

DESACTIVANDO CONCEPTOS CONSTITUCIONALES: LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

Francisco Javier Díaz Revorio
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Castilla-La Mancha

Cómo citar este artículo / Citation: Díaz Revorio, F. J. (2021). Desactivando conceptos constitucionales. La suspensión de derechos y los estados excepcionales. Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0003>

SUMARIO: I. ACOTAMIENTO DEL TEMA. II. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY ORGÁNICA 4/1981: REFLEXIONES GENERALES. III. ¿QUÉ PUEDE SIGNIFICAR “SUSPENSIÓN” DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?: 1. Idea preliminar. 2. Suspensión y contenido esencial del derecho. 3. Suspensión, principios y reglas. 4. Respuesta a los principales argumentos en contra de la tesis de la suspensión. IV. EXCURSO SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN. V. ¿ES POSIBLE Y SIRVE PARA ALGO LA SUSPENSIÓN DE UN DERECHO?

I. ACOTAMIENTO DEL TEMA

El objeto del presente trabajo es valorar si una prohibición de circular, general en cuanto a los destinatarios y en lo relativo a las situaciones (aunque existan algunas excepciones en este último ámbito) ha de considerarse una

suspensión del derecho a circular libremente por el territorio nacional, reconocido en el artículo 19 de la Constitución española.

Como es conocido, aun con una redacción que se limita a enunciar los excepcionales supuestos en los que cabe circular, en realidad una situación de este tipo ha sido la establecida en el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el primero de los estados de alarma que hemos vivido en el año 2020, y que fue reformado parcialmente por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y luego prorrogado por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, y por otros sucesivos.

Por ello es imprescindible comenzar transcribiendo la redacción del precepto: “Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza”¹.

¹ La redacción transcrita es la que lleva a cabo el Real Decreto 465/2020, que modificó parcialmente la versión inicial, pero en lo que ahora interesa, no se producen cambios significativos, salvo el dato de que la exigencia de que la circulación se lleve a cabo de forma individual se establece ahora para todos los supuestos en los que la circulación es lícita, mientras que en la redacción inicial este requisito solo se establecía para los supuestos análogos establecidos en el apartado h). La redacción inicial era la siguiente: “Durante la

Ciertamente, la respuesta a la cuestión planteada implica una valoración de la constitucionalidad del citado precepto, toda vez que, si las medidas que establece suponen realmente la suspensión de la libertad de circulación, estas no podrían adoptarse mediante la declaración del estado de alarma, dado que es absolutamente inequívoco (artículo 55.1 de la Constitución, *a contrario sensu*) que en el estado de alarma no se puede suspender derecho alguno.

Por este motivo, entre otros, se ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad frente al citado Real Decreto. En el momento de escribir estas líneas, dicho recurso está admitido y pendiente de resolución de fondo por el Tribunal Constitucional². El Defensor del Pueblo, alegando la existencia de este recurso, pero también negando la posible vulneración de derechos de la medida, se negó a interponer el correspondiente recurso de inconstitucionalidad³. En modo alguno será el propósito de este trabajo

vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”.

Por tanto, la redacción tras la reforma es todavía más restrictiva, aunque las reflexiones que siguen son válidas, en mi opinión, para cualquiera de las redacciones. Otras modificaciones posteriores, que introdujeron por ejemplo la posibilidad de que los menores de 14 años acompañen al adulto responsable de su cuidado en esas actividades (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril) no producen tampoco un cambio de relevancia desde la perspectiva que nos interesa.

² La providencia de admisión puede verse en

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_109/P%205342-2020.pdf (fecha de consulta 10 de enero de 2021).

³ El texto complejo de la resolución puede verse en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/09/resolucion_estado_alarma.pdf (fecha de última consulta 10 de enero de 2021). Se trata de una resolución a mi juicio insólita y contradictoria. El Defensor considera que la existencia de un recurso de inconstitucionalidad planteado previamente por el número exigible de diputados hace inconveniente que él plantee el suyo, a pesar de las quejas recibidas (lo cual ya de por sí es un criterio cuestionable, utilizado en algunas ocasiones, aunque no siempre). Pero si admitimos hipotéticamente ese razonamiento, lo que parece totalmente fuera de lugar, e incoherente con el propio argumento previo, es que a pesar de ello entre en el fondo del asunto. Asume así, en mi humilde opinión, una posición que no le corresponde, y menos para posicionarse en contra de las quejas recibidas de los ciudadanos que invocan vulneración de los derechos, tratando de resolver como si fuera el Tribunal Constitucional, aunque con una argumentación a mi juicio bastante endeble, como trataré de demostrar en este trabajo.

pronosticar lo que el Tribunal pueda establecer en su día, pero sí establecer argumentos por los que creo que ese precepto es inconstitucional.

Definido de este modo el objeto central de este trabajo, quedarán fuera del mismo, a pesar de su indudable interés, otras cuestiones relacionadas con el estado de alarma, como, por ejemplo:

- 1) En primer lugar, la valoración de las restricciones a otros derechos fundamentales, que indudablemente fueron particularmente intensas, hasta el punto de que algún autor ha apuntado también a su posible suspensión fáctica⁴. En mi opinión, y aunque en algún caso pueden plantearse dudas sobre la imposibilidad fáctica de ejercicio del derecho (aunque ni siquiera estuviera mencionado en la declaración del estado de alarma, como es el caso de la libertad de reunión y manifestación), estas situaciones no plantean de forma tan clara e intensa el problema de la posible suspensión de derechos por causa de restricciones acordadas por el decreto que declaró el estado de alarma. Por lo demás, en el caso concreto de la libertad de reunión y manifestación, la falta de regulación en el decreto pone de relieve que las posibles restricciones (o incluso la eventual suspensión fáctica) serían en realidad una consecuencia de las medidas adoptadas respecto a la libertad de circulación⁵. Por este motivo, y para centrarme en lo que parece el supuesto más polémico, dejaré de lado el análisis de estas otras restricciones.
- 2) Aun dentro de la libertad de circulación, plantearé únicamente la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y no en otras posteriores, como los

⁴ Véase, por ejemplo, FLORES JUBERÍAS, C., “Cuarenta y siete millones de víctimas”, en *Las Provincias*, 1 de abril de 2020, consultado en <https://www.lasprovincias.es/comunitat/opinion/cuarenta-siete-millones-20200401075239-nt.html>

⁵ Por lo demás, y como es sabido, el propio Tribunal Constitucional, en Auto 40/2020, de 30 de abril, afirmó que la declaración del estado de alarma no afecta a la libertad de reunión y manifestación, cuyo ejercicio podrá ser, sin embargo, prohibido de acuerdo con los criterios generales que derivan de la Constitución, y entre los cuales la situación de grave pandemia puede ser relevante. Y también es cierto que, vigente el estado de alarma, se han celebrado algunas manifestaciones, cuya licitud fue confirmada por otros tribunales. Pero la propia inadmisión del amparo en el auto citado, sin valorar la posibilidad de medidas de seguridad adicionales que no conllevaran la prohibición, pone de relieve que, en la práctica, al menos durante las primeras semanas de vigencia del primer estado de alarma, resultó en la práctica casi imposible imaginar un supuesto de manifestación lícita. En realidad, creo que el Tribunal deja de lado un verdadero examen de necesidad previo a la proporcionalidad de la prohibición, pero ese no es el tema de este trabajo.

“confinamientos perimetrales” o los llamados “toques de queda” o limitaciones generales de circulación en franjas horarias. Estas medidas, como se conoce, fueron inicialmente adoptadas por diversas Comunidades Autónomas en zonas determinadas, e incluso trataron después de imponerse en algunos lugares como consecuencia de acuerdos del Consejo Interterritorial de Sanidad. Pero las dudas sobre su cobertura legal en la legislación ordinaria, al resultar también intensamente restrictivas de la libertad de circulación -y en algún caso, literalmente contradictorias con las previsiones del artículo 139.2 de la Constitución-, terminaron por imponer un segundo estado de alarma en algunos municipios de la Comunidad de Madrid (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), y un tercero para toda España, si bien con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, cuyos presidentes actúan como autoridad delegada, minorasen los afectos previstos en el Decreto (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre). Creo que el debate sobre estas medidas no se centra tanto en su eventual carácter suspensivo de la libertad de circulación, sino más bien en si se trata de restricciones (indudablemente muy importantes) que encuentran cobertura legal en la legislación ordinaria, o que requerían la cobertura del estado de alarma. Los hechos parecen haberse decantado por esta segunda opción, que yo defendí en su momento. En todo caso, esta valoración quedará fuera del análisis que voy a realizar.

- 3) En principio, y en términos estrictos, también quedaría fuera del objeto definido la cuestión de si, en caso de que la medida de prohibición de circular fuese necesaria, esta podría adoptarse con la cobertura del estado de excepción, y, en definitiva, si esta declaración era posible y adecuada en las circunstancias vividas el 14 de marzo de 2020 o en fechas posteriores. Creo sinceramente que mezclar esta cuestión con la de si el “encierro domiciliario”⁶ encontraba cobertura en la declaración

⁶ Aunque la expresión más utilizada para definir la situación establecida por aquel decreto fue la de “confinamiento domiciliario” (aun con las excepciones ya apuntadas), creo que no sería el término más preciso, ya que, al menos hasta la vigente edición del Diccionario de la Real Academia Española, que es la vigesimotercera, este término aludía principalmente a un apartamiento del lugar del domicilio, a una especie de destierro; idea que se corresponde con su sentido propiamente jurídico, que implica una “pena por la que se obliga al condenado a vivir temporalmente, en libertad, en un lugar distinto al de su domicilio” (véase la edición del Diccionario, pp. 601-602). Pero ciertamente, la actualización anual del diccionario en la web parece hacerse eco de este sentido que se ha utilizado de forma muy mayoritaria, ya que se ha incorporado una nueva acepción con el sentido de “Aislamiento temporal y generalmente impuesto de una población, una persona o un grupo por razones de salud o de seguridad. *El*

del estado de alarma, ha implicado crear una mayor confusión y ha impedido a muchos valorar adecuadamente la cuestión principal. Por ello me parece imprescindible separar ambas cuestiones. En este trabajo, de todos modos, y una vez resuelta la cuestión principal, añadiré un breve comentario sobre la posibilidad de haber declarado un estado de excepción.

II. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY ORGÁNICA 4/1981: REFLEXIONES GENERALES

Una vez delimitado el objeto del presente análisis, se comprende que no puede tener cabida en él un examen completo de la regulación constitucional y legal de los estados de alarma, excepción y sitio, que por lo demás han hecho ya algunos autores de forma rigurosa y completa; y aunque sin duda la situación actual invita a una revisión y actualización de ese tipo de estudios, ello no sería posible en el limitado espacio de este trabajo.

Con todo, una vez precisado que nuestro objeto es la valoración constitucional de una medida adoptada en el decreto que declaró el estado de alarma, será preciso al menos apuntar algunas cuestiones fundamentales sobre el parámetro de esa valoración. Además, creo que ello nos ayudará a aclarar cierta confusión entre los elementos constitucionales y legales de los estados excepcionales, evitando al tiempo cierta tendencia a interpretar, al revés de lo que es debido, la Constitución de conformidad con la ley.

Gobierno decretó un confinamiento de un mes” (véase https://dle.rae.es/docs/Novedades_DLE_23.4-Seleccion.pdf, fecha de consulta 11 de enero de 2021). Por otro lado, el término “arresto domiciliario” se ha utilizado también, por ejemplo, ARAGÓN REYES, M., “Hay que tomarse en serio la Constitución”, en *El País*, 10 de abril de 2020, si bien en un sentido más figurado (el propio autor habla de “una especie de arresto domiciliario”). Y aunque no sea del todo impropio, pues arrestar es “retener a alguien y privarlo de su libertad”, su sentido jurídico apunta más bien a privaciones de libertad impuestas como pena o en un contexto penal. Por ello, quizá el término “encierro” podría ser el más preciso, tanto en su sentido de “clausura, recogimiento” como en el sentido de encerrar como “meter a una persona o un animal en un lugar del que no pueda salir”. No obstante, como parece haberse impuesto el término confinamiento, hasta el punto de que la RAE ha incorporado una nueva acepción que parece pensada para este supuesto, podemos emplear ambos términos indistintamente. Todo ello sin olvidar que, sea cual sea el término empleado, lo es en un sentido general, que admite, como ya hemos visto, supuestos excepcionales que permitían “salir” del confinamiento o encierro; algo que, por cierto, también puede suceder en otro tipo de encierros...

Como es sabido, solo dos preceptos constitucionales se refieren a los estados constitucionales. Por un lado, el artículo 116, que se remite a la ley orgánica para la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, y añade una serie de pautas básicas, esencialmente procedimentales, para la declaración de cada uno de ellos, culminando con un apartado que aclara que esta declaración no modificará “el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

Por otro lado, el artículo 55, que en sus dos apartados regula los posibles casos de suspensión de derechos, prevé en el primer apartado lo que se ha denominado “suspensión general” de algunos derechos (incluyendo la libertad de circulación del artículo 19) cuando se declaren los estados de excepción o de sitio. Conviene destacar que este precepto ni siquiera menciona el estado de alarma.

De esta parca regulación constitucional interesa destacar un aspecto que es esencial para nuestro tema: es evidente que, al no estar prevista esta situación en el artículo 55, la declaración del estado de alarma no permite suspender ningún derecho. La suspensión de derechos (concepto al que me voy a referir un poco más adelante) solo cabe en los supuestos expresamente contemplados en la Constitución, que son la citada suspensión general del artículo 55.1, y la llamada “suspensión individual” prevista en el artículo 55.2 y vinculada a investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas.

La anterior es, sin duda, la idea esencial que puede extraerse de la Constitución para resolver la cuestión planteada. Pero cabe mencionar también que de la regulación del artículo 116 se deduce que el constituyente, siendo consciente sin duda de la mucha mayor incidencia de los estados de excepción y sitio sobre los derechos, ha establecido un procedimiento diferente para la declaración de cada estado, dando mayor protagonismo al Congreso en estos últimos, y en especial en el de sitio. Las mayores garantías procedimentales se corresponden, por tanto, con la mayor gravedad de las medidas que pueden adoptarse, desde la perspectiva de su incidencia en los derechos.

Por otro lado, el desarrollo legal de dichos preceptos constitucionales se contiene en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Es imposible realizar en este lugar un análisis global de esta norma, pero me interesa destacar dos ideas importantes para nuestro análisis:

a) Por un lado, es esta ley, y no la Constitución, la que concreta unos supuestos de hecho que harán procedente la declaración de cada uno de los estados. No parece, por lo demás, que estos supuestos sean excluyentes, y en concreto el artículo 28 prevé que la alteración del orden público, supuesto propio del estado de excepción, provoque y conviva con cualquiera de las circunstancias previstas para la declaración del estado de alarma. A esto me referiré más adelante, aunque no forma parte del objeto central de nuestro análisis.

b) Por otro lado, esta ley viene a “interpretar” de algún modo las medidas que implican suspensión de derechos y las que no. Aunque esa interpretación no vincula al Tribunal Constitucional, ni prevalece sobre la que este pueda hacer, creo que debe ser tomada en cuenta, no solo porque no ha sido en ningún momento cuestionada, sino porque, aunque evidentemente el legislador no fue capaz de prever todos los supuestos que luego se han dado, sí da unas pautas que parecen bastante razonables, en cuanto las medidas a adoptar bajo uno u otro estado, y por tanto en lo relativo a qué medidas implican suspensión de derechos y cuáles no. En lo relativo a la libertad de circulación, la interpretación que ha hecho el legislador nos sugiere (aunque siempre ha de interpretarse la ley de conformidad con la Constitución, y no al revés) que las medidas previstas en el artículo 11 no implican suspensión de este derecho, mientras que las establecidas en el artículo 20, aplicables a los estados de excepción o sitio, sí suponen tal suspensión.

Una cuestión importante respecto de esta ley es si la misma actúa como parámetro de los concretos decretos que declaren los estados de alarma y excepción, o de la declaración del estado de sitio por parte del Congreso. Creo que la respuesta solo puede ser afirmativa, pues no podría predicarse propiamente valor jurídico de esta ley si las concretas declaraciones no debieran someterse, en el procedimiento y en el contenido, a sus preceptos. Más complejo sería determinar si el valor de parámetro de esta ley es un parámetro de constitucionalidad en sentido propio, o se trataría más bien de un parámetro de mera legalidad. Yo creo que, si bien la cuestión resulta algo dudosa, hoy debe defenderse la primera opción, por varios motivos:

a) En primer lugar, por la invocación expresa del artículo 116.1 a la ley orgánica para la regulación de los estados excepcionales; y si bien es

verdad que no todas las invocaciones de la Constitución a leyes orgánicas u ordinarias permiten convertir a estas en parámetros de la constitucionalidad, en ciertos casos sí es necesario que actúen de ese modo, o al menos en parte, cuando la vulneración de la “ley interpuesta” de que se trate implique también, aun indirectamente, vulneración de la Constitución;

b) En segundo lugar, si hay que admitir la tesis del Tribunal Supremo en el sentido de que él no es competente para el enjuiciamiento de los decretos del estado de alarma⁷, ello implicará, de facto, un monopolio del Tribunal Constitucional para dicho enjuiciamiento⁸. Si en esta labor el Tribunal Constitucional tuviera que utilizar como parámetro solo los artículos de la Constitución, entonces los preceptos de la Ley Orgánica 4/1981 serían perfectamente inútiles, pues no servirían ni para enjuiciar la constitucionalidad ni para enjuiciar la legalidad del decreto. De hecho, un enjuiciamiento de mera legalidad de los decretos que declaran y regulan el estado de alarma resulta ya inviable, toda vez que nunca le corresponde al Tribunal Constitucional, y el Tribunal Supremo ha declinado hacerlo. Así que solo la consideración de la Ley Orgánica 4/1981 como parte del parámetro o bloque de la constitucionalidad permitiría que esta ley no quede carente de toda garantía jurídica frente a la actuación de los poderes públicos, y en especial del poder ejecutivo.

⁷ Esta tesis se materializa expresamente en Auto de 4 de mayo de 2020 (Sala 3ª, sección 4ª) que se declara incompetente para el enjuiciamiento del real Decreto 463/2020, entendiendo que este enjuiciamiento corresponde en monopolio al Tribunal Constitucional, y que sigue en esto la línea de otros precedentes del propio Tribunal Supremo.

