

NORMALIDAD Y EXCEPCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN

Juan Carlos GAVARA DE CARA
Catedrático de Derecho Constitucional
Departamento de Ciencia Política
y Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona
JuanCarlos.Gavara@uab.cat

I. LA DUALIDAD ENTRE NORMALIDAD Y EXCEPCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Malos tiempos para la analítica jurídica. En las actuales circunstancias deberíamos abordar el uso de la IA en el mundo jurídico y su influencia para analizar tendencias, patrones y resultados de casos jurisprudenciales anteriores o para prever resultados, evaluar riesgos y formular estrategias más efectivas para la protección de derechos. Incluso podríamos concluir la existencia de unos parámetros y una jurisprudencia constitucional muy consolidada del derecho de reunión y manifestación, pero nos hemos visto desbordados por una serie muy numerosa de sentencias en la materia durante los periodos Covid-19 con unas dificultades extremas de aplicación al ejercicio del derecho, de determinación de si son relevantes o una mera continuidad de la jurisprudencia anterior. Una lectura crítica de este periodo difícilmente se puede dirigir a valorar la conveniencia de los resultados alcanzados o a determinar si las resoluciones han sido necesarias en las situaciones excepcionales, sino a la forma, potestad y modo en la adopción de las distintas decisiones normativas, administrativas o judiciales, que han generado el riesgo de que puedan permanecer en situaciones de plena normalidad.

Un momento temporal que ha separado en esta materia el primer periodo Covid del segundo ha sido la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2023, de 21 de noviembre, que adoptaremos como eje central del

análisis, y que ha constituido un referente para un grupo muy numeroso de sentencias posteriores en casos similares¹. El caso analizaba una prohibición del delegado del Gobierno en Madrid de concentración convocada por un sindicato por razones de salud pública en el segundo periodo Covid.

El tema nos permite examinar, durante este periodo de declaraciones y prórrogas, así como de nuevas declaraciones del estado de alarma con la crisis sanitaria², la dicotomía entre normalidad y excepcionalidad del ejercicio del derecho de reunión en este periodo. Seguramente en el análisis se refleja que el Tribunal Constitucional se esforzó en mantener la normalidad del ejercicio de este derecho, es decir, la utilización de los parámetros ordinarios de su interpretación, para huir en dicha interpretación de argumentos que hicieran referencia a la necesidad de declarar formalmente la excepcionalidad de la situación³, a pesar de que el propio Tribunal Constitucional no era ajeno con argumentaciones referidas al estado excepcional. Lamentablemente en el sistema han permanecido algunos tics de excepcionalidad en el sistema jurídico y político que difícilmente lograremos hacer desaparecer a corto plazo, que han ocasionado que en algunas materias vinculadas al orden público no se diferencie en sentido estricto entre las medidas ordinarias y las situaciones excepcionales, adoptando y afrontando jurídicamente ambas situaciones de una manera que no siempre se respeta plenamente la constitucionalidad y la legalidad, y lo que es peor que no se hayan derivado unas consecuencias constitucionales claras, específicamente

¹ Estas sentencias no es necesario analizarlas, ya que con independencia de que los antecedentes sean distintos, los fundamentos de la resolución se limitan a remitirse a la doctrina de la STC 164/2023 (SSTC 173/2023, FJ 1; 174/2023, FJ 3; 175/2023, FJ 2; 176/2023, FJ 1; 177/2023, FJ 3; 178/2023, FJ 1; 188/2023, FJ 1). Aunque se sucedieron tres declaraciones de estado de alarma (RRDD 463/2020, 900/2020 y 926/2020), la segunda solo aplicable a la Comunidad de Madrid, en realidad se diferencia entre dos periodos, el primero iniciado en marzo y el segundo en octubre 2020, de forma que las dos últimas declaraciones pueden considerarse parte del mismo periodo.

² La bibliografía sobre las consecuencias para los derechos fundamentales de las declaraciones de los estados de alarma con las distintas posiciones doctrinales y argumentos es amplísima, que excede ya al alcance de este artículo. En cualquier caso, se puede encontrar una visión global que comparto en J. TAJADURA TEJADA, «El Estado de Derecho frente al Covid: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2021, núm. 120 (2021), pp. 137-175. Asimismo, *vid.* C. GARRIDO LÓPEZ, «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y realidad constitucional*, 2020, núm. 46 (2020), pp. 371-402.

³ Carl Schmitt (soberano es quien decide sobre el estado de excepción) ha sido referente en las posturas que pretenden descriptiva o normativamente asimilar la normalidad con la anormalidad o excepcionalidad, cuando la respuesta democrática y constitucional ha sido diferenciar clara y coherentemente ambos supuestos.

cas y concretas de las situaciones de excepcionalidad vividas y que deberían ser plasmadas en las necesarias reformas normativas.

El riesgo de utilizar las medidas y prácticas políticas y sociales de la excepcionalidad en el curso regular y cotidiano de las acciones y decisiones políticas tiene un riesgo evidente para el individuo y los ciudadanos, es decir, que las restricciones coyunturales de sus derechos y libertades, así como las justificaciones y motivaciones utilizadas en dichas circunstancias excepcionales se conviertan en ordinarias y se normalicen fuera de dicho contexto, es decir, la excepcionalidad se convierta en regla sin que existan ámbitos diferenciables normativamente entre ellos.

Nuestro sistema se integra en aquellos Estados que regulan los estados de excepción tanto en la Constitución como en una ley orgánica específica, con lo que todo el fenómeno de la excepcionalidad se juridifica y se somete a control político o, en caso de necesidad judicial o constitucional, dejando de lado la tradición schmittiana de tratar la excepción como un fenómeno político o extrajurídico sin ningún tipo de control. No juridificar la excepción puede conllevar los riesgos tradicionales de una expansión del poder ejecutivo en materia de producción legislativa (como abusos del decreto-ley, decisionismo, maniqueísmo jurídico, político o incluso constitucional, restricción de libertades públicas) que puede implicar el grave riesgo de convertirse en elementos permanentes de los sistemas jurídicos, es decir, si se excepciona y se admite la excepción, algo queda en el sistema.

La excepcionalidad participa de la indeterminación en su declaración cuando se plantean rasgos conectados con la ficción, o en nuestro supuesto, debido al desconocimiento de las consecuencias reales del Covid, se favorecería dicha situación de indeterminación. En las situaciones excepcionales que no siempre es fácil que concuerden con la realidad, simplemente se presupone que las circunstancias son idénticas a las ocurridas en el pasado muy remoto con otras epidemias y enfermedades distintas, incluso se puede identificar con el más reciente como pueden ser las circunstancias de la declaración del estado de alarma por la huelga de los controladores aéreos. En este sentido, aplicar como restricción la crisis sanitaria, que es un concepto general indeterminado, no se puede realizar con mimetismo en las sucesivas crisis que se puedan plantear, porque se puede incurrir el riesgo de una excepcionalidad continua. En cualquier caso, la aplicación en condiciones de normalidad de una restricción de un derecho fundamental también puede participar de este fenómeno, ya que la valoración de las circunstancias concretas se debe realizar caso a caso, dependiendo de las situaciones individualizadas, de forma que si las restricciones de circu-

lación se aplican en horario nocturno para todo el conjunto de las actividades realizadas en sociedad, no podemos exigir que se apliquen en horario diurno de forma distinta en el ejercicio de los derechos que requieran actividad en sociedad. La generalización de la excepcionalidad puede resultar perjudicial por la vocación de continuidad que puede generar en su aplicación al ejercicio del derecho.

Dado que la excepcionalidad se aplica en circunstancias indeterminadas, el poder ejecutivo se beneficia de su aplicación en situaciones percibidas o anunciadas como apremiantes, de modo que se intenta que dichas medidas respondan a parámetros técnicos, pero la realidad es que suelen ser tan indeterminados, ambiguos e inciertos como los jurídicos, por lo que los poderes ejecutivos ante dichas dificultades de decisión real y determinada diluyen la distinción entre normalidad y excepcionalidad⁴. El mayor problema es que se suspende o condiciona la ley dictada en condiciones de normalidad, para aplicar normas y actos administrativos en situaciones excepcionales, de forma que se suspende la normalidad generada por las normas ordinarias que siguen vigentes, pero que son suspendidas creando espacios indeterminados e indefinidos en los que se vacía de contenido el ejercicio de los derechos en sociedad.

Frente a las necesidades y estrategias de los centros de poder conectados al ejecutivo que intenta extender y articular normas y decisiones en la indeterminación de la excepcionalidad, tan solo existe como alternativa que las lagunas o indeterminaciones de la ley en situaciones excepcionales no se admita que puedan ser integradas por el ejecutivo sobre todo si afectan a restricciones de los derechos fundamentales, sino que se sometan a estrictos controles políticos de carácter parlamentario las declaraciones generadas en situaciones excepcionales y que exclusivamente corresponda al juez integrar dichas lagunas e indeterminaciones

⁴ Un caso extremo fue la llegada al poder de A. Hitler que mantuvo la vigencia de la Constitución de Weimar, pero suspendió todos los artículos relativos a las libertades mediante un estado de excepción que se extendió durante doce años (1933-1945), es decir, la normalidad de la Constitución de Weimar se indeterminaba a través de la declaración de un estado de excepción, es decir, se diluía la normalidad y la excepcionalidad. Esta situación de excepcionalidad real no se pudo realizar sin los usos y abusos del art. 48 de la Constitución de Weimar desde la creación de la República (1919-1933). Vid. G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, p. 25. Asimismo, C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government In The Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, pp. 33 y ss. En cualquier caso, no se puede dejar de mencionar que los abusos y las decisiones adoptadas en una situación democrática actúan como precedentes en otras situaciones no tan democráticas, de modo que los precedentes generados en el periodo Covid son susceptibles de ser aplicados en un futuro próximo o remoto.

en la ley y las normas, tal como sucede en los tiempos de normalidad en la aplicación de los actos concretos, de manera que no debe quedar en manos de la administración una decisión discrecional en el ejercicio de los derechos.

