

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, LA VIDA Y LA
INTEGRIDAD FÍSICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN LA
DOCTRINA CONSTITUCIONAL. A PROPÓSITO DEL ATC
40/2020 DE 30 DE ABRIL*

*THE PROTECTION OF HEALTH, LIFE AND PHYSICAL INTEGRITY
IN TIMES OF PANDEMIC IN THE CONSTITUTIONAL DOCTRINE.
ABOUT ATC 40/2020 OF APRIL 30.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 1026-1039

* El autor reconoce, y agradece también, el apoyo de la Ayuda del Programa "Ramón y Cajal" (RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.



Joaquín
SARRIÓN
ESTEVE

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza el reciente Auto del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de prohibir y limitar el derecho fundamental de reunión y manifestación para tutelar la salud, la vida y la integridad de las personas.

PALABRAS CLAVE: Salud; vida; integridad física; pandemia; crisis sanitaria; derecho fundamental de reunión y manifestación.

ABSTRACT: *This research work analyses the recent Judicial Resolution of the Spanish Constitutional Court on the possibility of prohibiting and limiting the fundamental right to assembly and public demonstration to protect the health, life and integrity of people.*

KEY WORDS: *Health; life; physical integrity; pandemic; health crisis; fundamental right to assembly and public demonstration.*

SUMARIO.- I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES.- II. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE REUNIÓN EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO (MANIFESTACIÓN).- III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL ATC 40/2020 Y DE LA PONDERACIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE UNA REUNIÓN EN LUGAR DE TRÁNSITO PÚBLICO O MANIFESTACIÓN EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA.- IV. CONCLUSIONES.

I. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como es sabido, la protección de la salud pública tiene su fundamento constitucional en el art. 43 de nuestra Constitución (CE)¹, que atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y dispone, en concordancia con el art. 30.2 CE, que mediante ley se pueden establecer deberes u obligaciones a este respecto². Asimismo, sin duda, también se puede acudir al art. 15 CE que protege el derecho a la vida y la integridad física³, para encontrar la cobertura constitucional necesaria para poder restringir o limitar derechos fundamentales, a través de instrumentos constitucionales o legales, o previstos en dicha normativa, con las debidas garantías, en situaciones de crisis sanitaria como la pandemia del COVID-19 que vivimos actualmente.

No hace falta, por tanto, acudir al tradicional principio de *Salus Publica suprema lex esto*⁴, como una especie de principio de necesidad o de razón de Estado que

-
- 1 Art. 43 CE: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. /2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. / 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".
 - 2 Dispone el art. 30.4 CE: "Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".
 - 3 Art. 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".
 - 4 BOMBILLAR SAENZ, F.: "Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19", blog lawagainstpandemic.uj.edu.pl, 10 de abril de 2020.

• Joaquín Sarrión Esteve

Investigador Ramón y Cajal en Derechos Fundamentales e Integración de la UE, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: jsarrion@der.uned.es

pueda justificar o dar cobertura jurídica a aquellas limitaciones que son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas, el bienestar y la salud común⁵.

Dentro de nuestro sistema normativo, podemos encontrar, instrumentos jurídicos de diferente tipo para hacer frente a las crisis sanitarias, y proteger estos derechos⁶, destacando, lo que se ha denominado como Derecho o legislación de necesidad, que incluye tanto el Derecho ordinario de necesidad o excepción, como también el Derecho constitucional de excepción⁷.

Es dentro del Derecho constitucional de excepción, donde encontramos el art. 116 CE, que se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y con cuya base se aprueba el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que posteriormente será objeto de sucesivas prórrogas previamente autorizadas por el Congreso de los Diputados, el que introduce una serie de limitaciones a restricciones a los derechos fundamentales, y de forma particular a la libre circulación de personas⁸.