⁸ Ciertamente, la STC 83/2016, de 28 de abril, afirmó el valor de ley del decreto que declara el estado de alarma y, en consecuencia, que su control jurisdiccional se llevará a cabo ante el propio Tribunal Constitucional, por las vías previstas en la LOTC para el control de constitucionalidad. Pero en realidad esta idea no tendría que implicar necesariamente un monopolio del Tribunal Constitucional, ya que, al igual que sucede por ejemplo con los decretos legislativos, determinados vicios, que tienen como parámetro de enjuiciamiento la ley de bases o la delegación legislativa, podrían ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa. Aun siendo conscientes de las diferencias existentes en ambos casos, no dejaría de tener sentido que las posibles vulneraciones de la LO 4/1981 por un decreto que declare un estado de alarma o excepción, y que no tuvieran relevancia constitucional, fuesen controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero ya que parece que tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo coinciden en que no debe ser así, habría que entender que dichas vulneraciones han de ser enjuiciadas por el Tribunal Constitucional en los eventuales procesos de control de constitucionalidad del decreto, o de lo contrario quedarían sin control jurisdiccional alguno.

III. ¿QUÉ PUEDE SIGNIFICAR “SUSPENSIÓN” DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?

1. Idea preliminar

La posibilidad de suspensión de los derechos fundamentales es una situación prevista en muchos ordenamientos constitucionales y en textos internacionales. Sin embargo, creo que no ha habido una elaboración teórica suficiente sobre este concepto y sus consecuencias. Normalmente se parte de la idea de que la suspensión es una pérdida temporal de vigencia (o al menos, de aplicabilidad) de la norma que los recoge. Y así, en algunos textos internacionales se habla expresamente de la posible “derogación de las obligaciones previstas” en un convenio (por ejemplo, en el artículo 15 del Convenio de Roma).

Sin embargo, y aun aceptando esta idea como punto de partida, la misma no da respuesta al problema de las consecuencias concretas que tiene esa suspensión. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo⁹ resumió hace años con precisión, en uno de los mejores trabajos sobre la materia, las dos principales teorías explicativas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales suspendidos: para algunos, la suspensión es la desaparición total del derecho y su apertura a regulaciones infraconstitucionales. En cambio, una segunda visión entiende que la suspensión se refiere fundamentalmente a las garantías de los derechos. Tras desglosar y analizar los distintos supuestos, De la Quadra-Salcedo descarta la primera de las opciones, pero también matiza o complementa la segunda, al entender que, en ocasiones, la suspensión no solo afecta a la garantía, sino también al contenido del derecho, que en cierto modo queda redefinido o alterado. Me parece que el siguiente párrafo es muy descriptivo:

“La conclusión de las dos posturas expuestas es la de que ciertamente la suspensión no supone sin más la desaparición de los derechos y su sustitución por una normativa infraconstitucional. Pero tampoco la suspensión se limita a dejar sin efecto las garantías sin tocar el ámbito material de los derechos. En algunos casos ciertamente sólo se tocan las garantías, pero en otros se hace una nueva redefinición del derecho

⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, especialmente en pp. 452 ss.

fundamental al tener que competir con otro valor, el restablecimiento de la normalidad, ante el cual puede resultar sacrificado”¹⁰.

En mi opinión, y a pesar de que, como veremos, algunos autores apuntan a la completa eliminación del derecho, esta es muchas veces imposible, inviable, y casi siempre desproporcionada e innecesaria para conseguir la finalidad de preservación del sistema constitucional a la que sirve la suspensión. Por ello entiendo que esta tesis, que analizaremos más adelante en detalle, y que tiene desde luego algunas variantes según los autores, conduce ineludiblemente a la “desactivación” de la categoría de la suspensión, ya que prácticamente esta resultará inútil o impracticable, provocando el peligroso efecto de que restricciones tan intensas que pueden llegar a desfigurar o redefinir el derecho, o pérdidas no totales de garantías, no se considerarían suspensión, y por tanto podrían adoptarse en situaciones de normalidad, o en el estado excepcional no suspensivo, que obviamente es el de alarma. Tanto si consideramos al derecho como principio (que, por definición, no permite una aplicación en forma de “todo o nada”) como si lo consideramos una regla o garantía, ya que, como vamos a ver, esta garantía “cede” o retrocede en el caso de suspensión, pero nunca puede llegar a desaparecer. En efecto, una completa desaparición del derecho no solo sería contraria al valor de la dignidad y a cualquier criterio de proporcionalidad, sino que en la práctica muchas veces no sería imaginable, con lo cual la suspensión devendría innecesaria e inútil.

Más adelante ahondaré en estas ideas, pero en este momento quiero al menos plantear una idea preliminar. Si suspender un derecho no es hacerlo desaparecer, ¿qué puede ser? Yo creo que la respuesta adecuada requiere acudir a la idea del contenido esencial, límite infranqueable de los límites, es decir, contralímite que nunca podrá verse afectado en la regulación de un derecho... salvo que este se haya suspendido. Por tanto, el respeto al contenido esencial del derecho, exigido para toda regulación del mismo en el artículo 53.1 de la Constitución, tiene como excepción los supuestos de suspensión de derechos previstos en los dos apartados del artículo 55.

Esta idea preliminar, que más adelante desarrollaré, requiere también una precisión adicional. En los derechos que podemos considerar principios, la suspensión puede entenderse también como una alteración o inversión del

¹⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión”, cit., p 458.

principio en el que el derecho consiste. Ese principio sí deja de ser aplicable temporalmente, lo cual no significa que se pierdan todas y cada una de las facultades o posibilidades de actuación (o ámbitos de protección) que forman parte de ese derecho, sino que el principio queda desplazado o sustituido, o incluso podría producirse el caso de que pase a regir un principio contrario. Así, por ejemplo, la libertad de circulación implica la posibilidad general de desplazarse y deambular de un sitio a otro, aunque esa posibilidad pueda tener excepciones o restricciones; la suspensión del derecho conllevaría que se pierda esa posibilidad general, pero no implica que sea imposible desplazarse en todo caso, sino que la regla o criterio general pasa de ser la posibilidad de actuar a ser la prohibición (o, al menos, desaparece esa posibilidad general). Por ello, en circunstancias normales, si una persona circula, pero una autoridad entiende que no puede hacerlo en ese momento o lugar, la autoridad debe justificar la restricción. En cambio, si el derecho está suspendido, si una persona circula puede que lo haga lícitamente en aplicación de algunas de las excepciones a la prohibición general, pero corresponde a ella justificar que así es... lo cual es exactamente lo que ha sucedido en España desde el 14 de marzo, al menos hasta el inicio del llamado “desconfinamiento”.

Desde luego, no creo que todos los derechos sean principios, ni tampoco que todos sean reglas. Ambos conviven, de manera que derechos que consisten en reglas pueden ser también suspendidos (por ejemplo, la duración máxima de la detención o la garantía judicial del secuestro de las comunicaciones). En tales casos, la suspensión implica la inaplicación de esta regla, pero nunca supone la pérdida total de la garantía, porque la misma se sustituye por otra (un mayor plazo máximo para la detención, o un control judicial posterior del secuestro). Se trataría, por tanto, de la sustitución de una regla garantista por otra, que también es una garantía, pero más tenue desde el punto de vista de la protección del derecho. La ausencia total de garantías, de nuevo, sería probablemente incompatible con la dignidad de la persona y el necesario principio de proporcionalidad que debe regir en la aplicación e interpretación de los derechos, y en cualquier restricción a ellos, incluso cuando la misma alcance el grado de suspensión.

Es verdad que los criterios apuntados no siempre van a proporcionar una distinción nítida e inequívoca entre restricciones y suspensión de los derechos. Pero esta dificultad, que ha sido destacada con frecuencia en los últimos meses, no puede utilizarse como argumento para hacer finalmente inviable la

propia distinción, pues ello implicaría vaciar de contenido un concepto constitucional, y en definitiva permitir en situación de “normalidad” cualquier restricción del derecho, aunque esta alcance al contenido esencial o lo haga irreconocible. Insistir en la idea de la dificultad para delimitar el concepto de suspensión con el propósito de finalmente hacer imposible esa distinción implica convertir en insignificante un concepto constitucional, como es el de suspensión. Este concepto, en definitiva, no deja de ser una garantía de los derechos y del sistema constitucional en su conjunto, pues esa suspensión solo puede aplicarse en casos externos y con importantes garantías procedimentales, de manera que esa “desactivación” conduciría a la posibilidad de “desfigurar” los derechos sin llegar a esas situaciones excepcionales y eludiendo las citadas garantías y controles procedimentales, acaso utilizando como único parámetro el principio de proporcionalidad (y un principio de reserva legal tan desdibujado que el propio Gobierno, mediante decreto, podría proceder *de facto* a una suspensión de los derechos, sin mayor control que la información al Congreso durante los primeros quince días). Sostener, por otro lado, que la distinción es posible, pero siendo tan difícil solo puede considerarse suspensión la pérdida total de todas y cada una de las facultades o ámbitos protegidos del derecho, equivale en la práctica a lo mismo, pues esta pérdida total, en el caso de la mayoría de los derechos, es sencillamente imposible en la práctica, ya que, como he apuntado, no cabe imaginar un principio absoluto, ni tampoco uno que desaparezca por completo.

Con todo, soy consciente de que la idea que acabo de esbozar requiere precisiones adicionales, y que choca con algunos otros enfoques sobre el concepto de suspensión, que algunos autores han aportado, sobre todo en estos últimos meses (ya que la doctrina anterior, en general, o no partía de esas premisas, sino más bien de las que aquí ahora se defienden, o no planteaba a fondo la cuestión, o no extraía sus posibles consecuencias). Por ello, considero necesario detenerme un poco más en los presupuestos que acabo de enunciar, y con posterioridad dedicar algunas páginas a analizar algunos de esos enfoques alternativos y, en su caso, a dar los argumentos por los cuales no me parecen acertados.