La excepcionalidad conlleva el riesgo no tanto de analizar su aplicación en situaciones de democracia o de dictadura, sino tan solo analizar su aplicación en democracia y determinar si genera expresiones autoritarias de poder bajo la legitimación de un régimen democrático, y puede servir como ejemplo los abusos de poderes de excepción en los años veinte por los presidentes de la República bajo la Constitución de Weimar. Las expresiones autoritarias de poder se han producido para justificar restricciones en los derechos con la finalidad de preservar o mantener un interés general hipotéticamente superior o incluso para recuperar la normalidad, de forma que la excepcionalidad se convierte en una técnica de gobierno creando un espacio jurídico en el que no existen protestas, concentraciones críticas, limitaciones públicas de la libertad de expresión, que particularmente son expresivos en las actividades sindicales. El mayor problema es que las estructuras o situaciones excepcionales se integran en las decisiones y acciones de la normalidad, conviviendo esta dualidad sin necesidad de ser declarado el estado excepcional y sin necesidad de aplicar los controles políticos y jurídicos conectados a la declaración de la excepcionalidad.

II. LA RECIENTE Y «NUEVA» EXCEPCIONALIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN

Se han planteado dos recientes problemáticas en el ejercicio del derecho de reunión que han ocasionado que se planteen algunos antecedentes sobre si la normalidad de su ejercicio se estructura en circunstancias excepcionales, como han sido los casos del Procès y la pandemia de *Covid*. En relación con la primera problemática, lo cierto es que nunca se abandonó la perspectiva de la normalidad a pesar de la excepcionalidad de las circunstancias conectadas a grandes y continuos disturbios con relación al orden público, por lo que no nos detendremos en exceso. El ejercicio del derecho de reunión y manifestación conectado con el Procès planteó dos tipos de problemáticas, la aplicación de la protección del derecho en las sentencias judiciales de los principales encausados y los posibles abusos cometidos por ejercicio reiterativo de manifestaciones durante más de

tres años⁵. El Tribunal Constitucional considera que el derecho de reunión de conformidad con su doctrina no está exento de límites en su ejercicio y que en los casos concretos no se han criminalizado actos de protesta, debido a que la disidencia no se puede canalizar a través de la oposición activa y concertada frente a actuaciones de agentes de la autoridad con respaldo legal y constitucional encaminadas a dar cumplimiento a un específico y muy concreto mandato judicial. En el caso concreto, se imposibilitaba de hecho, mediante la interposición física de los manifestantes, la actuación de los agentes de la autoridad con una multitud de personas convocadas para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional en un alzamiento público y tumultuario que estaba dirigido a impedir la aplicación de las leyes⁶. El derecho de reunión pacífica excluye de su ámbito de protección aquellas reuniones o manifestaciones en las que sus organizadores o participantes tengan intenciones violentas, pretendan inducir a otros a ejercer la violencia o socaven de cualquier otra manera los fundamentos de una sociedad democrática⁷.

La reiteración de manifestaciones puede justificar algunas limitaciones adjetivas del derecho, como la prohibición de cortar el tráfico o de superar los límites establecidos en las ordenanzas municipales sobre el ruido⁸, pero no supone un abuso o un ejercicio extralimitado, salvo si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga en peligro los bienes y derechos de terceros⁹. En consecuencia, ni la reiteración en el ejercicio del derecho de

⁵ En relación a las sentencias judiciales por el delito de sedición del Procès, quizás los casos más emblemáticos en relación con la aplicación del derecho de reunión y manifestación, fueron los de Sánchez y Cuixart, que participaron en calidad de presidentes de ANC y Omnium Cultural como organizadores y promotores en los hechos de la Conselleria de Economía para impedir el registro y coaccionar a los encargados judiciales del mismo, así como para impedir la actuación de los agentes de la autoridad en relación con el referéndum ilegal el día de la votación, en los que nos centraremos, aunque una doctrina similar y reiterativa del TC se aplicó en los demás casos. El argumento principal utilizado por las defensas consistía en que no se puede imputar el delito de sedición o cualquier otro acto criminal, ya que con las protestas se estaba ejerciendo el derecho de reunión.

⁶ STC 121/2021, FJ 12.5.2.3.

⁷ STC 122/2021, FJ 9.3.

⁸ STC 193/2011, FJ 5-7.

⁹ Seguramente la problemática de mayor abuso de derecho planteada en los últimos tiempos fueron los cortes de tráfico diarios por independentistas en la Avenida Meridiana de Barcelona, una de las vías de entrada y salida importantes de la ciudad, desde octubre de 2019 hasta febrero de 2022 (solo interrumpidas durante los periodos más restrictivos del Covid), en el que finalmente la Conselleria de Interior adoptó una resolución de prohibición para poner fin a la interrupción de tráfico tras una larga apatía institucional que provocó un aumento de tensión con enfrentamientos con conductores y personas contrarias a mantener

reunión legítima su prohibición sin la concurrencia de otras razones que la justifique, ni es admisible que la autoridad gubernativa se apoye en el argumento de la habitualidad para entender conseguido el objetivo de publicidad de las protestas buscado por los manifestantes (no estando limitada la libertad de expresión por este motivo, no puede estarlo tampoco el instrumento utilizado), negando la utilidad o la necesidad del derecho de manifestación¹⁰. En cualquier caso, la reiteración o habitualidad en el ejercicio del derecho sí pueda configurarse como una variable que, en función de las características concretas del caso, justifique el condicionamiento o la limitación del ejercicio del derecho.

En relación con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación durante el primer periodo Covid, dejando al margen la diferenciación entre la limitación y la suspensión en una declaración del estado de alarma, el Tribunal Constitucional se pronunció con carácter general sobre si el art. 7 del RD 463/2020 que establecía la prohibición de acceder a la vía pública supone la absoluta imposibilidad de celebrar reuniones o manifestaciones en dicha vía. En este sentido, resolvió a favor de la constitucionalidad de este precepto, ya que no se estableció de modo estricto ninguna condición del ejercicio del derecho de manifestación bajo el estado de alarma, ni se limitó la posibilidad de dirigir comunicación previa a la autoridad para su celebración y se mantuvo la garantía constitucional de que las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones solo podían ser prohibidas o condicionadas cuando existían razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, o bien cuando su ejercicio pudiera deparar la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución¹¹.

En relación con el art. 7 del RD 926/2020 del segundo periodo Covid, también en su control abstracto y general, condicionaba la permanencia de grupos de personas en espacios públicos o privados a que no se superara el número máximo de seis personas, siempre que fueran no convivientes, aunque el número podría ser menor según los indicadores sanitarios, sin incluir en las limitaciones las actividades laborales e institucionales. En

la situación, siendo necesaria una intervención final por los Mossos d'Esquadra. La Junta Electoral de Barcelona adoptó resoluciones de prohibición y apertura de expediente sancionador contra la ANC durante la campaña electoral de las elecciones catalanas del 14F de 2021, pero también hubo una celebración de varios días en febrero de 2023 por los mil días ininterrumpidos de cortes de tráfico.

¹⁰ SSTC 193/2011, FJ 5, y 24/2015, FJ 4.

¹¹ STC 148/2021, FJ 6.

cualquier caso, esta norma se consideraba un supuesto de restricción, condicionamiento o prohibición de las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quedara garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios¹².

El aspecto más importante y que no fue abordado en sentido estricto por el Tribunal Constitucional (dejando al margen de la posible regulación del ejercicio del derecho de reunión en una declaración de estado de alarma) fue el establecimiento de unas medidas administrativas distintas de las previstas en el art. 10 LODR (que se limita a la propuesta de modificación o de prohibición por parte de la autoridad administrativa). En este sentido, el art. 7 del RD 926/2020 establece la posibilidad de restringir, condicionar o prohibir reuniones, es decir, mayores potestades que dejan la última decisión sobre el ejercicio del derecho a la autoridad administrativa, ya que las competencias de restricción o condicionamiento nos mueve en la dirección propia de una autorización del ejercicio del derecho de reunión y no en la previsión constitucional de una comunicación previa del mismo.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional aclara que las reuniones orgánicas de los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales se incluyen entre las actividades laborales e institucionales no sometidas al condicionamiento, al ser consideradas asociaciones de relevancia constitucional y su plena libertad de organización, funcionamiento y acción no puede quedar afectada o disminuida bajo ningún estado de crisis. En relación con las actividades sindicales, conviene aclarar que puede ser aplicable a las reuniones sindicales en sentido estricto, ya que el ejercicio del derecho de manifestación motivado en actividades sindicales no presenta ningún tipo de especialidad en relación con las situaciones reguladas por el art. 10 LODR, debido a que la temática sindical se incluye de la misma manera que el resto de las temáticas en la protección de la libertad de expresión y del derecho de manifestación. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera proporcional la limitación de reuniones públicas o privadas a seis personas motivado en la reducción de la propagación del coronavirus en encuentros sociales, ya que existe un equilibrio entre el reconocimiento que merece la condición de ser social de las personas y la lucha por preservar la salud pública¹³.