Lo cierto es que aunque la declaración del estado de alarma introduce efectivamente limitaciones directas a algunos derechos fundamentales, en particular a la libre circulación de personas (art. 19 CE) pero también a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), no es menos cierto que de forma indirecta se afectan a otros derechos fundamentales, de forma indirecta, como por ejemplo así ocurrió con las limitaciones a desplazamientos respecto a la propia libertad

- 5 Sobre esta cuestión y sus límites, desde una perspectiva de constitución normativa democrática, puede verse SARRIÓN ESTEVE, J.: "Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo liberal?", blog del CEPC, 11 mayo 2020.
- 6 Decimos derechos en general y no "derechos fundamentales", ya que esta segunda acepción no es pacífica. Habitualmente la dogmática constitucional suele utilizar la expresión de derechos fundamentales para hacer referencia a los derechos humanos positivizados en una constitución. Sin embargo, mientras que hay autores que defienden un concepto axiológico de los mismos, otros prefieren decantarse por ser más pragmáticos y atender al sistema de garantías, de forma que la acepción de "fundamental" se reservaría para los derechos que gozan de los mayores niveles de garantías. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la vida y la integridad física es un derecho fundamental, pero no lo es el derecho a la protección de la salud. Sobre esta discusión, y la clasificación de derechos en la Constitución española atendiendo a una perspectiva de las garantías, véase GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018, pp. 145-146; y 209-210.
- 7 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996; y del mismo autor "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87 Especial Coronavirus, pp. 6-21; CIERCO SIEIRA, C.: "Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *Derecho y Salud*, 2005, vol. 13, núm. 2, pp. 211-256, y del mismo autor: *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006; COTINO HUESO, L.: "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87. Especial Coronavirus, pp. 88-101.
- 8 SARRIÓN ESTEVE, J.: "Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19", en AA.VV.: *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública* (dir. E. ATIENZA MACÍAS y J.F. RODRÍGUEZ AYUSO), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 29-46

personal (art. 17 CE) o al propio derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). Hay que considerar que el art. 7 del RD que declara el estado de alarma establece que las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de una serie de actividades que se exceptúan de forma explícita⁹, para las que también se permitirá la circulación de vehículos particulares; no estando entre las mismas el ejercicio del derecho de reunión ni manifestación.

Por ello, la comunicación por parte La Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) de la celebración de una manifestación en caravana o rodada, utilizando coches particulares, con un manifestante en cada auto, en la ciudad de Vigo con motivo del día 1 de mayo de 2020, Día del Trabajador, comenzando a las 11 horas y finalizando a las 12:30, fue prohibida por la Subdelegación de Gobierno alegando, precisamente, que el Real Decreto de declaración del estado de alarma no contemplaba dentro de las actividades excepcionadas de la limitación de circulación los desplazamientos con el fin de realizar una manifestación, prohibición que se verá confirmada judicialmente y en la inadmisión del recurso de amparo que, sin embargo, no va a ser óbice para que podamos extraer algunas conclusiones de la doctrina constitucional derivada del auto.

II. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO PARA LA TUTELA DEL DERECHO DE REUNIÓN EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO (MANIFESTACIÓN).

Aunque la CUT fundamenta el recurso de amparo no solo en el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), sino también en el derecho a la libertad sindical, el Tribunal Constitucional delimita el objeto de amparo únicamente a la tutela del derecho de reunión en lugares de tránsito público, es decir, en otras palabras, el derecho de manifestación; excluyendo, por tanto, de su conocimiento el derecho de sindicación dado que el recurrente inició el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 122 de la Ley 29/19998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) previsto para el mismo, lo que condicionaba el objeto del recurso de amparo (FJ 1)¹⁰.

9 Includiendo, eso sí, dos supuestos bastante amplios e imprecisos como son: "g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad./ h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada"; tanto es así que el propio Presidente del Gobierno manifestó en rueda de prensa cuando anunciaba las medidas que había que entender que se podía sacar a pasear el perro, en lo que parece una especie de interpretación auténtica del autor de la norma.

10 Es el llamado procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, o también llamado amparo ordinario. Es uno de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales (desde el punto de vista de las garantías, derechos reconocidos en los arts. 14 a 29), previsto en el art. 53.2 CE, y desarrollado para el orden contencioso-administrativo en los arts. 114 a 122 de la LJCA, y en particular respecto al procedimiento especial para la tutela de derecho fundamental de reunión se recoge en el art. 122 de la misma. Sobre este particular véase VIDAL FERNÁNDEZ, B.: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 85-89.