2. Suspensión y contenido esencial del derecho

La cuestión del contenido esencial es realmente compleja. Fue pronto objeto de tratamiento jurisprudencial, y en nuestra doctrina fue abordada con gran rigor y profundidad por Gavara de Cara¹¹. He hecho líneas arriba diversas referencias a este aspecto, y resultaría imposible profundizar en él en un trabajo con estas características. Me limito, por tanto, a destacar su trascendencia para el problema que venimos analizando. El artículo 53.1 destaca que toda ley que regule el ejercicio de los derechos fundamentales debe respetar ese contenido esencial, que se convierte así, como ha sido unánimemente apuntado, en el límite a los límites. Y, como acabo de decir, creo que, además, este límite es la verdadera diferencia entre la restricción y la suspensión de los derechos. Por mucho que se quiera cuestionar esa diferencia, tiene que existir si se quiere respetar el sentido de estas categorías. Por tanto, como ha destacado por ejemplo Cotino Hueso¹², solo mediante la suspensión de un derecho se podría afectar a su contenido esencial. Y, de hecho, la suspensión del derecho puede definirse por esa posible afectación o, como ya se ha apuntado, por una alteración de su contenido o desplazamiento de sus garantías. Por ello, me sitúo en la línea de algunos autores que expresamente han señalado que las medidas en examen, al implicar suspensión del derecho, no pueden adoptarse en caso de declaración de estado de alarma¹³. Me parece que esta idea es mucho más acertada que la de quienes sostienen la posibilidad de que el

¹¹ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

¹² COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, p 92, afirma expresamente: “A la vista de las decisiones de alarma respecto de la libertad de circulación, a mi juicio, materialmente y en conjunto considero que alcanzan una intensidad que sí puede considerarse que desdibujan el contenido esencial de este derecho, por lo que estarían reservadas en principio a la suspensión del mismo”, añadiendo después: “creo que la restricción alcanza el nivel de ser suspensiva, lo que formalmente no cabe bajo estado de alarma”. En la misma línea, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Estado de alarma o de excepción”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020), pp. 7 ss.; o TERUEL LOZANO, G., “Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable”, en *Hay Derecho*, 11 de abril de 2020, en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/11/derecho-excepcion-control-gobierno-garantia-inderogable/>, fecha de consulta 18 de enero de 2021.

¹³ Por ejemplo, COTINO HUESO, L., “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus”, en *Diario La Ley*, 30 de marzo de 2020, en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/04/06/confinamientos-libertad-de-circulacion-y-personal-prohibicion-de-reuniones-y-actividades-y-otras-restricciones-de-derechos-por-la-pandemia-del-coronavirus> (fecha de última consulta 18 de enero de 2021)

contenido esencial de un derecho pudiera verse afectado en situaciones diferentes a la de la suspensión¹⁴.

Es verdad que existen diversos conceptos de contenido esencial, pero creo que hay que descartar cualquier interpretación que haga inútil este concepto, indescifrable, o lo confunda con los criterios comunes para cualquier restricción. Y ello porque el constituyente lo ha incorporado en el artículo 53.1 como exigencia para toda regulación legal. Se trata, por ello, de una garantía general de los derechos que actúa frente a la regulación legal de estos (y es inequívocamente aplicable a un decreto que declara el estado de alarma, en cuanto este tiene valor de ley y procede a una regulación general de los derechos que en ningún caso podría tener carácter suspensivo). Por lo tanto, cabe entender que el contenido esencial es un núcleo mínimo que la regulación de los derechos no puede nunca desconocer.

Por lo anterior, el contenido esencial no puede confundirse con el mero principio de proporcionalidad, ya que no añadiría nada a este y perdería su sentido de garantía general de los derechos. Ni tampoco evita, evidentemente, que, en cada caso concreto en el que se proceda a ponderar derechos, uno de ellos no tenga que ceder, y en ese caso concreto, si se quiere expresar así, cede o “desaparece” en el caso concreto. El contenido esencial es una garantía frente a la regulación general del derecho, y no es aplicable a la hora de resolver conflictos individuales en los cuales, en cada caso, definitivamente habrá un derecho que cede y otro que “triumfa”, pero solo en el caso concreto.

De este modo, y siendo claro que la suspensión de derechos solo cabe en los estados de excepción y sitio, tanto las medidas previstas en la legislación que regule el estado de alarma (en lo relativo a este estado) como las contenidas en el decreto que lo declare (que, como ya he dicho, además de contener una regulación general, ya ha sido equiparado con las normas con rango de ley a efectos de su impugnación y control de constitucionalidad) no pueden afectar al contenido esencial de los derechos que regulan. Yo creo que, en efecto, la regulación de la LO 4/1981 respeta el contenido esencial de los derechos que son restringidos en la declaración del estado de alarma y, por tanto, esta ley es plenamente conforme con la Constitución en este punto, ya que prevé fórmulas

¹⁴ Así, por ejemplo, GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 46, 2020, p 296, señala expresamente: “La afcción de su contenido esencial no supone, sin embargo, que la libertad de circulación y otros derechos conexos hayan quedado suspendidos”.

restrictivas que no alteran la esencia de los derechos. Pero no es el caso del decreto que venimos examinando que, como creo que ya he explicado, sí afecta al contenido esencial de la libertad de circulación, ya que pasa a un principio general de prohibición de esta, que es, me parece a mí, incompatible con la preservación de este contenido esencial.

Por lo demás, más allá de otros debates doctrinales, nuestro Tribunal Constitucional estableció muy tempranamente cuáles son las vías para la determinación del contenido esencial de los derechos. De acuerdo con cualquiera de los criterios apuntados por el supremo intérprete de la Constitución¹⁵, parece difícilmente compatible su respeto con una prohibición general de circulación. En efecto, la prohibición general de circular, salvo en unos pocos supuestos tasados, desfigura la libertad de circulación, de manera que el tipo abstracto del derecho a la libertad de circulación deja de ser reconocible en una regulación prohibitiva de este tipo. Y, por otro lado, los

¹⁵ Aunque se trate de párrafos conocidos y citados, procedemos a reproducir las líneas clave del fundamento jurídico 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril, f.j. 8: “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

La misma línea ha sido seguida por la jurisprudencia constitucional posterior, por ejemplo SSTC 37/1987, de 26 de marzo, f. j. 2; 161/1987, de 27 de octubre, f. j. 5; 196/1987, de 11 de diciembre, f. j. 5; 204/2004, de 18 de noviembre, f. j. 5; 139/2017, de 29 de noviembre, f. j. 6; o 159/2019, de 12 de diciembre, f. j. 5.

intereses jurídicamente protegidos por la libertad de circulación consisten en la posibilidad de “ir y venir” o desplazarse libremente. Pues bien, la regulación del Real Decreto en examen desprotege esos intereses, al pasar de un principio general de libertad (aunque pudiera incluso estar intensamente restringido) a un principio general de prohibición (aunque tenga algunas excepciones). Realmente, me resulta imposible imaginar una definición de “contenido esencial de la libertad de circulación” compatible con las medidas adoptadas en el decreto en examen.

3. Suspensión, principios y reglas

No es posible en este trabajo entrar en el amplio debate doctrinal sobre la consideración de los derechos como principios o como reglas. Baste decir que, en mi opinión, no es posible responder globalmente a la cuestión de si los derechos son principios o reglas, dado que ello dependerá de la formulación constitucional. Y aunque la distinción no siempre sea fácil ni tajante, me parece que es posible y necesaria. En realidad, en la mayor parte de las declaraciones de derechos hay principios y reglas, y estas son, en no pocas ocasiones, garantías específicas aplicables a algunos de los derechos que se enuncian. Por ejemplo, la libertad personal del artículo 17 puede considerarse un principio, pero la duración máxima de la detención gubernativa es una regla de garantía (aunque en su enunciado pueda incluir alguna proclamación genérica que requiera interpretación). El derecho a la vida puede ser un principio, pero la abolición de la pena de muerte podría considerarse una regla de garantía específica de este derecho.

Lo que interesa destacar es que, tanto en los principios como en las reglas, la suspensión de un derecho implica no una pérdida o desaparición, sino una alteración, o en su caso un desplazamiento de la garantía. Si el derecho es una garantía, la suspensión supone una disminución de esa garantía. Por ejemplo -y esta es, claramente la interpretación que ha seguido la Ley Orgánica 4/1981)- si se suspende la duración máxima de la detención gubernativa, esta no puede ser indefinida o ilimitada, sino que se ha de establecer un plazo mayor. O, por otro lado, si se suspende la intervención judicial previa en caso de suspensión del secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad domiciliaria, esta se sustituye por la garantía de una intervención o control judicial posterior.

En cambio, cuando se suspende un derecho consistente en un principio, dicha suspensión implica una nueva configuración, una especie de redefinición de sus perfiles, en el sentido antes apuntado. El principio en el que consiste el derecho es, si se quiere, alterado, disminuido considerablemente en su dimensión o perfil, o incluso sustituido por el principio contrario, por una especie de regla general de imposibilidad de ejercicio, pero ello, como veremos, no ha de implicar su desaparición total.

