración correlativa con los demás decretos, que ni siquiera va refrendado por el Presidente del Gobierno y en el que las Cortes Generales no intervienen tiene rango de ley. De alguna forma, se podría decir en el Estado social y democrático de Derecho hemos recorrido un camino inverso al que en su momento se realizó con los decretos legislativos del Estado franquista: mientras el Tribunal Supremo de la época elaboró la sutil jurisprudencia *ultra vires* para controlar –siquiera mínimamente– el poder arbitrario del Gobierno, ahora nos encontraríamos con que una nueva jurisprudencia retrocedería en ese control jurisdiccional en un momento tan delicado para la vida democrática del país como es el estado de alarma.

Conviene detenerse en la cuestión del papel que a las Cortes Generales les corresponde en esta cuestión, y de las consecuencias que para la naturaleza jurídica del Real Decreto que nos ocupa tiene esa intervención.

La afirmación que en su día realizara la Sala de Lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto 2985/2011, de 9 de marzo, relativo a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaraba el estado de alarma para la normalización del tráfico aéreo en respuesta a la huelga de controladores aéreos, en el sentido de que

“habiendo asumido el Congreso de los Diputados esa declaración del Gobierno en los mismos términos en que fue adoptada, esa decisión de la cámara quedaba fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el art. 106.1 de la Constitución y tampoco tendría encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA”

no resulta especialmente defendible.

Tanto el artículo 116.2 de la Constitución, como el artículo 8 de la LO 4/1981 se limitan a ordenar que el Gobierno “de cuenta” al Congreso, pero éste no tiene ninguna posibilidad de derogarlo como sucede con cualquier otro decreto gubernamental y a diferencia de lo que el artículo 86 de la Constitución permite hacer al Congreso con los decretos-leyes. El Reglamento del Congreso ni siquiera prevé una votación en el Pleno, sino que su artículo 162 se limita a establecer que de la comunicación que realice el Gobierno de la declaración del estado de alarma “se dará traslado a la Comisión correspondiente”. Otra cosa podría señalarse de

los decretos de prórroga del estado de alarma, pero no del 463/2020, que es del Gobierno y solo del Gobierno. Las autorizaciones posteriores para la prórroga afectan a los Decretos de prórroga, pero no al de declaración, por lo que no pueden cambiar la naturaleza del decreto inicial. Si como es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, la convalidación de un decreto-ley no cambia su naturaleza, mucho menos podrá verse afectada la naturaleza del Real Decreto 462/2020 por las autorizaciones de los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, y 492/2020, de 24 de abril.

Si del tenor literal del artículo 116.2 de la Constitución y su comparación con el 86 se advierte que un decreto de estado de alarma no tiene valor de ley, repasando los antecedentes parlamentarios se reafirma esa conclusión: ni en los debates de los constituyentes ni en el *iter legis* de la Ley Orgánica 4/1981 se advierte para nada que los diputados y senadores pensaran que un decreto de declaración del estado de alarma pudiera tener valor de ley. Más bien al contrario, hay una expresa preocupación por resaltar que para nada se está diseñando un sistema que conduzca a una dictadura constitucional en el que los decretos de necesidad ocuparían el lugar de la legislación ordinaria, se buscaba permitir que el Gobierno tomara “medidas” extraordinarias, no leyes extraordinarias. Y desde luego, este era el sentir prácticamente unánime de toda la doctrina, claramente reflejada en la tajante afirmación de Fernando Santaolla: “hay que decir que dada su procedencia del Gobierno no son actos con valor forma de ley ya que expresamente no se les dota de este carácter” (en Fernando Garrido Falla, Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980, pág. 1159).

Se refuerza esta conclusión de la falta de valor de ley del Decreto 463/2020, leyendo su propio contenido: todo son “medidas” autorizadas por la Ley Orgánica 3/1981 (otra cosa es, lógicamente, que alguna de esas medidas no tengan encaje en su Capítulo II y sí en el III, como considera el recurrente). No hay ni una sola modificación de las leyes. Con toda la lógica jurídica del mundo, el Gobierno cada vez que ha considerado que era necesario y urgente modificar la legislación ha aprobado decretos-leyes, pero no se le ha ocurrido hacerlo mediante el uso de los decretos de alarma.