En segundo lugar, y de forma más relevante, el TC se ocupa de la trascendencia constitucional. Como es sabido, desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), se introduce un nuevo (modelo de) recurso de amparo¹¹ y, junto a la denuncia de una eventual lesión de un derecho susceptible de recurso de amparo (los derechos fundamentales, desde el punto de vista de las garantías, derechos y libertades contenidos en los arts. 14 a 29 y la objeción de conciencia del art. 30.2 CE, conforme a lo previsto en el art. 53.2 CE), es necesario como requisito acreditar o justificar (art. 49.1 in fine LOTIC) la “trascendencia constitucional” prevista en el art. 50.1 a) LOTIC¹², que incluye tres conceptos de importancia que han sido objeto de precisión en la jurisprudencia del TC 1) “para la interpretación Constitución”; 2) para su aplicación o para su general eficacia, 3) “importancia para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”, conceptos que se han concretado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³; y que evidentemente permiten que el Tribunal utilice la trascendencia constitucional como una especie de filtro para seleccionar o acotar los recursos que van a ser objeto de su decisión, pero que supone también una restricción del derecho de los ciudadanos a que acceder al TC para que conozca de su caso¹⁴. Así, el TC ha considerado que estamos ante un requisito procesal, la justificación o acreditación y la especial trascendencia constitucional de carácter insubsanable (ATC 188/2008, FJ 3¹⁵), y que se puede dar en diferentes supuestos, habiendo desarrollado una lista no cerrada ni exhaustiva de ocho supuestos en los que concurriría tal trascendencia (STC 155/2009, FJ 2¹⁶): a) cuando se plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina constitucional; b) que tenga ocasión el TC de aclarar o cambiar su doctrina sobre la configuración del contenido de un derecho fundamental teniendo en cuenta el surgimiento de nuevas realidades sociales o cambios normativos relevantes, o del cambio de la doctrina de órganos de garantía de derechos de acuerdos y tratados referidos en el art. 10.2, para la configuración del contenido e un derecho fundamental; c) una violación derivada de una ley o disposición de carácter general; d) vulneración derivada de una interpretación jurisprudencial reiterada de la ley que sea lesiva del derecho fundamental, cuando considere el TC necesario proclamar otra interpretación conforme a la CE; e)

11 BORRAJO INIESTA, I., ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 8.

12 Art. 50.1 b) LOTIC: “Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

13 PÉREZ TREMPES, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, 2ª edición, Civitas Thomsom Reuters, Madrid, 2016, pp. 135 y ss.

14 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo Multinivel*, cit. pp. 250-251.

15 ATC (Sala Primera) 188/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 188).

16 STC (Pleno) 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009, 155).

incumplimiento general y reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina constitucional sobre un derecho fundamental, o existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental; f) cuando un órgano judicial incurre en manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional conforme al art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; g) sin estar incluido en los anteriores supuestos trascienda el caso concepto planteando una cuestión jurídica de repercusión social o económica relevante y general, o con consecuencias políticas generales, pudiendo concurrir en determinados amparos electorales o parlamentarios, aunque no de forma exclusiva.

En este caso concreto el recurrente justifica la especial trascendencia constitucional en que el TC no había tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho de reunión o la libertad sindical en el supuesto del estado de alarma (supuesto a) de la lista referida en la STC 155/2009 FJ2), pero el TC va a razonar que a pesar de su novedad, sí ha tenido oportunidad de examinar el alcance del estado de alarma sobre los derechos fundamentales, así en la STC 83/2016, donde concreta que cabe en el estado de alarma medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, y que debe ponerse en conexión con la abundante jurisprudencia sobre el derecho de reunión y manifestación, como derecho que se impone de forma inmediata y directa, no siendo de configuración legal, de forma que la comunicación no es una solicitud de autorización, si bien como el resto de derechos fundamentales tampoco es un derecho absoluto¹⁷, y la prohibición cuando se den los motivos previstos constitucionalmente, debiendo ponderar en el caso concreto, por ello entiende que “en puridad, no es algo nuevo en la doctrina del Tribunal”, y considera más conveniente entender que concurre el supuesto g) al trascender al caso concreto y plantear una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social; de forma que estima la existencia de “una indudable trascendencia constitucional que concretamos (...)” (ATC 40/2020 FJ 2), pero la elección del supuesto que atribuye esta trascendencia constitucional no es baladí¹⁸.