¹² ATC 40/2020, FJ 4.

¹³ Por todos, STC 183/2021, FJ 6 B y C.

En conclusión, tanto en el Procès como en el primer y segundo periodo de Covid en sus controles abstractos y generales, el derecho de reunión y su protección no ha sufrido modificaciones relevantes en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del derecho en situación ordinaria o de normalidad, que aplicando los criterios tradicionales y ordinarios o incorporando los del TEDH han resuelto las problemáticas planteadas mediante criterios propios de una situación de normalidad aplicada a situaciones excepcionales.

III. EL CONTEXTO EXCEPCIONAL COMO CAUSA DE PROHIBICIÓN DEL MANIFESTACIÓN

En el caso de referencia (STC 164/2023), el delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid argumentaba su resolución prohibitiva en la existencia de una crisis sanitaria sin precedentes y de una extraordinaria amplitud y gravedad ocasionada por la expansión del Covid-19, tanto por el extraordinario riesgo de contagio y el alto número de ciudadanos afectados, por lo que aplicaba el art. 7.3 del RD 926/2020 (segundo periodo Covid) que preveía que las manifestaciones podrían limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quedara garantizada la distancia personal necesaria para impedir contagios. El acuerdo del delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid se refería a las circunstancias concretas que debían ser ponderadas en el presente caso, ya que, tras las reuniones familiares de las navidades, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid había tenido que dictar órdenes con medidas específicas, temporales y excepcionales, para la contención de la expansión del Covid-19 como mantener distintas medidas limitativas, dado el riesgo extremo con mayor incidencia acumulada y presión hospitalaria, la aparición de nuevas cepas, de forma que desde un punto de vista técnico la totalidad de autoridades sanitarias y expertos insistían en que no era posible bajar la guardia, se venían cancelando en aquellas fechas todos los eventos multitudinarios previstos debido al alto riesgo de contagios, como las Fallas valencianas, la Semana Santa o la imposibilidad de asistir a eventos deportivos y en las grandes áreas metropolitanas con un alto índice de población, la movilidad de las personas era muy alta diariamente y el uso del transporte público podía elevar el riesgo de contagios. La concentración se relacionaba con la específica celebración del día 8 de marzo (día internacional de la mujer) que en los últimos

años las cifras de manifestantes habían sido muy elevadas. La resolución consideraba que los organizadores ignoraban el número total de personas que podrían ir en caso de llevarse a cabo la manifestación, la gran movilidad de personas en los trayectos desde los domicilios a las manifestaciones y concentraciones y viceversa y el riesgo alto de contagios, no solamente en los desplazamientos, sino en los lugares de celebración de las concentraciones¹⁴.

En el recurso de amparo, la demanda denuncia la vulneración del derecho de reunión por la falta de motivación suficiente de la sentencia, que identifica con la irrazonabilidad de los argumentos dados para confirmar la prohibición de la concentración, ya que son idénticos a los de la resolución gubernativa y por la ausencia de juicio de proporcionalidad y constitucionalidad de la limitación impuesta, debido a que consideran que la medida del delegado del Gobierno no era necesaria ni proporcionada en atención al riesgo mínimo que implicaba la manifestación y a la situación sanitaria existente.

La doctrina del TEDH en supuestos similares del ejercicio del derecho de reunión se basa en que las medidas limitativas del derecho deben responder a una necesidad social apremiante y ser proporcionadas al objetivo legítimo, y las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarlas deben ser pertinentes y suficientes. Cuando las restricciones al derecho de reunión se fundamentan en una naturaleza técnica, una prohibición general de las manifestaciones solo puede justificarse si existe un riesgo real de que den lugar a disturbios que no puedan evitarse con otras medidas menos estrictas. En este sentido, el TEDH ha reiterado que la injerencia en el ejercicio de la libertad de reunión pacífica no tiene motivos para ser equivalente a una prohibición absoluta, legal o *de facto*, sino que puede consistir en otras medidas de naturaleza no prohibitiva adoptadas por las autoridades¹⁵.

¹⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en la que desestimó el recurso basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional y del TEDH sobre el ejercicio del derecho de reunión y sus límites, deteniéndose de modo especial en el ATC 40/2020, cuyos fundamentos jurídicos responden a la doctrina básica del Tribunal Constitucional en el primer periodo Covid.

¹⁵ STEDH asunto *Laguna Guzmán c. España*, de 6 de octubre de 2020, § 40. Sobre el particular, *vid.* M. A. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 1 (2021), p. 112. En sentido similar, *id.*, «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por Covid-19», en C. GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, 2021, pp. 197-224.

El tema básico es si nos movemos en el plano de la normalidad del ejercicio del derecho de reunión para examinar el presente caso, o bien si nos movemos en el plano de la excepcionalidad, y en este supuesto es necesario argumentar sobre la constitucionalidad de la base normativa de excepcionalidad que sirve para adoptar la resolución. También cabe examinar una vía intermedia que consiste en que nos encontramos en una situación de normalidad del ejercicio del derecho, pero se utilizan argumentos de excepcionalidad para motivar y justificar una restricción del ejercicio del derecho interpretado como si se estuviera en condiciones de normalidad. En este contexto se hace necesario también examinar si en una declaración de estado de alarma y sus sucesivas prórrogas basado en una crisis sanitaria es susceptible de ser restringido el derecho a la libertad de circulación y determinar si estas restricciones pueden justificar su aplicación preferente sobre el ejercicio de otros derechos no restringidos como el derecho de reunión.

En cualquier caso, la resolución del delegado de Gobierno invoca la crisis sanitaria provocada por el virus Covid-19 y menciona el RD 926/2020 por el que se declaró el segundo periodo Covid con carácter general mediante el estado de alarma que se encontraba vigente al tiempo de la resolución a la que se imputa la lesión del derecho fundamental. Como hemos mencionado, el art. 7 de esta norma establece que el ejercicio del derecho de reunión y manifestación podrá limitarse, condicionarse o prohibirse cuando no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios, pero lo cierto es que la prohibición gubernativa de la manifestación se sustentaba en el régimen ordinario de limitación del derecho fundamental, no en la regulación del estado de alarma, lo que implica que en este caso el canon de control aplicado por el Tribunal Constitucional sea el art. 21 CE y su desarrollo normativo en la LODR (Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión), es decir, la normalidad del ejercicio del derecho de reunión. De hecho, aplicando este canon la dicotomía entre normalidad y excepcionalidad se desvanece y la argumentación del Tribunal Constitucional se sustenta en una intercambiabilidad de los supuestos, a pesar de seguir moviendo su interpretación dentro de una situación de normalidad del ejercicio del derecho, ya que se aplica y se argumenta por el contexto excepcional, lo que posibilita con total permisibilidad la prohibición de manifestación, con la consecuencia de que constituye una ficción recurrir a la idea de normalidad en el ejercicio del derecho de reunión.

IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN EN UNA SITUACIÓN EXCEPCIONAL: LA «NUEVA» NORMALIDAD ENTRE SUSPENSIÓN O RESTRICCIÓN

La doctrina constitucional sobre el contenido y los límites del derecho de reunión y manifestación recogidos en el art. 21 CE en esta materia se fundamentan en la STC 61/2023, FJ 3, cuyo objeto era el ejercicio del derecho durante el primer estado de alarma decretado para dar respuesta a la pandemia de covid-19 (prohibición de manifestación en Sevilla, con duración de 120 minutos, distancia de dos metros entre personas y uso obligatorio de mascarillas y guantes), donde se tenía en cuenta la salud pública, la vida y la integridad de las personas como bienes constitucionales que podrían justificar la restricción del derecho fundamental¹⁶. Esta doctrina no se separaba de los criterios asentados en periodo de normalidad, ya que el art. 21.2 CE establece que la autoridad solo podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. Además, el Tribunal Constitucional admitía que el ejercicio de los derechos fundamentales no solo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales¹⁷.

En el caso concreto se alegaba en el recurso de amparo la motivación insuficiente en la resolución prohibitiva gubernativa y, sobre todo, la incompatibilidad entre una situación de excepcionalidad con suspensión del derecho a la libertad de circulación (art. 7 del RD 463/2020), que actúa en dichos casos como presupuesto del derecho de reunión y manifestación y, en consecuencia, también implica la suspensión de este derecho.

El punto de partida eran los criterios asentados en el ATC 40/2020 que inadmitía un recurso de amparo similar y que consideraba que los bienes jurídicos implicados en una crisis sanitaria, como es el caso de la protección de la salud pública y del derecho a la vida, constituyen bienes de relevancia constitucional que pueden, llegado el caso, justificar que la autoridad gubernativa disponga la limitación del ejercicio del derecho de

¹⁶ Esta doctrina sobre manifestaciones prohibidas para preservar la salud pública se recogió también en las SSTC 84/2023, FJ 3, y 88/2023, FJ 4.

¹⁷ SSTC 14/2003, FJ 9, y 164/2023, FJ 2.A.

reunión en un determinado supuesto¹⁸. Este ATC 40/2020 marca la tendencia de la distinción entre la situación de excepcionalidad regulada en el art. 7 del RD 463/2020 y la aplicación del régimen ordinario del derecho de reunión en el que se tutelan los bienes y derechos con relevancia constitucional en su restricción en el que la crisis sanitaria se consideraba un simple elemento de contexto¹⁹.

La doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la incidencia del estado de alarma en el ejercicio de los derechos fundamentales²⁰, parte de la idea de que este estado excepcional no consiente la suspensión de ninguno de los derechos fundamentales, pero sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio²¹. Con sus sentencias el Tribunal Constitucional superaba el debate que se puso en marcha al inicio de la crisis sanitaria sobre si las medidas restrictivas de los derechos se podían adoptar en el marco de la normalidad de la legislación sanitaria de crisis (Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública-LOMESP, previsto para adoptar exclusivamente medidas restrictivas de alcance individual bajo control judicial) o si se precisaba la cobertura del derecho de excepcionalidad a través del estado de alarma²². En definitiva, se propugna una tercera vía por el Tribunal Constitucional que es lo que nos limitamos a analizar en cuanto a su alcance, que puede ser denominado de «nueva» normalidad que admitiría restricciones de un derecho fundamental en régimen de excepción del Derecho ordinario²³.

En esta tercera vía (distinta de la normalidad y de la excepcionalidad), dichas limitaciones pueden implicar una suspensión material o *de facto* de tales derechos, pero no vulnerarían el art. 55.1 CE. Este precepto constitucional no es pauta ni parámetro para enjuiciar un decreto declarativo del estado de alarma, ya que su virtualidad se limitaba a permitir una eventual suspensión de derechos cuando se acuerde la declaración del estado

¹⁸ SSTC 61/2023, FJ 3.A, y 164/2023, FJ 2.A.

¹⁹ STC 61/2023, FJ 2.a.

²⁰ Dicha doctrina se asienta en la STC 148/2021, FJ 3, para su aplicación al primer periodo Covid, RD 463/2020, y en la STC 183/2021, FJ 3, para en el segundo periodo Covid, RD 926/2020.

²¹ STC 83/2016, FJ 8.

²² *Vid.* el análisis de J. TAJADURA TEJADA, «El Estado de Derecho frente al Covid...», *op. cit.*, pp. 149-158.

²³ *Vid.* Los diferentes regímenes en los que puede estar un derecho fundamental a efectos de normalidad o excepcionalidad en L. COTINO HUESO, «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*, núm. 86-87 (2020), p. 91.

de excepción o de sitio. Por tanto, la clave siempre residió en determinar si en el caso del estado de alarma, las limitaciones o restricciones excedían el alcance legal o constitucionalmente posible del estado de alarma, lo cual supondría una vulneración de los derechos afectados²⁴.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional permite que el RD declarativo de un estado de alarma pueda establecer restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE), lo cual no deja de producir extrañeza, ya que se circunscriben a los otros estados excepcionales. Dichas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, ya que en caso contrario pueden vaciar de contenido el art. 55.1 CE. No deja de producir perplejidad que se admita restricciones al ejercicio ordinario de un derecho fundamental a través de un RD declarativo de alarma, cuando el instrumento normativo adecuado en cualquier supuesto es la ley orgánica de desarrollo de dicho derecho fundamental (LODR) o la Constitución directamente. En todo caso, el Tribunal Constitucional exige que dichas limitaciones respeten los principios de legalidad y de proporcionalidad, aunque seguramente no aplica rigurosamente el primero de los principios.

La limitación es un concepto más amplio que el de la suspensión, como género y especie, ya que toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es una restricción especialmente cualificada como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos que solo en ciertos casos y respecto de ciertos derechos puede venir amparada por el art. 55.1 CE. Por el contrario, la limitación admite muchas más formas, pero que deberán respetar los principios de legalidad y proporcionalidad. El estado de alarma debe ser apreciado por los órganos políticos unas circunstancias extraordinarias que hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes (art. 1.1 LOAES), pues en ausencia manifiesta de tales situaciones extremas (art. 4 LOAES), el recurso a este instrumento y, de su mano, a la correspondiente potenciación de las potestades públicas constituiría, cier-

²⁴ En la STC 148/2021, FJ 3, se planteó con claridad la distinción entre el estado de alarma y el de excepción, ya que ambos estados son declarados por el Gobierno, si bien «dando cuenta al Congreso» (en la alarma) o «previa autorización del Congreso» (en el estado de excepción: art. 116.2 y 3 CE), mientras que en la alarma solo cabe limitar derechos, en excepción (y sitio) cabe suspenderlos.

tamente, un abuso de poder, inconciliable con la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

En cuanto al principio de proporcionalidad, es preciso que las limitaciones exorbitantes de derechos fundamentales que así puedan disponerse deben cumplir las exigencias de idoneidad, necesidad y que, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestre, en fin, como razonable por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido. En un estado de alarma, las medidas a adoptar serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad, con el añadido de que su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias (art. 1.2 LOAES). En definitiva, según el Tribunal Constitucional, los derechos son eventualmente limitables, incluso de modo extraordinario, si bien cuentan adicionalmente con la defensa que aporta el principio de proporcionalidad²⁵, que constituye el eje de control de esta «nueva» normalidad del ejercicio del derecho de reunión.

En todo caso, resulta extraño que se admita en el estado de alarma una limitación de cualquier derecho que será de carácter ordinario, cuando no se está respetando el régimen general ordinario para establecer dichas limitaciones, es decir, el instrumento ordinario para establecer dichas medidas como sería la ley orgánica de desarrollo específico y las condiciones que se deben incluir mediante dicho acto normativo sobre el régimen de los derechos²⁶. Las limitaciones y restricciones de los derechos no pueden ser reguladas con carácter general en el RD de declaración de un estado de alarma²⁷, ya que en el fondo esta tercera vía forma parte del régimen general y ordinario del ejercicio del derecho de reunión a pesar de no precisar una concreción normativa y ser susceptible de ser aplicado por la autoridad administrativa.

En relación con este tema se planteó la posible inconstitucionalidad respecto al art. 5 del RD 926/2020, es decir, la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, que limitó o restringió dicha libertad de modo intenso, para una determinada franja horaria. El

²⁵ STC 148/2021, FJ 3.

²⁶ Por desarrollo directo de un derecho fundamental regulable por la ley orgánica se ha entendido la determinación de los aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otros derechos fundamentales (SSTC 132/1989, FJ 16, y 173/1998, FJ 7).

²⁷ En general, sobre si procedía declarar en la crisis sanitaria del Covid el estado de alarma o de excepción en relación con los derechos fundamentales, *vid.* J. TAJADURA TEJADA, «El Estado de Derecho frente al Covid...», *op. cit.*, pp. 158-165.

Tribunal Constitucional considera que una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, ya que incurrirían en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE) por tratarse de medidas excepcionales y concretas del derecho a la libertad de circulación, sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales en la que si puede tener cabida. Según el Tribunal Constitucional, no hay que olvidar que, ante coyunturas de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras, podría llegar a redefinirse y contraerse, incluso sin dar lugar a un estado de alarma, con arreglo a los límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos²⁸, y sin necesidad de una regulación general. De este modo, sin excesiva argumentación se plantea un régimen paralelo de los derechos que por causas excepcionales no recaería en una regulación general ni de la normalidad, ni dentro de los estados excepcionales²⁹.

En principio, la LOAES proporciona cobertura formal para una limitación excepcional de la libertad de circulación. De una parte, el art. 11 LOAES dispone que el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar la medida de limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. De otra parte, el art. 12.1 LOAES admite que en el supuesto previsto en el art. 4.b) (crisis sanitarias, tales como epidemias), la autoridad competente podrá adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. Esta remisión obliga a considerar la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, según la cual con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los

²⁸ SSTC 5/1981, FJ 7, y 148/2021, FJ 5.a.

²⁹ Se debe tener en cuenta que durante este periodo se admitió que los numerosos decretos-leyes que se aprobaron conectados incluso llegaron a modificar y ampliar medidas adoptadas por los decretos de declaración y prórroga del de alarma. De este modo, la regulación de lo que se denominó «nueva normalidad», establecida mediante el Decreto-Ley 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, dio cobertura legal a la obligatoriedad del uso de mascarillas (art. 6) y estableció la distancia de seguridad (1,5 metros) para centros docentes, establecimientos hosteleros y otras actividades.

mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible (art. 3), de forma que el art. 5.1 RD 926/2020 cuentan con un soporte en la LOAES³⁰, y de las normas especiales en materia de salud pública, aunque estas solo admiten medidas restrictivas individuales bajo control judicial. El Tribunal Constitucional ha declarado 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, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio³¹. La excepcionalidad que acoge el bloque de constitucionalidad respecto del estado de alarma habilita para acordar limitaciones de mayor intensidad a las que puedan resultar conformes al régimen ordinario del derecho, siempre que no constituyan una injerencia en el núcleo indisponible del derecho, entendiendo por tal aquella intromisión que afectara al contenido irreductible del derecho fundamental, hasta el punto de hacerlo irreconocible o de impedir su ejercicio, lo que no es el caso por la aplicación en este supuesto del principio de proporcionalidad, debido básicamente a que no se trataba de un supuesto de suspensión del derecho de libertad de circulación³².

En cualquier caso, la principal problemática en relación con el derecho de reunión era la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, que a través del art. 7.3 del RD 926/2020 establecía que las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el art. 21 de la Constitución podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios. Evidentemente este es un supuesto concreto regulado en el Decreto de declaración y aplicación del estado de alarma que se relacionaba directamente con el ejercicio del derecho de reunión y que no se incluía en su régimen general.

El Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad del precepto por excederse de las competencias ordinarias de restricción en el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público, en el sentido de que podría limitarse, condicionarse o prohibirse, en función de que los promotores no ofrecieran medidas que garantizaran la distancia necesaria

³⁰ STC 148/2023, FJ 5.a.