7. Inaplicabilidad al presente caso del fallo emitido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/2016, de 28 de abril.

Es sabido que la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre el alcance de las medidas adoptadas al amparo de la declaración del Estado de Alarma fue en la STC 83/2016, de 28 de abril, recaída en el conocido como caso de los controladores aéreos.

En esa ocasión el alto tribunal sostuvo la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del colectivo de controladores aéreos contra el RD 1673/2010, de 4 de diciembre por el que se declaró el Estado de Alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010 (autorización del Congreso de los Diputados) y contra el Real Decreto

1717/2010, de 17 de diciembre por el que se acordó la prórroga del estado de alarma.

En aquel caso, el Tribunal Constitucional consideró que la inadmisión del recurso contra las tres normas citadas resultaba procedente al entender, después de analizar el rango o valor normativo de los Reales Decretos, y considerar que tiene “rango de ley” o “valor de ley” o “fuerza de ley”, que la jurisdicción competente era la suya propia: la constitucional. Y lo hizo sosteniendo que

“[...] esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental 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. [...] Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, f. j. 10).

La declaración del estado de alarma por parte del Consejo de Ministros si reúne la condición de ser una decisión o disposición con rango o valor de ley, plantea la cuestión de la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), ya que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es competente para fiscalizar este tipo de disposiciones.

De entrada, la tesis de que la jurisprudencia sentada en ese momento por el Tribunal Constitucional debería traducirse en una inadmisión del recurso que ahora nos ocupa por parte del Tribunal Supremo, se ve ensombrecida por el hecho de que la representación procesal del colectivo de controladores aéreos interpusiera un recurso contencioso-administrativo por la vía ordinaria, no por la de protección de los derechos fundamentales, recurso aquel con el que se pretendía la nulidad o no conformidad a Derecho de la disposición recurrida, dando a entender la menor lesividad para con sus derechos de las disposiciones que se recurrían. Cosa que no sucede aquí donde se pretende que se declare que la norma impugnada lesiona el derecho fundamental del recurrente.

En segundo lugar, también se ve relativizada por el hecho de que el presupuesto de ese rango o valor de ley no sea otro que la habilitación expresa derivada de la Constitución y de la LO 4/1981, que obviamente debe ser ejercida con lealtad a la primera y en los estrictos términos con la segunda. El Tribunal Constitucional lo ha señalado expresamente así en la STC 83/2016, al afirmar que

“La propia Constitución y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma”.

Eso presupone la conformidad del Real Decreto que declara el estado de alarma con la Ley y, a *sensu contrario*, que si ese decreto vulnera no solo la Constitución, sino también la propia LO 4/1981, se justificaría el control por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues de lo contrario la vigencia LO 4/1981 no quedaría garantizada, incluyendo así preceptos inaplicables, en la medida en que pueden ser ignorados por el decreto del estado de alarma. Y ello porque el Tribunal Constitucional nunca ha declarado que esa LO 4/1981 forme parte del bloque de la constitucionalidad. Y en el presente caso, el Real Decreto no solo vulnera el 19 (y el 24) de la CE, sino también, incluso más claramente, el 11 de la LO 4/1981.

Pero, sobre todo, la antedicha doctrina se ve relativizada por el hecho de que al resolver el citado caso el Tribunal Constitucional también señaló que

“La fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones *que se dicten en su aplicación* durante la vigencia del estado de alarma. Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el art. 55.2 LOTC (las cursivas son nuestras)”.

Desde nuestro punto de vista en el presente caso concurren precisamente unas circunstancias que diferencian el precedente de los controladores aéreos, y que nos permitiría argumentar la admisibilidad del recurso en cuestión. Que no son otras que la inmediata aplicabilidad de las disposiciones limitativas –suspensivas, cabría incluso decir– de las libertades arriba mencionadas.

Como también resultan pertinente traer a colación la STC 162/1985 de 29 de noviembre, que deja a los Tribunales de lo contencioso administrativo la competencia de anular los reglamentos que vulneren derechos fundamentales, y ello por vía del amparo ordinario, y la STC 48/1998, que permite recurrir en amparo ordinario reglamentos que aprueban normas generales.

8. Necesidad de una interpretación del alcance de las limitaciones sufridas por nuestros derechos por parte de nuestros tribunales.