17 Ciertamente es una constante, en la dogmática y la doctrina constitucional, la afirmación de que no existen derechos fundamentales de carácter absoluto, quizá con la excepción del derecho a la integridad física y moral en relación con la prohibición de la tortura (art. 15 CE); dada la necesaria ponderación de los derechos fundamentales con otros derechos y bienes jurídicos que pueden ser dignos de protección, y que obliga a cierta casuística en la interpretación constitucional.

18 Quizá anticipa el enfoque y la propia solución que va a adoptar el TC. Es interesante constatar que en el FJ 3, referido a la trascendencia constitucional, el TC ya desliza de forma implícita cual va a ser su posición sobre el caso: “en puridad, no es algo nuevo en la doctrina del Tribunal pues de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de “orden público” con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada por la actora, sin perjuicio de reconocer que se trata de una peculiar y cualificada situación, ya que se pretende desarrollar la manifestación en una situación de pandemia, con riesgo no sólo para la salud, sino incluso para la vida de las personas, y estando vigente una medida de confinamiento adoptada por el Gobierno al decretar el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo” (ATC 40/2020, FJ 3), cursiva añadida por el autor.

III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL ATC 40/2020 Y DE LA PONDERACIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE UNA REUNIÓN EN LUGAR DE TRÁNSITO PÚBLICO O MANIFESTACIÓN EN UNA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA.

Una vez constatada la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, en el FJ 3, realiza un examen limitado de sobre la verosimilitud de la lesión, porque en su caso de existencia de indicios de lesión, la admisión a trámite conllevaría la adopción de medidas cautelares so pena de que el recurso de amparo perdiera su objeto, esto es, el ejercicio del derecho fundamental a reunión y manifestación en el día concreto del 1 de mayo de 2020.

Descarta el Tribunal que el caso sea comparable al resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, también en un caso de prohibición de celebración de manifestación y que se resolvió con retroacción de actuaciones para que las autoridades administrativas adoptaran medidas que permitieran compatibilizar el ejercicio del derecho con la garantía de la salud pública, porque entiende el TC que en este caso concreto, el hecho de que la manifestación sea en el día conmemorativo del 1 de mayo, y que no puede celebrarse en otra fecha, no permite un margen temporal para que la autoridad administrativa pueda adoptar una decisión diversa; incluso considera que el planteamiento de la admisión a trámite del recurso, la concesión de medidas cautelares sería inviable; y haciendo alusión a otra resolución del Tribunal alemán, hace suya la difícil ponderación en estos casos en los que existe un peligro de ser infectado con el virus; y es que “un análisis liminar de la viabilidad del recurso que supone, de facto, formular el juicio de ponderación que exigiría un futuro pronunciamiento de fondo, pero que viene exigido por las muy particulares circunstancias del caso que nos ocupa” (ATC 40/2020, FJ 3 in fine).

A continuación, el TC dedica el FJ 4 al análisis y ponderación de la prohibición de la manifestación:

Entiende el TC que no cabe una prohibición tácita de la celebración de una reunión o manifestación, y que, a pesar de la ambigüedad de la motivación de la resolución administrativa de Subdelegación del Gobierno, sí existe motivación suficiente en la sentencia de instancia que subsanaría esos defectos en vía gubernativa.