La libertad de circulación, de acuerdo con estos parámetros, es un principio, y por tanto su suspensión puede implicar una redefinición, o incluso una sustitución del principio general “es posible circular” por el principio general “no se puede circular libremente”, pero siempre quedaran algunas posibilidades abiertas de circulación. Así, si en situación de “normalidad” hay un criterio general de posibilidad de circulación, aunque pueda estar restringido en ciertos casos por medidas que persigan fines constitucionales y sean idóneas para ello y proporcionales, en situación de suspensión ello no se puede afirmar, de manera que las posibilidades de circular se reducen de forma tan notoria, que sería posible incluso establecer un criterio general de prohibición, que por supuesto tendría siempre excepciones, pero en cuyo contexto es quien circula quien debe tener una justificación o habilitación para hacerlo. Y ese principio general prohibitivo, por definición, implicará la prohibición de circular en casos en los que, si se partiera del principio general de libertad, nunca cabría la prohibición, pues esta no superaría un juicio de razonabilidad o proporcionalidad. Así, por ejemplo, con la regulación del decreto en examen en la mano, no era lícito para una persona que viviera aislada en mitad del campo, salir a dar un paseo fuera de su casa por mero ocio o placer, ni con cualquier otro propósito diferente a los supuestos expresamente enunciados en el comentado artículo 7.1.

Desde luego, los principios no son absolutos, y por eso nunca van a poder aplicarse por completo o en una plenitud tal que no quepan restricciones o excepciones a los mismos; pero por la misma razón, no será imaginable tampoco, al menos con carácter general, su desaparición total que haga absolutamente imposible su ejercicio en cualquier caso o situación. Lo diré una vez más: si en eso consiste la suspensión de un derecho que es un principio, esa suspensión es perfectamente inútil e impracticable en la mayoría de los casos.

Creo que los argumentos anteriores conducen a justificar que, con independencia de otras consideraciones, el Decreto que declara el estado de alarma ha procedido a la suspensión de la libertad de circulación. Pero querría añadir todavía una reflexión general, desde la perspectiva de los principios y la ponderación. Comparto una visión general de los derechos como principios (o al menos, de algunos derechos), pero no dejo de considerar los peligros que algunos sugieren que podrían derivar del mantenimiento estricto de esta visión. Si, en una situación en la que seguimos proclamando el derecho, hubiera que admitir una regulación que prácticamente lo hace desaparecer o lo reduce a dimensiones insignificantes, la configuración de los derechos como principios se habría convertido en un criterio que permitiría su restricción ilimitada; su minimización, en lugar de su maximización. Esa consideración hace perder a los derechos toda finalidad garantista, con la que indudablemente nacieron. Y eso resultaría enormemente peligroso. Aunque creo que esos peligros se pueden afrontar con una utilización correcta y estricta de los parámetros de esta teoría, desde luego no los evitaría una consideración inadecuada, o una defensa total de una ponderación en la que, incluso a efectos de una regulación general de un derecho, este se pudiera restringir sin límite. Como señala Aleinikoff¹⁶, al final aquello que nació con el objetivo de optimización, en el sentido de que permitía la máxima extensión posible de los derechos, es decir, posibilitaba maximizar derechos y minimizar límites y restricciones, se puede convertir en la práctica en un mecanismo para relativizar hasta tal punto los propios derechos, que finalmente nunca se pueda precisar si tienen un mínimo. En tal caso, lo que carecería de límites son las restricciones, y la proclamación de un derecho podría terminar por perder cualquier significado. Por todo ello, creo que, al menos en el caso de una regulación general de los derechos, como es la que contiene un decreto que declara un estado de alarma, la pregunta sobre si estos han de tener un límite mínimo, que se hace García Figueroa¹⁷, debería tener una respuesta afirmativa, en contra de lo que él sostiene. Ese límite debería ser, como ya hemos visto (y entre otros como la interdicción de la arbitrariedad, e incluso el núcleo intangible de la dignidad) el contenido esencial. O incluso, en los términos del razonamiento de principios,

¹⁶ ALEINIKOFF, T. A., *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra, Lima, 2010, en especial pp. 130-131.

¹⁷ Véase GARCÍA FIGUEROA, A., "Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación", en *Almacén de Derecho*, 8 de abril de 2020, <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/> (fecha de última consulta 14 de enero de 2020).

el límite estaría en no cerrar la posibilidad de ponderación en los casos individuales (como en el ejemplo antes apuntado del paseo en solitario por el campo), con independencia de que, fruto de esta, obviamente un derecho cederá en el caso concreto.

4. Respuesta a los principales argumentos en contra de la tesis de la suspensión

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin olvidar el asunto central por el que estamos analizando la cuestión de la suspensión, a continuación seguiré la siguiente metodología: voy a tratar de exponer, de la manera más precisa posible, las críticas que los principales autores han realizado a lo que podemos denominar “la tesis de la suspensión” (que sería la tesis aquí expuesta en el sentido de que una prohibición general de circular implica, materialmente, la suspensión del derecho, aunque existan excepciones). Recogeré esas críticas del modo más objetivo posible, para tratar de responderlas con argumentos, dentro siempre del mayor respeto a todas las posturas, y desde luego a los prestigiosos autores que las han plasmado.

4.1. En primer lugar, están quienes defienden que la regulación del artículo 7 del Decreto no implica suspensión del derecho, en la medida en que el Decreto permite algunas posibilidades de ejercicio de la libertad de circulación, enunciadas como excepciones a la prohibición general. El Decreto no estaría procediendo a hacer desaparecer el derecho, en la medida en que es posible en ciertas situaciones su ejercicio. Creo que está en esta línea el profesor Bastida, para quien “suspender un derecho fundamental es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el decreto declarativo del estado de excepción (o de sitio)”¹⁸. En la misma línea, encontramos opiniones que hablan de una “desconstitucionalización” o “desfundamentación” del derecho, que implicaría, en la línea que apuntamos al principio, su apertura total a la regulación infraconstitucional. Y

¹⁸ BASTIDA FREIJEDO, F. J., “La cuarentena de los derechos”, en *La Nueva España*, 5 de abril de 2020, en web en <https://www.lne.es/noticias-suscriptor/opinion/2020/04/05/cuarentena-derechos/2621251.html> (fecha de última consulta 10 de enero de 2021).

aunque esto no necesariamente tendría que implicar su desaparición, esta resultaría perfectamente posible según algunos autores¹⁹. En otros casos, se considera simplemente que, en tanto permanezca la posibilidad de ejercicio de alguna de las facultades del derecho en alguna situación, no se produce la suspensión, lo que supone que esta solo existe en caso de desaparición total²⁰.

En primer lugar, hay que señalar que la posibilidad de que el derecho “resurja” al menos parcialmente debido a la regulación infraconstitucional (en estos casos, la del decreto del estado de alarma) no altera la idea de que según esta tesis la suspensión es total desaparición. Y ello porque, como es evidente, el sentido principal de un derecho constitucional es servir como garantía frente a la actuación de los restantes poderes públicos. Por ello, la posibilidad de que esa regulación infraconstitucional mantuviera como posible alguna facultad o garantía del derecho en ciertas circunstancias, para nada altera la idea de que, de acuerdo con esta teoría, suspensión es igual a desaparición total o destrucción del derecho. Por ello, aunque ciertamente Bastida contempla la posibilidad de que el decreto establezca otros términos y garantías, no existiría ninguna exigencia al respecto, porque, como claramente expresa, el derecho desaparecería con la suspensión.

En este sentido, y como ya he apuntado, creo que, si esta teoría estuviera en lo cierto, prácticamente no podríamos encontrar casos de verdadera suspensión de los derechos. En algunos supuestos, es simplemente imposible eliminar la totalidad de las manifestaciones del derecho o impedir de forma absoluta su ejercicio. Lo importante, según esta tesis, sería que, si no se produce esa desaparición total del derecho, no podríamos afirmar que este ha sido suspendido.

¹⁹ Por ejemplo, BASTIDA FREIJEDO, F. J., *et alii*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p 223, afirman que el artículo 55 de la Constitución “desfundamentaliza” y “desconstitucionaliza” los derechos, “admitiendo que el poder público pueda regularlos como desee, hasta el extremo de eliminarlos lícitamente por completo...”. Este pasaje forma parte del capítulo 10, que según indicación que consta en la propia obra, debe su redacción inicial a Paloma Requejo Rodríguez. Sin embargo, como vamos a ver inmediatamente, en otra obra monográfica esta autora descarta que pueda producirse esa eliminación total del contenido del derecho.

²⁰ Aplicando esta concepción al caso que estamos examinando, este parece ser el presupuesto de CARRILLO, M., “Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia”, en *Revista del Parlamento Vasco*, núm. 1, 2020, pp. 60 ss. En p 77 afirma, sobre el tema que nos ocupa: “La limitación o restricción de la libertad de circulación prescrita en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no constituyó una suspensión del derecho fundamental que impidiera en todo caso su ejercicio”, lo que parece debe entenderse en el sentido de que no hay suspensión del derecho si no se impide en todo caso el ejercicio.

No puedo compartir esta tesis. Creo más bien, con Vera Santos, que para hablar de suspensión no es necesario “que el derecho fundamental restringido desaparezca por completo, sino que su ejercicio real sea imposible o quede tan desdibujado que no pueda protegerse”²¹.