³¹ SSTC 83/2016, FJ 8, y 148/2021, FJ 5.a.

³² STC 183/2021, FJ 4 e y f.

para impedir los contagios. De todos modos, este precepto se excedía de las competencias ordinarias de restricción, ya que mediante esta medida se contraviene el art. 10 LODR, que únicamente puede proponer modificaciones o incluso prohibir el ejercicio de este derecho cuando existan razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, pero no condicionar el ejercicio del derecho³³.

Sin embargo, no puede olvidarse que parte de la doctrina rechazó que la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 incurriera en el estado de excepción, porque no se dieron graves alteraciones de orden público que afectaran al libre ejercicio de los derechos y libertades o al normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales, claro que una situación de confinamiento total es difícil que el orden público en sentido estricto se altere o que se impida el funcionamiento de las instituciones no sometidas a control político o aprobando de forma continua sucesivos Decretos-ley. En cualquier caso, no se llega a entender como no se considera orden público a la protección de derechos o servicio público esencial al sistema sanitario o la salud de las personas³⁴. De este modo, el orden público comprende la inalterabilidad y protección de bienes jurídicos importantes y constitucionales como la vida, la salud o el correcto y pleno funcionamiento del sistema sanitario. El orden público es un concepto más complejo que no se puede limitar al orden en las vías públicas con posibilidad de intervención o disolución en caso de peligro para las personas, bienes o cosas, de forma que su restricción debe tener carácter legal y sus circunstancias de aplicación ser reguladas en el instrumento normativo apropiado.

En cualquier caso, el propio Tribunal Constitucional considera que esta limitación del ejercicio de este derecho hay que situarla en el seno de un supuesto de grave alteración de la normalidad, provocado por la concurrencia de una situación de pandemia que fue la causante del estado de alarma, declarado y prorrogado. En consecuencia, se reconoce que se aplica un estado excepcional de crisis al que se refiere el bloque de constitucionalidad (art. 116 CE y la LOAES) y no de un supuesto de normal funcionamiento del estado de derecho, en el que se admite esta situación intermedia, de «nueva» normalidad, que no es de normalidad completa, ni de estricto-

³³ STC 183/2021, FJ 6.B.b.

³⁴ Vid. C. GARRIDO LÓPEZ, «La naturaleza bifronte del estado de alarma...», *op. cit.*, pp. 384-385. Asimismo, M. CARRILLO LÓPEZ, «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», *Legebiltzarreko Aldizkaria-LEGAL – Revista del Parlamento Vasco*, núm. 1 (2020), pp. 77-79.

ta y formal excepcionalidad, que permitiría que las limitaciones a los derechos fueran más intensas siempre que no lleguen a alcanzar el núcleo irreductible del derecho fundamental. Estas limitaciones pueden ser adoptadas durante el estado de alarma, siempre que lo sean por el tiempo estrictamente indispensable y que aquellas medidas se sujeten al principio de proporcionalidad en su establecimiento y aplicación (art. 1.2 LOAES)³⁵.

En la STC 164/2023, el Tribunal Constitucional refuerza su propia argumentación en sus precedentes al señalar que incluso en supuestos de funcionamiento ordinario del estado de derecho, además de las específicas razones de grave alteración del orden público con peligro para personas o bienes a que se refiere el art. 10 LODR, el ejercicio del derecho de reunión puede verse eventualmente sometido a restricciones necesarias para preservar otros derechos o bienes constitucionales, entre los que figura la protección de la salud³⁶ o la preservación frente a la propagación del virus Covid-19 que puede exigir el aseguramiento de la necesaria distancia física entre quienes participen en estas reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones³⁷.

En el estado de alarma, el art. 11.a) LOAES permite el establecimiento de limitaciones a la permanencia de personas o vehículos en las vías de uso público e, incluso, la imposición de ciertos requisitos que condicionen su ejercicio. En el caso concreto, la exigencia a los promotores de que quedara garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios se encuadra dentro de aquellos requisitos, que, en una situación de pandemia como la existente al tiempo de la vigencia del estado de alarma, deben reputarse como adecuados a las circunstancias concurrentes, así como necesarios y proporcionados a los fines de preservación de la salud pública a que aquellas medidas de prevención debían atender³⁸. En todo caso, no deja de ser sorprendente, que se argumenta basándose en la relación entre el derecho a la libertad de circulación y el derecho de reunión, cuestión que había sido negada en otras ocasiones en las que se había presentado las mismas alegaciones, negando la conexión entre ambos derechos.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el art. 7.3 del RD 926/2020 no contraviene lo preceptuado en el art. 10 LODR, sino que es complementario del mismo, ya que se limitó a añadir a los límites al ejercicio del derecho fundamental establecidos por la ley orgánica regula-

³⁵ STC 183/2021, FJ 6.B.b.

³⁶ STC 195/2003, FJ 7 y 8, en análogos términos, STC 193/2011, FJ 3 y 7.

³⁷ ATC 40/2020, FJ 4.

³⁸ STC 183/2021, FJ 6.B.b.

dora del derecho para el tiempo en que rigiera el funcionamiento ordinario del estado de derecho, el de la antedicha garantía de adoptar las medidas de prevención del contagio por coronavirus específicamente establecidas para el concreto estado de alarma que había sido declarado³⁹. El problema es si se puede adoptar nuevos límites para su ejercicio en condiciones de normalidad y ordinarias justificadas por una causa de excepcionalidad a través de dicho instrumento normativo, que no es la propia ley reguladora del régimen general del derecho.

Un último argumento del Tribunal Constitucional reside en que la medida del art. 7.3 del RD 926/2020 se establece en abstracto y sin concreción alguna, con una ocasional cautela que se debe definir caso por caso para la protección de la salud y según los riesgos de mayor propagación de la epidemia. En consecuencia, el ejercicio ordinario de los derechos de reunión y manifestación no han sido afectados en la medida en que estuvo abierta, durante la vigencia del estado de alarma, la posibilidad de dirigir comunicación previa a la autoridad para el ejercicio de este derecho. Únicamente en cada caso concreto la autoridad gubernativa competente podría establecer restricciones, modificaciones o incluso prohibir su ejercicio por alteración del orden público con peligro para personas o bienes, cuando su ejercicio pudiera deparar una desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución⁴⁰ o, en el supuesto específico del estado de alarma motivado por la pandemia del Covid-19, cuando los promotores no pudieran garantizar la distancia personal necesaria para impedir los contagios⁴¹. La cuestión es que, si no se trata de un límite general al ejercicio de los derechos fundamentales, cabe admitir la existencia de límites singulares aplicados no por una norma legal, sino por una autoridad administrativa que debe valorar las circunstancias concretas del ejercicio de una forma autónoma, pero en este caso cabe hablar de una situación de normalidad en el ejercicio del derecho⁴². La abundancia de casos en los que se aplicaba los mismos argumentos, tanto en las resoluciones administrativas como en las decisiones judiciales, permite en todo caso levantar el velo y decidir que muchas resoluciones administrativas idénticas confluyen o encierran un límite general, y en todo caso permitir «condicionar» el ejercicio del derecho de reunión altera el

³⁹ STC 183/2021, FJ 6.B.b.

⁴⁰ SSTC 193/2011, FJ 3, y 164/2023, FJ 2.B.

⁴¹ STC 183/2021, FJ 6.B.b.

⁴² Valora positivamente la medida M. A. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión», *op. cit.*, pp. 123-124.

régimen ordinario previsto en el art. 10 LODR, ya que además supone que nos movamos más en el plano de la autorización (propio del estado excepcional) que en el plano ordinario de la comunicación previa. Si te permiten condicionar, están incluyendo la potestad de autorizar el ejercicio del derecho. Finalmente, se debe destacar que estamos ante una indeterminación del ejercicio del derecho y como laguna planteada en una situación excepcional en el ejercicio de un derecho fundamental no parece correcto dejar su integración a la decisión de la autoridad administrativa, sino que sería más apropiado y correcto dejar directamente a la autoridad judicial la resolución sobre el ejercicio del derecho de reunión. Dado que no nos encontramos ante una situación de plena normalidad, ni ante un problema de orden público con disturbios o posibles peligros por violencia para bienes y derechos, tal como sucede en otros derechos fundamentales esta resolución y decisión en situaciones y contextos excepcionales se debe incluir e integrar en la reserva de jurisdicción.

Desde otra perspectiva, la conexión normativa entre el derecho a la libertad de circulación y el derecho de reunión es negada en abstracto por el Tribunal Constitucional, ya que restringir la libertad deambulatoria no supone limitar el acceso a los espacios públicos en los que se ejerce el derecho de manifestación, argumentando que simplemente no se había suspendido el derecho de reunión por el RD 463/2020⁴³. En este sentido, se obvia la razón de la restricción que es idéntica en ambos supuestos, es decir, la excepcionalidad de la crisis sanitaria, por lo que a efectos constitucionales no debería recaer en un supuesto de argumentación formal sobre si se está en una suspensión o en una limitación, cuando existe una conexión lógi-

⁴³ STC 61/2023, FJ 2.b. Conviene recordar que el Tribunal declaró inconstitucional algunos párrafos del art. 7 del RD 463/2020 (FJ 5), ya esta norma planteaba la posibilidad («podrán») de circular no como regla, sino como excepción, que estaba doblemente condicionada por su finalidad («únicamente [...] para la realización») de ciertas actividades más o menos tasadas y sus circunstancias («individualmente», de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de «circular por las vías de uso público», y la «única» salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras *g*) y *b*) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite «limitar» para el estado de alarma [«la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados»: art. 11.a)]. Tal restricción aparece como una privación o cesación del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. La disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas» y por cualquier medio.

co sistemática en los casos concretos respondiendo la libertad circulatoria y su suspensión al mismo supuesto que el ejercicio del derecho de reunión en movimiento, es decir, los mismos criterios sustanciales de restricción. Aunque se afirme que no estaba restringido el acceso de los espacios públicos en abstracto por la crisis sanitaria, sí que se aplicaba la restricción en el caso concreto del ejercicio del derecho de reunión y manifestación⁴⁴.