Deja a un lado la discusión sobre si el estado de alarma ha supuesto o no, derivada de la limitación de la libertad de circulación (art. 19 CE) una limitación excesiva o una suspensión; y acepta el planteamiento del recurrente de que es más bien la decisión administrativa de prohibición de la celebración de la manifestación, y su confirmación judicial, las que determinan el alcance de la limitación del derecho

interpretando la declaración del estado de alarma, y que debe ser sometido al control del canon constitucional:

1) el derecho de manifestación no es un derecho ilimitado o absoluto;

2) la limitación adoptada tiene una finalidad legítima y cobertura constitucional bastante en la garantía de la integridad física de las personas (art. 15) y la protección de la salud (art. 43), razona que “ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias”. Razona el Tribunal que en las actuales circunstancias y teniendo en cuenta los conocimientos científicos hasta la fecha, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación de los actos y actividades grupales son las únicas vías que parecen eficaces para limitar los efectos de la crisis sanitaria; y que la prohibición de la manifestación guarda una relación lógica y necesaria con la finalidad que se persigue de evitar la propagación de la enfermedad.

3) Considera que un juicio estricto de proporcionalidad le hace concluir que no existen indicios notables de la lesión alegada, entendiendo además que las medidas de protección propuestas se identifican con la forma o modalidad de la manifestación elegida por el sindicato para celebrar la manifestación, pero no aportan medidas de control de la transmisión específicas, o destinadas a compensar una previsible concentración de vehículos en caso de que la convocatoria tuviera una respuesta masiva; y hace hincapié, además, en que el itinerario elegido implica de facto la ocupación de la vía de principal circulación en Vigo, dividiendo en dos la ciudad, con la consiguiente eventual limitación de acceso de los hospitales, lo que puede impactar en la protección de la seguridad de las personas; teniendo en cuenta también el impacto de la infección en Vigo con los datos oficiales que se pueden manejar, lo que le lleva a considerar positivo el juicio liminar de proporcionalidad de las medidas.

Este razonamiento, hace que el TC considere que no concurre la verosimilitud de la denuncia de lesión del art. 21 CE, inadmitiendo el recurso planteado.

El problema, a mi juicio, estriba en tres cosas: una de las premisas (errónea, en mi opinión) de las que parte el TC; dar por buena la subsanación judicial de la falta de motivación de la decisión administrativa; y en el juicio de proporcionalidad liminar que realiza.

I. La premisa errónea del tiempo: *tempus fugit*.

El Tribunal parte de la premisa de que no cabe retrotraer actuaciones para que la autoridad administrativa pueda establecer las condiciones de celebración de la manifestación que hagan compatible el ejercicio del derecho de reunión y

manifestación porque dadas las características especiales de esta manifestación deben realizarse el 1 de mayo, y por razones de tiempo sería imposible; sin embargo, esto no es necesariamente así, por varias razones. En primer lugar, cabía la retroacción con 1) posibilidad de fijar otro día para celebrar la manifestación conmemorativa del 1 de mayo; 2) posibilidad de alterar el recorrido y las horas; 3) posibilidad de establecer las condiciones adecuadas que se consideren para hacer compatible el derecho de manifestación con la protección de la salud y la integridad.

2. ¿Los jueces pueden subsanar la falta de motivación de una decisión administrativa que limita derechos fundamentales en el procedimiento de tutela preferente y sumario de los mismos?

Como se ha comentado, el TC parte de que no cabe una prohibición tácita de la celebración de una reunión o manifestación, y que, a pesar de la ambigüedad de la motivación de la resolución administrativa de la Subdelegación del Gobierno, en la que ni siquiera queda claro si se prohíbe o no la celebración de la manifestación, quedaría subsanada por la suficiente motivación que se desarrolla en la sentencia de instancia, subsanando los posibles defectos de la resolución administrativa.

Esto ha sido objeto de duras críticas¹⁹, puesto que es difícilmente aceptable que la falta de motivación de un acto administrativo, en el que la motivación sea necesaria, pueda ser suplida por el órgano judicial que la revisa o controla, esto es tanto como convertir al órgano judicial en una extensión de la Administración, y en reducir las garantías para el ciudadano.