En realidad, alguno de los estudios teóricos sobre la suspensión de derechos más profundos realizados con anterioridad a esta declaración del estado de alarma apunta claramente en la línea que sugiero. En efecto, Paloma Requejo apuntaba literalmente:

“La suspensión de los derechos no puede ser entendida como una desaparición absoluta de los mismos, aunque sea temporalmente limitada, puesto que vigente el supuesto desencadenante de la crisis los derechos en su configuración habitual continúan presentes en las relaciones entre particulares, al igual que frente al poder público en circunstancias que nada tengan que ver con la situación excepcional y con la vuelta a la normalidad. Pero incluso en los casos en que por su incidencia sobre la crisis resulta plenamente admisible la suspensión de los derechos, éstos siguen operativos con un régimen distinto al ordinario que afecta a su contenido, es decir, a las facultades jurídicas que se confieren a su titular para garantizar el objeto mismo del derecho. Mientras dura la excepcionalidad se permite una intervención de los poderes públicos de mayor calado, por lo que las garantías que de ordinario disfruta el derecho sufren una «rebaja» considerable, si bien su titular puede seguir exigiendo, como en cualquier otra circunstancia, que la injerencia se produzca en los términos que normativamente se establezca. El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales debe asegurar, si no quiere ponerse en entredicho, que, incluso allí donde quepa su suspensión, el sacrificio al que se les somete nunca pueda llegar a su total supresión”²².

²¹ VERA SANTOS, J. M., “Estado de alarma: tarde y mal”, en *El Independiente*, 19-3-2020, citado por <https://constitucionparatodos.com/articulos/el-independiente-estado-de-alarma-tarde-y-mal/>, fecha de última consulta 10 de enero de 2021.

²² REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, p. 111 (la cursiva es mía). Como ya se apuntó, también rechaza expresa y reiteradamente que la suspensión implique la desaparición del derecho DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La naturaleza de los derechos fundamentales...”, cit. En p 459 resume su posición al respecto: “Si, pues, la suspensión no hace desaparecer de forma total y absoluta los derechos suspendibles (por la funcionalización de la suspensión a lo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad) ni tampoco se limita a dejar sin efecto las garantías de los derechos sino que en

Por ello creo que un caso como el que analizamos, de prohibición global en cuanto a situaciones, lugares y personas, del ejercicio de la libertad de circulación, aun cuando tenga alguna excepción, puede considerarse como un caso de suspensión, aunque no implique una desaparición total de las facultades que este incluye. Tal desaparición sería en realidad difícil de imaginar, pues según cierta línea argumental solo habría suspensión si se decretase un encierro absoluto que impidiera a todas las personas circular en todo caso y bajo cualquier circunstancia, lo cual parece a todas luces inviable incluso en la hipótesis más extremadamente excepcional que se quiera imaginar (hasta en las situaciones bélicas los llamados “toques de queda” suelen implicar esa prohibición en una determinada franja horaria...).

Y es que, en mi humilde opinión, ni mucho menos cabe afirmar que la suspensión deba conllevar siempre la supresión o desaparición del derecho. Por lo demás, el decreto que regule el estado excepcional del que se trate ha de ser respetuoso no solo con la Constitución, sino con la propia regulación general contenida actualmente en la LO 4/1981. En ella queda claro que los supuestos de suspensión de derechos fundamentales previstos para el estado de excepción en los arts. 16 a 23 no suponen una privación o pérdida total del derecho, que en muchos casos sería además imposible. Comenzando por la propia libertad de circulación, se establecen prohibiciones (no ya limitaciones como en el artículo 4) pero no desaparece. Hasta tal punto es así, que incluso se ha destacado que las medidas acordadas por el Decreto 463/2020 podrían ir más allá de las limitaciones previstas en ese artículo de la LO 4/1981²³, aunque

algunos casos toca y altera su contenido sustantivo, hay que concluir que junto a los derechos y libertades en la normalidad, hay unos derechos y libertades en la anormalidad, dotados estos últimos de carácter fundamental, como luego veremos, pero alterados en su contenido y en sus garantías”.

No deja de resultar llamativo que, a pesar de sus diferencias, los dos trabajos acaso más sólidos publicados en nuestra doctrina sobre el concepto de suspensión antes de los estados de alarma de 2020 coincidan en que suspensión no puede significar desaparición total o supresión del derecho.

²³ En esta línea, y por ejemplo, P. CRUZ VILLALÓN, “La Constitución bajo el estado de alarma”, en *El País*, 17 de abril de 2020, consultado en https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html?event_log=fa&o=cerrado, afirma: “la dura realidad es que la presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio. La extensión de estas medidas a todo el territorio nacional, su extensión a toda la población, sin olvidar ahora su prolongación en el tiempo, hacen difícil su descripción con arreglo a las categorías constitucionales disponibles”.

Aun compartiendo estas reflexiones, lo extraño es que las mismas conduzcan algo más adelante a afirmar que “no hay que excluir que, en último término, la necesidad pura y simple puede llegar a imponerse, y también para las circunstancias de estado de necesidad el Estado

yo creo más bien que al menos cabe una interpretación razonable según la cual puedan entrar en ese marco (que inequívocamente supone ya suspensión del derecho), lo cual de ninguna de las maneras podría predicarse si se comparan con las previsiones del artículo 11 LO 4/1981, que pretenden ser solo restricciones más intensas del derecho²⁴. Lo mismo cabe decir del secreto de las comunicaciones o de las garantías de la libertad: hay, si se quiere, un retroceso, pero no una desaparición. El artículo 21 LO 4/1981, relativo a la suspensión de la libertad de expresión, es especialmente significativo en relación con lo que vengo defendiendo: no es solo que no se suprima la libertad de expresión (por ejemplo, se sigue prohibiendo la censura previa), sino que difícilmente cabe imaginar que la suspensión o el secuestro de todo tipo de publicaciones previstas en este precepto pudiese llegar a impedir cualquier tipo de forma o manifestación de la expresión u opinión libre.

En suma, si la suspensión equivaliera a la desaparición o supresión del derecho, no es solo que no habría suspensión de la libertad de circulación en el artículo 7 del Decreto, sino en realidad en casi ninguna de las medidas previstas en la LO 4/1981 para el estado de excepción. La suspensión sería prácticamente un imposible, la previsión constitucional del artículo 55.1

democrático de derecho cuenta con instrumentos propios". Esta línea argumental, consistente en afirmar que la radical novedad de la situación hace que fuera imprevisible, y que por tanto las medidas adoptadas no encajaran muy bien en las previsiones legales, corre el grave riesgo de conducir finalmente a la conclusión de que no son las medidas adoptadas por el Gobierno las que tienen que adecuarse a la Constitución y a la ley, sino la Constitución y la ley las que deben "adaptarse" o "reinterpretarse" para, sea como sea, dar cobertura a las medidas ya adoptadas.

²⁴ Así, por ejemplo, TERUEL LOZANO, G., en "Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable", cit., señala: "La prohibición de circulación con posibilidad de que se fije el "itinerario a seguir" recogida en el art. 20 LOEAS para el estado de excepción se parece bastante a las causas que justifican poder salir del confinamiento según el real decreto".

En mi opinión, es verdad que las medidas acordadas en el Decreto 463/2020 son tan intensas que se pueden plantear incluso dudas de que estén dentro de las previstas en el art. 20 LO 4/1981, pero esas dudas pueden solventarse y cabe esa interpretación, como plantea Germán Teruel. Lo que no deja de parecerme, en cambio, una increíble pirueta argumentativa, es que otros hayan utilizado el argumento de que es incluso dudoso que esas medidas quepan en las previsiones legales del estado de excepción, para concluir, finalmente, que por ese motivo, teniendo en cuenta la antigüedad de la ley y su imposibilidad de prever la situación actual... es lícita la adopción de esas medidas bajo la cobertura del estado de alarma. Eso, en mi modesta opinión, es lisa y llanamente decir que cabe ignorar la ley en el punto de las previsiones sobre las medidas legítimas que cabe adoptar. Y es curioso que a veces este tipo de argumentación viene acompañada de una utilización cerrada, estrecha e intangible de la ley en lo que atañe al supuesto habilitante para la declaración del estado de excepción, como veremos más adelante. Parece que los preceptos de la LO 4/1981 que establecen las medidas que cabe adoptar en cada estado han quedado superados por las circunstancias o no pueden aplicarse estrictamente, pero en cambio los relativos al supuesto habilitante son de estricta aplicación (en una interpretación, además, muy cuestionable como veremos).

carecería de sentido, y en definitiva no habría límite a la hora de restringir los derechos en una situación de “normalidad”. Resulta difícil imaginar una suspensión absolutamente global: siempre habría ejemplos y formas no suprimidos.

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional parece apuntar claramente a la idea de que la suspensión de derechos o la invocación de legislación excepcional no permiten la desaparición de las garantías en las que el derecho consiste²⁵.

Por último, la supresión total implicaría, al menos en la mayoría de los derechos, una lesión del núcleo intangible de la dignidad, imposible incluso en el caso de la suspensión de un derecho. Así que no es ni mucho menos necesario llegar a la desaparición de todas y cada una de las manifestaciones o facultades en las que consiste un derecho (y a veces eso sería de imposible realización) para que podamos hablar de suspensión. En el mismo ejemplo de la libertad de circulación, es incluso difícil imaginar una hipótesis de prohibición total y absoluta de todas sus manifestaciones (y, por cierto, si así se diera, creo que finalmente se vería privada también la libertad personal del artículo 17.1). Insisto en que, en mi humilde opinión y por los motivos apuntados, esta tesis desdibuja tanto la categoría de la suspensión de derechos que la hace prácticamente inútil, innecesaria, o vacía de contenido, con el consiguiente riesgo de que, en situación de normalidad, el derecho pueda verse afectado con tal intensidad que apenas queden algunas manifestaciones residuales del

²⁵ A título de muestra, y aunque se trate más bien de jurisprudencia aplicable a la suspensión individual de garantías vinculada al terrorismo, cabe citar la importantísima sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda contra el Reino Unido*, que afirma por ejemplo que la invocación de la legislación antiterrorista no exime al Estado de la obligación de informar de la acusación, ni permite una prolongación indefinida de la detención. El Tribunal también ha insistido en que los problemas especiales que plantea el terrorismo no pueden legitimar que en estos casos las autoridades lleven a cabo detenciones carentes de cualquier control judicial efectivo (por ejemplo, sentencia de 27 de septiembre de 2001, caso *Günay y otros contra Turquía*).