Dado que –por la razón aducida– el Tribunal Constitucional no tuvo en cuenta en su STC 83/2016 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el mismo, si el Tribunal Supremo no procediera directamente a considerar el Real Decreto que nos ocupa como una norma de susceptible de control, y en consecuencia entrara a enjuiciar el potencial atentatorio contra los derechos fundamentales de su articulado, procedería que formulara cuestión de inconstitucionalidad para proteger el derecho del recurrente, pues tras la reforma de la LOTC de 2007 el artículo 37.2 dice que

"Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros quince días"

En efecto, no cabe permanecer indiferente ante el hecho de que la presente situación resulte dudosamente compatible con lo establecido en el artículo 5 CEDH, según el cual

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley [...] e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”,

circunstancias éstas que no cabe no por asomo predicar de los cuarenta y siete millones de individuos sujetos a confinamiento. Y qué decir de la más que discutible compatibilidad del Real Decreto en cuestión con lo prescrito en el artículo 2 del Protocolo no. 4, que establece que

- “1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia.
2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo.
3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.
4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.

Esa ha sido la doctrina sentada hace apenas unos días por el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, que en su sentencia 1217/2020 ha entendido que las medidas impuestas en su país por su gobierno no solo violaban la Constitución de BiH –cuestión esta muy respetable, pero ajena a nuestro caso– sino que eran también contrarias a las exigencias de "proporcionalidad" que se derivan del Artículo 2 del Protocolo no. 4 del Convenio Europeo, ya que –de una parte– no habían venido acompañadas de una justificación de su idoneidad desde el punto de vista de la contención de la pandemia, ni habían sido adoptadas tras una debida ponderación de la posibilidad de adoptar medidas más indulgentes.

9. La inadmisión del presente recurso, dado que ningún ciudadano puede acudir al Tribunal Constitucional, se traduciría en una vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en la irresponsabilidad del ejecutivo

Por último, es evidente que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Nicolau causaría a éste una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y le generaría indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución, ya que no tendría la posibilidad de defender en un juicio justo ante los tribunales su derecho a la libertad de circulación; vaciándose además de contenido el artículo 53.2 de la Constitución, según el cual cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad. Si no permitiéramos a los ciudadanos poder acudir a la jurisdicción ordinaria para reparar la vulneración de los derechos fundamentales se estaría vulnerando el artículo 53.2 de la Constitución ya que no dispondría de otro procedimiento para cuestionar la vulneración de sus derechos fundamentales. Además –y no es un dato baladí, en las presentes circunstancias– privaría al resto de los ciudadanos de la oportunidad de conocer el parecer del más alto tribunal de nuestro sistema judicial en torno al alcance de las limitaciones de derechos que vienen sufriendo desde el pasado 14 de marzo.

Y ello sin que sea de recibo argumentar que el recurrente siempre podría acudir a la jurisdicción ordinaria en el caso de que fuera sancionado por incumplir alguna de las restricciones a la libre circulación que figuran recogidas en los Reales Decretos que se impugnan y discrepase con la fundamentación jurídica, la forma o la entidad de esa sanción. Es evidente que no se puede obligar a un ciudadano que desee cuestionar –o incluso conocer tan solo– los límites impuestos a sus derechos a actuar de forma ilícita para provocar una infracción administrativa que permitiera acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por una cuestión de “honestidad procesal” en base al principio *pro actione* el ciudadano tiene derecho a desafiar ante los tribunales las normas lesivas de sus derechos, sin esperar a ser víctima de sanciones para poder verificar esos límites.

Y, tan grave como lo anterior, colocaría la actuación del Gobierno al margen de toda tutela, lo que además se ser incompatible con los más elementales principios democráticos, choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 2.a de la LJCA que establece que éste orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

“La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos* (cursiva nuestra)”.

Artículo que constituye la plasmación en el plano que ahora nos ocupa de la garantía establecida en el artículo 53.2 CE que establece el sometimiento de los tribunales ordinarios a un procedimiento de protección de los derechos fundamentales, y que por su dicción tajante –“cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”– obliga a concluir la posibilidad de recurrir incluso los actos políticos o los llamados “de gobierno”.