3. Sobre la desacertada resolución del juicio de proporcionalidad liminar.

Entiendo que el juicio de proporcionalidad liminar que se hace sacrifica de un modo excesivo el derecho fundamental a celebrar reuniones y manifestaciones en lugares públicos, pues las propias medidas adoptadas por la Central sindical, aun estando vinculadas a la forma de celebración de la manifestación, eran adecuadas para limitar el contagio (utilización de vehículo de forma individual, y limitada a personas del sindicato, y con utilización de mascarillas, en un recorrido concreto, en unas horas concretas); quizá puede entenderse la necesidad de variar el recorrido para evitar aglomeraciones de vehículos en ciertas vías, y que pueda entorpecer el tráfico rodado o incluso el acceso a los hospitales de la ciudad, pero no parece que más allá de esto, una manifestación celebrada en vehículo particular suponga un peligro de contagio con una persona por vehículo. Además, la sindical convocante estaba abierta a la adopción de medidas, y la autoridad gubernativa

19 Véase DE VILLEFORT, M.: "El Tribunal Constitucional, en su primera "espantá" sobre el estado de alarma, convierte a los tribunales en "motivadores" de actos administrativos", blog, 1 de mayo de 2020.

tenía la facultad de proponer modificaciones o medidas complementarias (art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión²⁰), como muy bien señala PRESNO LLINERA²¹.

Este autor sostiene que en realidad el TC ni siquiera realiza un auténtico juicio de proporcionalidad, pues obvia las dos primeras exigencias del mismo: la idoneidad de la prohibición para la finalidad perseguida; y la medida mínima imprescindible para su consecución sin que no haya otro sacrificio menor que lo permita²².

Es más, se me escapa y no acierto a terminar de comprender por qué el TC excluye que las medidas relacionadas con la forma de celebración de la manifestación no puedan ser consideradas como medidas destinadas o con la finalidad de reducir o evitar el contagio, qué duda cabe que es así cuando se elige celebrar una manifestación en vehículo particular con una persona por vehículo o una manifestación a través de internet en las redes sociales o, incluso, en avión con una persona por avión, o utilizando drones.

El hecho de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de abril de 2020²³, para un caso similar, haya permitido la celebración de la manifestación, no hace sino poner de manifiesto la complejidad de la ponderación²⁴.

El Tribunal Constitucional, como muy bien señala también en esta resolución, es garante subsidiario de los derechos fundamentales, y es la jurisdicción ordinaria la que a través del procedimiento preferente y sumario está llamada a tutelar el derecho; en mi humilde opinión, aquí el TC falló al no admitir el recurso, lo que hubiera permitido que la manifestación se celebrara condicionándola al cumplimiento de ciertos requisitos a establecer por la autoridad gubernativa (cambio de recorrido, de horario, medidas adicionales) para hacer compatibles el ejercicio del derecho fundamental a la reunión y manifestación con la protección de la salud pública y el derecho a la vida y la integridad de las personas.

20 Art. 10 LO 9/1983: "Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación (...)". Cursiva añadida por el autor.

21 PRESNO LLINERA, M.: "Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (14): comentario al Auto del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de una manifestación el 1 de mayo", blog El Derecho y el revés, 2 de mayo de 2020.

22 Ídem.

23 Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de abril de 2020 (rec. 112/220).

24 Puede verse un breve comentario a esta sentencia en CHAVES, J. R.: "La Sala aragonesa cuestiona el estado de alarma y las prohibiciones derivadas del mismo", blog delajusticia.com, 1 de mayo de 2020.

Desde luego, como ha dicho acertadamente COTINO HUESO, la sentencia no manifiesta una predisposición favorable a las reuniones y manifestaciones durante la pandemia, y si bien la ponderación es casuística, obliga a los organizadores a esforzarse por “normalizar la excepcionalidad y descubrir nuevas formas de ejercicio de las manifestaciones algo creativas”²⁵; quizá esto lo debamos tener en consideración si vuelven tiempos de alarma.

IV. CONCLUSIONES.

El derecho fundamental a tener una reunión, así como a manifestarse, se encuentra regulado en el art. 21 CE, condicionado -en el caso de reuniones en lugares de tránsito público, así como para manifestaciones- a una comunicación previa a la autoridad, que puede prohibir estas reuniones sólo “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

La situación de crisis sanitaria que vivimos ha motivado la adopción por parte de las autoridades de medidas restrictivas para proteger la salud pública (art. 43 CE), así como la vida e integridad de las personas (art. 15 CE), entre ellas estuvo la declaración del estado de alarma, y la restricción que supuso para la libre circulación de las personas (art. 19 CE) y otros derechos; de hecho, de forma indirecta se han visto limitados los derechos de reunión y manifestación.