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, a la hora de valorar la legislación antiterrorista que permite la suspensión individual de derechos prevista en el artículo 55.2, que esta no puede implicar una desaparición de las garantías constitucionales que se suspenden, ya que permanecen otros parámetros de exigencia incluso en estos casos de suspensión. Así, por ejemplo, ha considerado “excesivo” que el plazo máximo de la detención provisional en estos casos se prolongase siete días más, hasta un total de 10, incluso en estos supuestos que inequívocamente son de suspensión de derechos (véase sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, f.j. 8). Por cierto, y aunque este comentario exceda del objeto de este trabajo, cabe plantearse si este mismo carácter excesivo sería predicable también en el caso de suspensión general en los estados de excepción y sitio, ya que el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981 prevé ese mismo plazo, sin que fuese impugnado en su día al Tribunal Constitucional por la vía directa, ni pueda serlo por la incidental mientras no exista un acto de aplicación...

mismo, sin necesitar para ello el cumplimiento de los procedimientos y garantías necesarios para la suspensión. No hay que olvidar que la institución de la suspensión de los derechos es una de las garantías de la Constitución y de los propios derechos. Y lo es precisamente porque impide que la prohibición general de ejercicio del derecho, o el retroceso en concretas garantías, en que dicha suspensión consiste, no se puede llevar a cabo sino en los supuestos, y con los procedimientos y controles, que la propia Constitución establece. Sinceramente, me parece que, si las medidas adoptadas en el primer período del primer estado de alarma de 2020 no constituyeron un caso de suspensión de la libertad de circulación, parece difícil imaginar un supuesto, real y factible, de dicha suspensión.

4.2. Según una segunda postura, no habría suspensión de derechos en el precepto analizado por la existencia de una cláusula analógica en los supuestos exceptuados de prohibición, en el decreto que declara el estado de alarma. En este caso, no se trataría de que la suspensión tenga que implicar la desaparición total del derecho, sino de que la existencia entre las excepciones de una cláusula final más o menos abierta impide que se pueda considerar que el decreto pasa a un principio general de prohibición. Con todo, en cierto sentido podría entenderse que estas posturas suponen una cierta matización de las anteriores. Estos autores defenderían que la suspensión no llega a producirse, no tanto porque el Decreto exceptúe de la prohibición general algunos supuestos, sino más bien porque uno de esos supuestos es una cláusula analógica, que sería suficientemente abierta, hasta el punto de romper la idea de que hay un criterio o principio general (o regla, para algunos) de prohibición.

Ciertamente, y como ya se expuso, el artículo 7.1 del citado Decreto establece:

“Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:”

Y, tras una enumeración de siete concretos supuestos en los que sería legítima la circulación, se añade un apartado h) que indica: “Cualquier otra actividad de análoga naturaleza”.

Según esta tesis, esta cláusula impediría hablar de una suspensión, que sí se produciría en el caso de una prohibición general, que solo tuviera excepciones muy tasadas. Aun reconociendo que esta cláusula puede introducir un factor de duda, yo creo, sin embargo, que esto no cambia sustancialmente el razonamiento expresado en el apartado anterior. Más allá de la dificultad para encontrar este tipo de supuestos análogos teniendo en cuenta que los supuestos exceptuados de la prohibición son concretos y taxativos, y que la fuerza mayor ya está anteriormente mencionada, lo que me interesa destacar es que, en todo caso, seguimos hablando de excepciones, es decir, de casos concretos en los que se exceptúa la regla general de prohibición de la circulación. Y siendo estrictas las demás excepciones, también lo han de ser los supuestos análogos.

4.3. En la línea de esa postura, pero dando un paso más, García Figueroa, en su muy sugerente trabajo²⁶, interpreta las medidas en examen desde la perspectiva de la distinción entre principios y reglas. Entiende que, si la prohibición de circular es una regla no susceptible de ponderación, estaríamos ante una suspensión de este derecho, precisamente por la imposibilidad de ponderarlo. Pero finalmente llega a la conclusión de que no es así, y lo hace basándose en la referida cláusula analógica, que en su opinión impide que se considere que la prohibición es una regla, y de algún modo nos devuelve “al mundo de los principios”. Si lo he entendido bien, lo verdaderamente decisivo es que García Figueroa entiende la analogía como una aplicación de un principio. Pero yo creo que este mecanismo se aproxima más al modo de funcionar de las reglas. Si la analogía permite aplicar la misma consecuencia jurídica (CJ) que un precepto establece para un supuesto de hecho (SH) expresamente previsto, a otro que no lo está, pero con el que guarda identidad de razón, su esquema sería:

SH 1- CJ 1

SH 2- ¿?

La analogía permite aplicar la consecuencia expresamente prevista CJ 1 al SH no previsto SH2, pero creo que sigue, en líneas generales, el esquema de la subsunción, y no tanto el de la ponderación. Tenemos un supuesto, aunque no

²⁶ GARCÍA FIGUEROA, A., “Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación”, en *Almacén de Derecho*, 8 de abril de 2020, <https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/> (fecha de última consulta: 11 de enero de 2021).

expresamente mencionado, y una regla expresamente prevista para un supuesto similar. Es verdad que esa similitud puede implicar, desde luego, un margen de valoración, pero ello no permite, en mi modesta opinión, trasladar en bloque el esquema de la ponderación por el hecho de que haya una previsión de analogía, mucho menos si estamos de acuerdo en que todos los demás supuestos previstos en el artículo 7.1 responden al esquema de las reglas. Y es que en realidad, en mi opinión, este precepto establece un principio general de prohibición (lo que supone, obviamente, la inversión del principio general de libre circulación), al que se añaden algunas excepciones en forma de reglas que permiten la circulación en concretos supuestos, aunque uno de ellos sea analógico. Cuando frente a un principio se establecen reglas específicas en una norma del mismo rango, estas actúan como excepciones, pero no llegan a alterar el principio. Por tanto, el principio general de prohibición sigue existiendo y no se altera por el hecho de que una de las reglas que lo exceptúan se determine por analogía con cualquiera de las demás.

Ciertamente, García Figueroa reconoce realmente que la analogía queda un poco al margen de la dicotomía principios-reglas; y estoy dispuesto a compartir esa idea, toda vez que, en efecto, esa similitud de supuestos o “identidad de razón” es un elemento que se escapa también del razonamiento estricto de las reglas. Pero me parece que, en todo caso, el hecho de la previsión de supuestos excepcionales análogos (que en la práctica parecen difíciles de imaginar, y que en todo caso tal vez podrían plantearse con independencia de la previsión expresa del decreto, al menos si se aplica a este el criterio de interpretación conforme a la Constitución) no alcanza a alterar la idea de que nos encontramos ante una prohibición general.

En fin, creo que imaginar cualquier ejemplo (hipotético) parecido, referido a cualquier otro derecho fundamental ayuda a confirmar que la conclusión que defiende parece la más razonable. Supongamos que se impone una prohibición general de expresar todo tipo de opiniones, aunque se disponen algunas excepciones. Entre ellas se establece, por ejemplo, la posibilidad de expresar opiniones favorables al Gobierno, las que vengan acompañadas de la cita de una fuente acreditada, “u otras de naturaleza análoga”. Debemos valorar si es una suspensión de la libertad de expresión, o solo una restricción. En tal caso, ¿entenderíamos que es solo una restricción porque se permite eludir las sanciones que se establezcan en “supuestos análogos”?

4.4. Por último, otros autores sostienen que no hay suspensión porque las medidas adoptadas encuentran cobertura legal en otros preceptos de normas que son aplicables a situaciones en las que no hay suspensión de derechos, y que por lo tanto estas medidas, previstas en leyes, inequívocamente no pueden implicar suspensión. En esta línea se pronuncia por ejemplo Bacigalupo, quien menciona expresamente el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que dispone que en caso de que “exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”²⁷. Asimismo, cita el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP), que dispone que 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 mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Como antes he sugerido, este razonamiento conduce a interpretar la Constitución de conformidad con la ley, y no al revés. Llegados al extremo (que aquí no se defiende), si esas medidas en sí mismas implicasen la suspensión de un derecho, sin ampararse en los procedimientos y garantías derivados de los artículos 55 y 116 de la Constitución, serían inconstitucionales. Pero no lo son, porque es perfectamente posible una interpretación de esas leyes de conformidad con la Constitución. Hay que apuntar, en primer lugar, que un confinamiento generalizado como el que fue acordado no se prevé expresamente en ninguno de los dos preceptos citados, y no cabría en ninguno de los supuestos que se mencionan, salvo en las cláusulas abiertas finales (“cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”, en la LGS, y “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, en la LOMEMSP). Pero no hay dudas de que esas cláusulas abiertas no pueden entenderse en un sentido tal de que habiliten a la autoridad competente para

²⁷ BACIGALUPO, M., “Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito”, en https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html (fecha de última consulta 12 de enero de 2021).

adoptar, sin ningún tipo de límite ni control adicional, cualquier tipo de medida, ni mucho menos a saltarse límites o garantías constitucionales. Y es que, entendidas de acuerdo con lo dispuestos en los artículos 53.1 y 55.1 CE, estas medidas solo podrán ser aquellas que no afecten al contenido esencial de ningún derecho, ni conlleven, de facto, su suspensión. Y por ello, aunque es evidente que la literalidad de cláusulas tan genéricas como las transcritas podría permitir, *prima facie*, cualquier medida, con una interpretación razonable de esos enunciados, y de conformidad con la Constitución, no cabe en modo alguno sostener que los mismos dan cobertura legal directa a un confinamiento o encierro general domiciliario.