Finalmente, el Tribunal Constitucional argumenta la existencia de un grado de cooperación entre el delegado gubernativo, ya que se indicó a los organizadores la necesidad de una justificación documental de la adquisición por parte de los convocantes del material de protección necesario para preservar la seguridad sanitaria de los manifestantes, así como una descripción del dispositivo de seguridad sanitaria de la distancia⁴⁵. Dejando aparte el paternalismo estatal que se introduce en el ejercicio de un derecho sin indicar en concreto las medidas que comportan o la necesaria colaboración que deben ejercer responsablemente las autoridades⁴⁶, simplemente sirven para justificar que no se aplicó el RD 463/2020, es decir, se trata de una simple huida de la excepcionalidad en una situación excepcional que hace imposible la aplicación normalizada del derecho.

⁴⁴ Sobre las dificultades de diferenciar entre una restricción de derechos en el estado de alarma o una suspensión de derechos en el estado de excepción, *vid.* C. GARRIDO LÓPEZ, «La naturaleza bifronte del estado de alarma...», *op. cit.*, pp. 389-391.

⁴⁵ Cuando se inicia un proceso de cooperación o de negociación entre autoridad y organizadores en el ejercicio del derecho de reunión conviene que la última decisión no recaiga en la autoridad por el riesgo de perjuicio para dicho ejercicio, sino sobre el poder judicial de debe actuar como garante de la protección de los derechos. En cualquier caso, en el supuesto concreto el ejercicio del derecho se hacía depender de un gasto económico, es decir, de la compra de material sanitario, y de un concepto indeterminado, el establecimiento de un dispositivo de seguridad sanitario sin concretar previamente su alcance por lo que difícilmente se podía estructurar por los organizadores.

⁴⁶ El paternalismo administrativo en el ejercicio del derecho de reunión es un clásico desde la STC 66/1995, que se basa en que la autoridad administrativa no tiene más remedio que prohibir, porque en caso contrario se desnaturalizaría la voluntad de los titulares del derecho, cuando en realidad es a estos a los que se les debe dar la oportunidad de decidir sobre el ejercicio del derecho o no, al fin y al cabo, es una libertad. En este sentido, también el TEDH ha manifestado que la libertad de reunión incluye el derecho a elegir la hora, la fecha, el lugar y la forma de reunión, dentro de los límites establecidos por el art. 11.2 (asunto *Sáska c. Hungría*, de 27 de noviembre de 2012, § 21). En los casos en que el lugar de una reunión es de importancia crucial para los participantes, la orden procedente de la autoridad pública dirigida a modificarlo puede constituir una injerencia en el ejercicio del derecho (caso *Lashmankin y otros c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017, § 405), si bien el derecho no incluye de forma automática la facultad de ejercerse en cualquier espacio de dominio público (*Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003, § 47), por lo que la prohibición de celebrar reuniones en determinados lugares y por motivos de seguridad no es incompatible con el art. 11. *Vid.* M. A. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión», *op. cit.*, p. 111.

V. LA PREFERENCIA DE LA MOTIVACIÓN BASADA EN LA EXCEPCIONALIDAD SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN

Para que la restricción del derecho de reunión sea constitucionalmente legítima, este tribunal ha exigido que exista proporcionalidad en la limitación del derecho y que la autoridad gubernativa exteriorice razones fundadas que hicieran imprescindible la prohibición de la reunión o la modificación de sus circunstancias en el caso concreto. Esta exigencia se concreta en la necesaria motivación reforzada y específica de la resolución, dirigida a explicar las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho proyectado por sus promotores producirá una alteración del orden público o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por la Constitución⁴⁷.

El requerimiento de reforzada motivación se aplica a toda limitación de un derecho fundamental⁴⁸. De este modo, ya que los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, deben interpretarse de conformidad con el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que sea admisible una modificación o prohibición de una reunión por la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados. Además, los actos que introduzcan medidas limitadoras han de fundamentarse en datos objetivos suficientes derivados de las circunstancias concretas de cada caso⁴⁹. La necesidad de motivación específica, aun atendiendo a hechos dotados de un importante grado de objetividad y certidumbre, debe aludir a una realidad que afecta por igual a todas y cada una de las concentraciones de personas, con independencia de sus características y de las medidas preventivas que los promotores pudieran articular, ya que es equivalente a una restricción o limitación

⁴⁷ STC 193/2011, FJ 3.

⁴⁸ SSTC 163/2006, FJ 5; 61/2023, FJ 3.B.a, y 164/2023, FJ 2.B.a.

⁴⁹ STC 301/2006, FJ 2. En la jurisprudencia constitucional se pueden encontrar algunos supuestos de ausencia de datos objetivos como el hecho de que las modificaciones en la manifestación resultaban meramente formales por carecer de una aplicación específica al caso (STC 163/2006, FJ 5), por no concretar qué alteración del orden público se produciría en el caso de la celebración de las manifestaciones (STC 301/2006, FJ 4) o que la prohibición gubernativa se limitaba a afirmar el carácter electoral de la manifestación, sin especificar los motivos por los que debía entenderse que tenían capacidad para captar sufragios (SSTC 170/2008, FJ 3, y 37/2009, FJ 3). *Vid.* SSTC 61/2023, FJ 3.B.b, y 164/2023, FJ 2.B.b.

de conjunto de todos los supuestos de ejercicio de este derecho durante el tiempo en que dicha coyuntura se mantuviese efectiva. El carácter específico de la motivación asegura que, salvo aquello que pueda disponerse por la autoridad competente en los estados de emergencia previstos en el art. 116 CE, su prohibición será objeto de decisiones individuales del poder público que entrañen una ponderación específica ligada al supuesto concreto⁵⁰.

En el ejercicio del derecho de reunión en condiciones de normalidad, corresponde a la autoridad motivar y aportar las razones que, desde criterios constitucionales de proporcionalidad, explique las causas por las que el derecho de reunión ha de verse limitado, si bien el Tribunal ha de considerar los elementos que conforman el contexto y la motivación de la resolución gubernativa cuestionada⁵¹. La función de la comunicación previa tiene la finalidad de colocar a la autoridad en posición de conciliar el legítimo ejercicio del derecho de reunión con la garantía de otros derechos y bienes jurídicos también merecedores de tutela, de modo que adoptar o imponer medidas preventivas necesarias, procediendo la prohibición de la reunión solo como último recurso, debiendo la autoridad justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental⁵². En consecuencia, cualquier resolución gubernativa es susceptible de convertirse en un deber de los organizadores de la manifestación que deberán adoptar dichas medidas sin tener en cuenta la suficiencia de las medidas de seguridad previstas por los organizadores o la posibilidad, la necesidad o la constitucionalidad de las solicitadas por la autoridad gubernativa.

En la STC 164/2023, a diferencia de las tres anteriores sentencias sobre derecho de reunión y medidas de tutela de la salud pública en tiempo de pandemia (SSTC 61, 84 y 88/2023), el contexto era el del segundo estado de alarma en el que las limitaciones a la movilidad de las personas solo afectaban al periodo nocturno, es decir, que con las restricciones que acordaran como autoridades delegadas los presidentes de las Comunidades Autónomas, la actividad económica y social se había reanudado, de modo que la aplicación del principio de igualdad en las circunstancias que concurrían en Madrid formaban un criterio relevante en la fundamentación de las circunstancias. Una comparación entre la situación general de la actividad global de la sociedad y el ejercicio del derecho de reunión no permitía explicar,

⁵⁰ STC 61/2023, FJ 3.B.b.

⁵¹ STC 193/2011, FJ 5, y 164/2023, FJ 2.B.c.

⁵² STC 66/1995, FJ 3, y 163/2006, FJ 3.

ni motivar una diferencia de tratamiento entre los supuestos. En todo caso, el análisis de la aplicación jurisprudencial se estructura en un doble esquema en el que se comprueba la suficiencia de la motivación de la resolución adoptada y, en segundo lugar, se determina la proporcionalidad del fin perseguido en el caso concreto mediante la resolución⁵³.

VI. LA MOTIVACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA MANIFESTACIÓN: LA EXCEPCIÓN SE CONVIERTE EN LA REGLA DE LA NORMALIDAD

La duración excesiva y permanente de un estado de excepción lo convierte en una regla, al menos en el criterio de justificación y motivación para restringir el ejercicio ordinario del derecho de reunión. Seguramente es ir demasiado lejos en este supuesto seguir a Walter Benjamin que, en reacción al régimen nazi, consideraba que el estado de excepción en el que vivía era la regla, tal como sucedió con los largos periodos de suspensión de la vigencia del Fuero de los Españoles durante el Franquismo. No obstante, lo cierto es que sin excesiva crítica se acepta como motivación de la prohibición de ejercicio ordinario y normal la situación excepcional, sin estar declarada la situación excepcional. Seguramente llegados a este extremo no es necesario introducir excesivos argumentos para saber que aplicando una situación excepcional siempre podrás motivar sin excesivas críticas la restricción o prohibición del ejercicio del derecho de reunión.

La resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid en la STC 164/2023 muestra que su decisión de prohibir la manifestación, tras referirse a los reales decretos por los que se declaraba el estado de alarma y la finalidad de protección de vida y salud de los ciudadanos, se asienta en diversas justificaciones. Entre ellas destacan la situación epidemiológica en lo que las autoridades sanitarias denominaban la tercera ola de la pandemia; la situación de la Comunidad de Madrid era de riesgo extremo con mayor incidencia acumulada y mayor presión hospitalaria; la mejoría de Madrid era más lenta que en el resto del Estado; la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma había dictado órdenes con medidas tendentes a evitar reuniones y aglomeraciones de personas, se habían computado

⁵³ Se trata del doble esquema de análisis utilizado en la aplicación de este derecho desde la STC 193/2011, FJ 6, repetido en las sentencias analizadas, sobre todo STC 61/2023, FJ 4, en la que la resolución prohibitiva superaba los pasos de motivación y proporcionalidad. *Vid.* STC 164/2023, FJ 3.

104 convocatorias de reuniones entre los días 6 a 8 de marzo en Madrid lo que significaba que la Delegación del Gobierno no contaba con el número real de personas que podrían acudir a ellas con un gran desplazamiento de personas y un alto riesgo de contagios, tanto por los encuentros en los lugares de concentración como en los transportes; la Dirección General de Salud Pública de Madrid había emitido informes que señalaban la dificultad para mantener la distancia interpersonal en concentraciones de personas de pie y en movimiento, quedando a merced exclusivamente del uso que hagan de la mascarilla y la Policía Nacional no descartaba que se pudiera producir el encuentro de varias manifestaciones.

En la STC 164/2023, dentro de las prácticas cooperativas comunes en el ejercicio de este derecho, la Delegación del Gobierno había mantenido una reunión con la Plataforma 8-M organizadora para buscar formatos alternativos de reunión y manifestación que no pusieran en riesgo la salud pública (convocatorias virtuales, manifestación desde los balcones o en vehículos), pero no se había llegado a acuerdos, por lo que la autoridad gubernativa, ante el riesgo de contagio exponencial, había acordado prohibir por razones de salud pública la concentración convocada por el sindicato⁵⁴.

El Tribunal Constitucional considera que los datos y las razones expuestas en la resolución gubernativa constituyen una motivación específica suficiente de la medida restrictiva del derecho fundamental, ya que atiende a las circunstancias y contexto en que se pretendía celebrar la reunión. La concentración por el sindicato promotor entrañaba un grave riesgo para la salud pública y para las personas, manifestantes y terceros, dado el riesgo de contagio y, con él, de incremento de la crisis sanitaria, por más que se adoptasen medidas de precaución. La protección de la salud pública y de la salud y la vida individual se asienta en datos objetivos vinculados a las circunstancias presentes al tiempo de la convocatoria, dominadas por la existencia de una pandemia, que advierten de que podría provocarse una desproporcionada perturbación de bienes y derechos protegidos por la Constitución tan relevantes como la salud pública, la vida y la salud individual de las personas⁵⁵.

El mayor problema de esta argumentación es que sin necesidad de una declaración de estado excepcional, se aplican todas las circunstancias de excepcionalidad para justificar una decisión restrictiva desde el punto

⁵⁴ STC 164/2023, FJ 3.A.

⁵⁵ SSTC 193/2011, FJ 3, t 164/2023, FJ 3.A.

de vista de la obligación de motivación de la medida limitativa del derecho fundamental⁵⁶. Este parámetro de la motivación puede convertirse en inútil en una crisis sanitaria, ya que, aunque se quiera estar en un régimen de normalidad, siempre justificará la restricción del derecho que quedará en una mínima o inexistente expresión por el riesgo para la salud pública con independencia de las circunstancias concretas, de forma que dichas medidas van a actuar con carácter general o indefinido⁵⁷.

Por otra parte, hay un hecho que se ha olvidado en la argumentación del Tribunal, ya que el RD 926/2020, a diferencia de los anteriores RD de declaración del estado de alarma, sobre todo el RD 900/2020, que no era aplicable en el momento temporal del caso, no establecía ningún criterio o indicador objetivo en la norma que permitiera la aplicación de las medidas restrictivas del derecho fundamental, como podían ser (incidencia acumulada, porcentaje de positividad y ocupación de UCIS) que podían justificar las resoluciones administrativas⁵⁸. En definitiva, estas resoluciones se dejan a la discrecionalidad de la autoridad administrativa sin establecer indicadores objetivos que puedan servir posteriormente de parámetros del control, ya que incluso se admiten su aplicación sin su determinación normativa previa para ser aplicada por la autoridad. Precisamente, cuando más se conocían el contexto excepcionalidad de la situación, se admite la aplicación sin control excesivo por parte de la autoridad administrativa.

⁵⁶ No obstante, el voto particular discrepante a la STC 164/2023 considera que son insuficientes los argumentos utilizados en la sentencia para declarar la justificación de la motivación de la resolución prohibitiva del delegado. La crítica parece residir no en la existencia de justificación, sino en la profundidad y calidad de los argumentos utilizados por el Tribunal, ya que debería de haber rechazado con mayor intensidad las alegaciones del recurrente. Este voto particular se formula como consecuencia del rechazo por el pleno de una ponencia previa, por lo que se basa en la línea argumental formulada por en dicha primera ponencia para dar cuenta de los argumentos utilizados.

⁵⁷ En sentido similar, C. ORTEGA CARBALLO, «Derecho de manifestación en tiempos de pandemia», *Administración & ciudadanía. Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 15, núm. 2 (2020), pp. 367-368.

⁵⁸ *Vid.* J. TAJADURA TEJADA, «El Estado de Derecho frente al Covid...», *op. cit.*, pp. 168-169.

VII. LA PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN: LA NORMALIDAD INTENTA REGIR LA EXCEPCIONALIDAD

Si formalmente la prohibición se considera justificada, el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad para determinar si las medidas que restringen los derechos fundamentales, una vez constatada la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima, si la medida enjuiciada es idónea o adecuada para la consecución de la finalidad legítima que pretende, si es necesaria o imprescindible porque no existe otra medida menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja y si la relación del medio con el fin perseguido responde de forma ponderada y proporcional entre la afectación del derecho fundamental que produce la medida restrictiva y el beneficio que esta depara al interés general.

No se va a insistir en que el examen de la finalidad legítima de la intervención de la autoridad administrativa, es decir, el fin que justifica la medida restrictiva es la protección de la salud pública (art. 43 CE) y de la vida e integridad física de las personas (art. 15 CE) en la situación de grave crisis sanitaria que había determinado la declaración del segundo estado de alarma y de su prórroga, a través de la contención de la propagación del virus Covid-19⁵⁹. La salud pública es un bien jurídico constitucionalizado que también el art. 11 CEDH contempla como límite de la libertad de reunión⁶⁰.

La idoneidad de la medida de prohibición era adecuada para alcanzar ese fin de protección de la salud pública, porque, al impedir el contacto social que provocaría la concentración, aunque fuera al aire libre y con la comparecencia de solo 250 personas, evitaba posibles contagios interpersonales, y con ello la difusión de la pandemia con sus graves consecuencias derivadas en coste de salud pública, respuesta sanitaria, vida e integridad personal, con unas consecuencias que podían afectar a terceras personas con las que interactuaran en los medios de transporte, a los con-

⁵⁹ Estas circunstancias fueron utilizadas para justificar una restricción concreta del derecho de reunión en bienes jurídicos o derechos distintos de la alteración del orden público mencionado en el art. 21.2 CE, como es la protección de la salud en supuestos de grave crisis sanitaria como fue el primer periodo de declaración del estado de alarma por el covid-19, sin que la coyuntura se considerara una suposición o sospecha (ATC 40/2020, SSTC 61/2023, 84/2023 y 88/2023). *Vid.* STC 164/2023, FJ 3.B.a.

⁶⁰ En este punto también el voto particular discrepante es concordante con la sentencia a pesar de que la presentación argumental es distinta.

vivientes, familiares, amigos o compañeros de trabajo⁶¹. En este contexto se admite que la proximidad física aumentaba exponencialmente la transmisión y la circunstancia de que por aquel entonces el nivel de administración de vacunas contra la Covid-19 fuera casi residual. Por otra parte, la integración de la idoneidad de la medida en el orden público debe medirse más allá del momento de la reunión, pues abarca instantes anteriores y posteriores y se extiende a futuro hacia un círculo extenso e indeterminado de personas que ni siquiera tuvieron una relación indirecta con la propia reunión.

La necesidad de la prohibición de la manifestación examina si la medida de intervención administrativa es más idónea o eficaz para preservar la salud pública y proteger la salud y la vida de aquellas personas, manifestantes y terceros, sin que existieran otras menos restrictivas de eficacia pareja. En este caso, se recurre al argumento de la desnaturalización del derecho, es decir, se pueden plantear alternativas menos lesivas o intrusivas en el derecho (reunión virtual, manifestación en vehículos o protesta en balcones), pero ninguna era igualmente idónea para lograr la finalidad de tutela de la salud y prevenir contagios sin desnaturalizar la modalidad de concentración pretendida⁶². En este caso, el Tribunal Constitucional no examinó en profundidad alternativas, ya que la transmisión del virus se producía en los contactos interpersonales (dejando al margen el uso mascarillas, métodos de detección del virus, vacunas), ya que el juicio de necesidad permitía deducir en su lógica interna que la prohibición de manifestaciones era la medida que de forma más rigurosa e intensa protegía la salud y prevenía los contagios, sin que hubiera medidas de eficacia pareja⁶³.