Por todo ello, resulta evidente que no es posible mantener una amplia interpretación del artículo 5.2 de la LJCA para rechazar por falta de jurisdicción la demanda presentada, interpretación que pudo estar justificada hace diez años con el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, pero que hoy día solo supondría

una renuncia del Tribunal Supremo a controlar la arbitrariedad de los poderes públicos, con el evidente riesgo que eso puede suponer en el futuro para los derechos fundamentales de los ciudadanos y la supervivencia de un robusto Estado de Derecho.

10. También la normativa internacional y europea en materia de derechos humanos reconoce el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías.

El artículo 10.2 de la Constitución indica que los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los convenios suscritos por España en materia de derechos humanos. Y tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) deben ser debidamente considerados para resolver esta cuestión.

El artículo 12 PIDCP permite, “para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros”, introducir restricciones a la libertad de circulación siempre y cuando “sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. Pero ocurre que el artículo 14 PIDCP dice también que

“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...] en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (que engloban los procesos contencioso-administrativos).

En cuanto al CEDH, sabe bien esta Sala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en relación precisamente con España que limitar directamente los derechos del Convenio por una norma con rango de ley que no puede ser recurrida por el afectado es algo que viola el artículo 6.1 CEDH, cabe sostener que en el caso que nos ocupa un posicionamiento conforme con el Convenio y acorde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería llevar a considerar que el Real Decreto de declaración del estado de alarma no es una norma con rango de ley pues ello provocaría que los ciudadanos quedarían privados de su derecho a un juicio equitativo y, en consecuencia, que es susceptible de conocimiento por el Tribunal al que se dirige el recurso al que este dictamen acompaña.

A este respecto quizás no sea irrelevante recordar la importantísima sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso *Ruiz-Mateos v. España* (1993) 16 EHRR 505 93/23. En ella, el recurrente puso de manifiesto lo prescrito por el artículo 6.1 CEDH que dice que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa(mente)”. cuando se le privó de su derecho a la propiedad por una Ley que no le era dado recurrir y no por un acto administrativo. La sentencia citada reconoció que al haber sido privado de su derecho mediante una ley fue privado de poder defender equitativamente su derecho pues un particular no puede recurrir una ley ante el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, dado que a los ciudadanos se les ha privado de su derecho a la libertad de circulación por una norma autoaplicativa, si se considerara que al tener ésta rango de ley ello fuera incompatible con su enjuiciamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, al ciudadano se le estaría privando de su derecho a defender equitativamente su derecho a la libertad de circulación pues el particular no puede recurrir normas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional.

Como se ha recordado ya, el artículo 10.2 de la Constitución indica que los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los convenios suscritos por España en materia de derechos humanos. Habida cuenta de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en relación precisamente con España que limitar directamente los derechos del Convenio por una norma con rango de ley que no puede ser recurrida por el afectado es algo que viola el artículo 6.1 CEDH, cabe sostener que en el caso que nos ocupa un posicionamiento conforme con el Convenio y acorde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería llevar a considerar que el Real Decreto de declaración del estado de alarma NO es una norma con rango de ley pues –al menos en cuanto a los artículos autoaplicables, que son el objeto de este recurso– ello provocaría que los ciudadanos quedarían privados de su derecho a un juicio equitativo y, en consecuencia, que es susceptible de conocimiento por el Tribunal al que se dirige el recurso al que este dictamen acompaña.

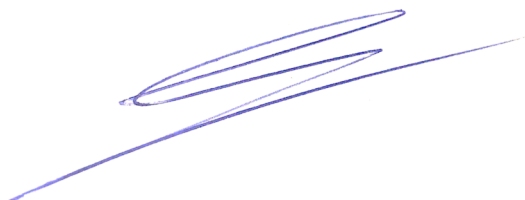
Lo que firman (por orden alfabético), a 27 de abril de 2020



Prof. Dr. D. Fco. Javier Díaz Revorio,
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Castilla La Mancha.



Prof. Dr. D. Carlos Flores Juberías
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Valencia.



Prof. Dr. D. Carlos Ruiz Miguel
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Santiago

Prof. Dr. D. Agustín Ruiz Robledo,
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Granada.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line at the bottom, and a stylized, wavy shape in the center.

Prof. Dr. D. José Manuel Vera Santos
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad Rey Juan Carlos Madrid.