En este trabajo nos ocupamos de analizar el primer Auto del Tribunal Constitucional en el que tiene oportunidad de controlar y confirmar la prohibición por parte de la autoridad gubernativa de la celebración de una manifestación rodada en la ciudad de Vigo, con motivo del día 1 de mayo de 2020, Día del Trabajador; a pesar de que se proponía la utilización de coches particulares, con un manifestante en cada auto. Esta prohibición fue confirmada en la instancia judicial.

El TC, al inadmitir el recurso de amparo, parte -en mi opinión- de una errónea premisa, pues introduce de forma muy criticable una especie de principio subsanador de la motivación administrativa en vía judicial, y realiza un juicio de proporcionalidad liminar con un resultado inadecuado, ya que había fórmulas para hacer compatible el ejercicio del derecho fundamental con los derechos fundamentales a la vida y la integridad (art. 15 CE), así como la salud pública (art. 43 CE), conexión que realiza el propio TC y en lo que quizá sí está acertado.

25 COTINO HUESO, L.: “La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid 19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional”, blog, 1 de mayo de 2020. Disponible en www.derechoscovid.com [Consulta 1 de agosto de 2020].

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, V.: "El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87. Especial Coronavirus Marzo-Abril, 2020, pp. 6-21

BOMBILLAR SÁENZ, F.: "Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19", blog lawagainstpandemic.uj.edu.pl, 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/> [consulta 10 julio 2020].

BORRAJO INIESTA, I., ELÍAS MÉNDEZ, C.: "La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 8.

CHAVES, J. R.: "La Sala aragonesa cuestiona el estado de alarma y las prohibiciones derivadas del mismo", blog delajusticia.com, 1 de mayo de 2020. Accesible en: <https://delajusticia.com/2020/05/01/la-sala-aragonesa-cuestiona-el-estado-de-alarma-y-las-prohibiciones-derivadas-del-mismo/> [Consulta 1 de agosto de 2020].

CIERCO SIEIRA, C.: "Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *Derecho y Salud*, 2005, vol. 13, núm. 2, pp. 211-256,

CIERCO SIEIRA, C.: *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

COTINO HUESO, L.: "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Marzo-Abril 2020, núm. 86-87 Especial Coronavirus, pp. 88-101.

COTINO HUESO, L.: "La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid 19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional", blog, 1 de mayo de 2020. Disponible en www.derechosocovid.com [Consulta 1 de agosto de 2020].

DE VILLEFORT, M.: "El Tribunal Constitucional, en su primera "espantá" sobre el estado de alarma, convierte a los tribunales en "motivadores" de actos administrativos", blog, 1 de mayo de 2020. Accesible en <https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2020/05/01/el-tribunal-constitucional-en-su-primera-espanta->

sobre-el-estado-de-alarma-convierte-a-los-tribunales-en-motivadores-de-actos-administrativos/ [Consulta 1 de agosto de 2020]

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018,

PÉREZ TREMPES, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016

PRESNO LINERA, M.: "Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (14): comentario al Auto del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de una manifestación el 1 de mayo", blog El Derecho y el revés, 2 de mayo de 2020. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/05/02/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-14-comentario-al-auto-del-tribunal-constitucional-sobre-la-prohibicion-de-una-manifestacion-el-1-de-mayo/> [consulta 1 de agosto de 2020].

SARRIÓN ESTEVE, J.: "Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo iliberal?", blog del CEPC, 11 mayo 2020. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal- [consulta 10 julio 2020].

SARRIÓN ESTEVE, J.: "Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19", en AA.VV.: *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública* (dir. E. ATIENZA MACÍAS, J.F. RODRÍGUEZ AYUSO), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 29-46

VIDAL FERNÁNDEZ, B.: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2015.