Tras desechar todos los argumentos anteriores el examen del recurso por parte del Tribunal Constitucional se centra en la aplicación del canon

⁶¹ STC 164/2023, FJ 3.B.b.

⁶² Se trata de un argumento clásico, que muestra un paternalismo estatal en el ejercicio de los derechos, y que ya fue utilizado en las SSTC 85/2023, FJ 4.B, y 88/2023, FJ 5.B. *Vid.* STC 164/2023, FJ 3.B.c.

⁶³ El voto particular concurrente de la STC 164/2023 (Enríquez, Arnaldo y Espejel) consideran en este caso que no se superaba el canon de necesidad, ya que se podían plantear alternativas menos lesivas o intrusivas en el derecho fundamental de reunión y manifestación, sin necesidad de aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto por lo que era el argumento adecuado para estimar el recurso. Por el contrario, el voto particular discrepante de la STC 164/2023 (Diez Bueso y Segoviano) aplican el argumento de la desnaturalización de la propuesta para considerar que el canon de necesidad era suficiente para desestimar el recurso, ya que la inexistencia de alternativas viables no permitía cambiar ni el día, ni el lugar de la concentración. Ambos casos compartían por motivos diferentes que no se aplicara el canon de proporcionalidad en sentido estricto para resolver el recurso.

de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la racionalidad de la relación entre la medida restrictiva del derecho adoptada por la autoridad gubernativa y el fin de protección de la salud pública e individual que se persigue⁶⁴. La regla de la ponderación requiere de un examen sobre el grado de afectación o interferencia del derecho fundamental que supone la prohibición decretada, la importancia de la satisfacción de la finalidad que motiva la medida restrictiva y la determinación si el beneficio que se obtiene para preservar aquellos bienes e intereses es superior al perjuicio que irroga al derecho⁶⁵. Cuanto mayor sea la intensidad de la injerencia en el derecho fundamental de manifestación, también será mayor la satisfacción de la salud pública y la salvaguarda anudada de intereses constitucionales tan relevantes como la vida y la integridad física⁶⁶. La certeza sobre la existencia del riesgo no impide la incertidumbre característica de todo pronóstico de peligro sobre su verificación, ya que la gravedad del riesgo acreditado está en función no solo del grado de probabilidad de que efectivamente se produzca, sino de la trascendencia de los resultados lesivos que puedan producirse. La comparación en abstracto entre el derecho de manifestación y la salud, pública o individual, la integridad física y la vida no arroja elementos de juicio relevantes sobre la proporcionalidad de la intervención administrativa, por lo que se debe realizar una ponderación pertinente en el caso concreto⁶⁷.

En este caso, el grado de injerencia en el derecho de reunión y manifestación es muy intenso, ya que la prohibición supone la máxima afectación para el derecho a pesar de que permita una muy alta satisfacción de la finalidad de salud pública. La importancia del beneficio que la prohibición de la manifestación representa para el bien jurídico de la salud pública, deriva de la gravedad del riesgo que se pretende evitar y de la eficacia de la medida limitadora para lograrlo, que se habían concretado en los datos o indicadores objetivos ya mencionados que aporta la resolución administrativa. En este contexto el Tribunal Constitucional aplica el nivel de actividad y las limitaciones que entonces se habían impuesto por el Real Decreto 926/2020, para toda España, restringía la circulación de personas en horario nocturno (entre las 23:00 y las 6:00 horas), pero no establecía limitaciones para actividades en la jornada diurna. En el caso de la Consejería de Sanidad de Madrid, se había restringido la entrada y salida de perso-

⁶⁴ STC 164/2023, FJ 3.B.d.

⁶⁵ SSTC 84/2023, FJ 4.B, y 164/2023, FJ 3.B.d.

⁶⁶ STC 164/2023, FJ 3.B.d.

⁶⁷ STC 164/2023, FJ 3.B.d.

nas en algunas zonas básicas de salud, pero contemplando diversas excepciones no solo para atender necesidades familiares, laborales, profesionales, empresariales, educativas y legales, sino para desplazarse a entidades financieras y de seguros, trámites administrativos inaplazables, y otras «de análoga naturaleza». En este sentido, se determina el beneficio que para la salud pública representaba la prohibición de la manifestación (una concentración de 250 personas en un espacio abierto, la plaza de Cibeles, un día laborable, que suponía el ejercicio de un derecho fundamental de libertad). La comparación con otras actividades de esparcimiento y ocio permite valorar como muy escasa la incidencia que la prohibición de la reunión reivindicativa convocada por el sindicato tendría en el aumento de riesgo de contagio y, al tiempo, la poca relevancia que aportaría a la satisfacción del interés general representado por la salud pública, finalidad que justificaba la intervención de la autoridad gubernativa. La irrelevancia del tratamiento diferenciado entre dichos supuestos en el caso concreto, motiva la concesión del amparo y la protección del derecho fundamental con nulidad de la resolución de la Delegación del Gobierno y de las sentencias confirmatorias de la jurisdicción ordinaria.

A partir de estos criterios, el Tribunal Constitucional valora otros datos en la ponderación (la población se había acostumbrado a convivir con la pandemia y había aprendido a protegerse, con mascarillas y distancia interpersonal, las mascarillas eran obligatorias en espacios cerrados y en los abiertos cuando no se pudiera guardar la distancia, se había implantado la pauta completa de la vacuna a los mayores de ochenta años que era el sector de población más afectado, había mecanismos de detección del contagio que hacían posible que quienes acudieran a la manifestación estuvieran sanos). Estos datos describen una realidad muy distinta a la que existía en el primer estado de alarma, además las medidas contempladas en la convocatoria del acto prohibido por el delegado del Gobierno en Madrid no eran distintas a las que las autoridades habían establecido y que permitían acudir al trabajo, a los establecimientos de consumo, restauración y ocio. En consecuencia, el peligro que representaba el acto era bajo a la vista de esos datos⁶⁸. La conclusión es que la medida supuso la máxima afectación del derecho fundamental con un bajo valor de utilidad para el fin de la salud pública⁶⁹. El resultado del juicio de proporcionalidad estricta revela

⁶⁸ STC 164/2023, FJ 3.B.d.

⁶⁹ En esencia, en dicho contexto excepcional no parece proporcional la prohibición de una manifestación cuando resulta que, ordinariamente, las personas pueden pasear por la

que la medida restrictiva no estuvo justificada y fue desproporcionada, por lo que se estima el amparo solicitado y se declara la nulidad de la resolución del delegado del Gobierno en Madrid y la sentencia que desestimó el recurso interpuesto contra dicha resolución.

VIII. CONCLUSIÓN: LA REFORMA NORMATIVA DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

A la vista del presente caso (STC 164/2023), que marca la pauta de decisión del resto de los casos similares en el ejercicio del derecho de reunión en el segundo periodo Covid en los que se siguió aplicando el contexto excepcional como causa de prohibición de manifestaciones, lo que reflejan es la existencia de una regulación antigua en materia de estados excepcionales, muy marcada por la coyuntura de aprobación (golpe del 23F), que debería ser clarificada para su aplicación en las crisis sanitarias como la del Covid, pero también para valorar su aplicación en casos como la huelga salvaje de los controladores aéreos o en el Procès. En tiempos de normalidad se debe actualizar y acometer la reforma normativa de los estados excepcionales, tras analizar las problemáticas planteadas. Los distintos supuestos reflejan que se debe mejorar en una sociedad democrática la autoridad que debe adoptar la declaración del estado excepcional, así como el instrumento normativo para su adopción, la duración e las distintas prórrogas, el alcance del control parlamentario o político pleno en cualquiera de las situaciones excepcionales que evite errores, abusos y arbitrariedades del poder ejecutivo o de las autoridades administrativas, así como el encubrimiento bajo del régimen ordinario o de normalidad del ejercicio de los derechos fundamentales de prácticas que no requieren de excesivos esfuerzos interpretativos para levantar el velo de que encierran una situación de excepcionalidad.

En sentido similar, se requiere que las indeterminaciones en la normativa de excepción o en los decretos de declaración de los estados excepcionales, así como en sus prórrogas, en la medida que afecte al ejercicio de derechos fundamentales como el derecho de reunión requieren situarlos bajo reserva de jurisdicción, es decir, debe decidirse cualquier restricción por el poder judicial. En el caso concreto del derecho de reunión, en

ciudad durante las mismas franjas horarias, sin límite numérico, bajo la única condición de hacerlo guardando las distancias y con mascarilla.

el caso de que se inicie un proceso de cooperación o negociación entre la autoridad y los organizadores es necesario que la última decisión no recaiga en la autoridad, sino que se debe elevar a la resolución judicial directamente la última decisión, siendo este criterio perfectamente aplicable al régimen ordinario del derecho.

Por último, en la necesaria reforma de las leyes sobre los estados excepcionales debe establecerse la obligación de incluir en las declaraciones los indicadores y los datos objetivos necesarios para ser valorados en una resolución administrativa (o judicial) sobre el ejercicio del derecho de reunión en un contexto excepcional ocasionado por una crisis sanitaria.