De una manera más explícita, De la Quadra-Salcedo plantea un ejemplo concreto: “Nadie puede considerar que someter a cuarentena —en un centro médico o en su propio domicilio, en su caso— a un pasajero de un avión o barco con una enfermedad gravemente contagiosa (recuérdese el ébola) signifique “suspenderle” sus derechos fundamentales”²⁸. Y de ahí deduce que tampoco puede suponer una suspensión el actual confinamiento generalizado. Sin embargo, aunque este argumento parezca sólido a primera vista, en mi modesta opinión decae si se analiza con mayor rigor. En realidad, las diferencias entre las dos medidas son notorias. No solo porque el primer ejemplo se produce en casos individuales, y el confinamiento acordado el 14 de marzo fue general. También porque el primer supuesto solo sería lícito si se cumplen los requisitos de idoneidad, necesidad, proporcionalidad, lo que implica no solo una evidente restricción del supuesto de hecho, al tratarse de personas contagiadas o con grave riesgo de estarlo, sino que se lleve a cabo una ponderación individual de los principios en juego: libertad de circulación, por un lado, y salud, por otro. Ello implica que todas las medidas se sometan estrictamente a ese escrutinio de proporcionalidad, incluyendo la duración temporal, que debe ser la estrictamente necesaria en el caso concreto. En suma, en el ejemplo de Quadra-Salcedo la medida podría ser lícita... pero se requiere un examen individual que pondere los principios en juego. Pero lo que me parece más importante es que en tal caso la previsión normativa permite una ponderación individual, caso a caso, en la cual la libertad de circulación no cede a priori, sino tras un escrutinio estricto de las circunstancias de cada caso.

²⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Límite y restricción, no suspensión”, en *El País*, 8 de abril de 2020, citado por https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html, fecha de última consulta 14 de enero de 2021.

Actuaría, así, y aplicando al ejemplo el razonamiento de García Figueroa, como un principio ponderable.

En cambio, en el caso de las medidas impuestas por el decreto que declaró el primer estado de alarma, no solo se trataba de medidas generales, prorrogables en el tiempo de forma indefinida, sino absolutamente indiscriminadas: aplicables a todos por igual, con independencia de su situación, de su riesgo, de su ubicación y de las posibilidades reales de contagiar. El Decreto, lejos de hacer una ponderación entre los derechos en juego, excluye esa ponderación, dando prioridad general a la protección a la salud. Hay una superior jerarquía de este derecho, aunque matizada. El Decreto no pondera, más allá de una valoración general de la prioridad en esta situación del derecho a la salud. Ni permite fácilmente la ponderación individual en su aplicación a casos concretos, al menos si esta se hace siguiendo su tenor. Todo el que salga de su domicilio, fuera de las excepciones tasadas, vulnera la norma, aun cuando en el supuesto concreto no conlleve ningún riesgo para la salud. Vuelvo a recordar el caso de alguien que viviera en mitad del campo, sin vecinos, y pretenda dar un paseo en solitario por el propio campo. O el de un deportista profesional que quiera salir a correr para entrenar, incluso por un lugar aislado. De acuerdo con el tenor del decreto, y al menos en la interpretación que se hizo inicialmente de él, no podía hacerlo²⁹, porque había una prohibición general, con limitadas excepciones, entre las cuales no se encuentran estos casos, y que como digo parecen excluir la ponderación individual, método básico para resolver los conflictos entre derechos, y en la que habría que tener en cuenta otros derechos o principios favorables al ejercicio de la libertad de circulación (desde el derecho al trabajo hasta el ocio, o incluso la propia salud, según los ejemplos). De manera que una medida de este tipo es lícita... siempre que se proceda a suspender la libertad de circulación.

Y es que, en mi opinión, es importante destacar que, en toda ponderación individual entre derechos (o entre derechos y principios), el derecho que cede se sacrifica, individualmente, en el caso concreto, y únicamente para dicho conflicto concreto. Pero sigue existiendo y desplegando sus consecuencias con carácter general. En modo alguno puede decirse que esta “cesión” o

²⁹ Véase “Trabajadores que no pueden salir a trabajar”, *El Mundo*, 19 de marzo de 2020, y por cierto este último caso nos diferenció de lo que sucedió en otros países que han adoptado medidas similares.

“claudicación” puntual e individual de un derecho sea un caso de suspensión. Ahora bien, intentar trasladar esta consecuencia (la no suspensión) a un supuesto de alcance general e indiscriminado como el que aquí analizamos, me parece una tergiversación que conduciría, de nuevo, a la pérdida de sentido de un mecanismo constitucional que “tiene que significar algo”, como es la suspensión.

Por lo demás, creo que los hechos y situaciones posteriores a aquella primera declaración del estado de alarma vienen a confirmar el posicionamiento que acabo de expresar. En efecto, y como es sobradamente conocido, una vez culminado el primer estado de alarma, algunas Comunidades Autónomas comenzaron a aprobar confinamientos territoriales en todo o parte de su territorio, o bien prohibiciones de circulación en determinadas franjas horarias. Estas restricciones, que inequívocamente son menos intensas que el confinamiento total vivido en la primera fase del primer estado de alarma, sin embargo, plantearon también dudas sobre su posible cobertura legal sin una declaración de estado de alarma. Dicha cobertura legal, básicamente y sin perjuicio de algunas otras leyes autonómicas, estaba constituida por las leyes que acabamos de mencionar (aunque se invocó también el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuanto permite al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la “activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias”). Las dudas sobre la licitud de esas medidas sin la cobertura del estado de alarma provocaron que algunas sentencias de Tribunales Superiores que Justicia negasen su ratificación³⁰, provocando una situación que requirió la declaración de un nuevo estado de alarma en la Comunidad de Madrid (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), y algo más tarde, en toda España (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre), con la finalidad principal de dar cobertura a medidas como los confinamientos perimetrales y las prohibiciones horarias de circulación. Es verdad que la cuestión no llegó a ser pacífica, y que otros

³⁰ Véase por ejemplo <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15612-el-tsj-de-aragon-no-ratifica-las-medidas-sanitarias-adoptadas-en-la-localidad-de-andorra-por-el-gobierno-de-aragon/> o <https://elpais.com/sociedad/2020-10-10/el-tribunal-superior-de-justicia-de-aragon-no-autoriza-el-confinamiento-perimetral-en-la-almunia.html>, para el caso de Aragón, así como https://www.eldiario.es/madrid/consulta-auto-tribunal-superior-justicia-denegado-ratificacion-confinamiento-madrid-nueve-localidades_1_6277742.html, que incluye el texto del auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no ratificó el confinamiento perimetral, y que provocó la inmediata declaración de un segundo estado de alarma solo en algunos municipios de esta Comunidad (fecha de última consulta 12 de enero de 2021).

Tribunales Superiores de Justicia habían ratificado esas medidas. Pero en todo caso, si estas medidas, claramente menos invasivas de la libertad de circulación, no encuentran una cobertura clara en las citadas leyes, mucho menos lo podría encontrar el confinamiento general en cuanto a personas, territorios y horarios (con las únicas excepciones apuntadas) que vivimos a partir del 14 de marzo. Sostener que unas previsiones legales tan genéricas e imprecisas permiten restricciones tan intensas de un derecho fundamental es ignorar toda la jurisprudencia que exige que la cobertura legal de las medidas incluya una cierta “calidad de la ley” que ha de especificar con cierto grado de concreción las restricciones que permite en un derecho fundamental. Algunas de estas leyes se han reformado parcialmente en 2020, precisamente tras el primer estado de alarma. Podrían haber sido explícitas a la hora de prever estas medidas. Si no lo fueron, es posiblemente porque en tal caso el riesgo habría sido el de la inconstitucionalidad de esas previsiones, ya que incluso las que no alcancen a considerarse una suspensión del derecho, requerirían al menos la declaración del estado de alarma, como finalmente ha sucedido.

IV. EXCURSO SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

En síntesis, creo haber justificado que el decreto que reguló el primer estado de alarma ha procedido a una suspensión material de la libertad de circulación, derivada de una prohibición general que, aun con sus excepciones, no respeta su contenido esencial. Y que tal suspensión es, desde luego, incompatible con la Constitución en la hipótesis de declaración del estado de alarma.

Este era el objetivo central del trabajo. Y esta ha de ser, sin duda, la única cuestión que debe resolver el Tribunal Constitucional cuando se pronuncie sobre la impugnación de dicho decreto. Sin embargo, parte de la doctrina ha mezclado con esta cuestión la de si podría haber procedido, ante la situación generada en marzo por la pandemia, la declaración del estado de excepción. Como cuestión teórica o hipotética, sin duda este aspecto tiene su relevancia. Pero lo peor, en mi modesta opinión, es que algunos han utilizado una respuesta negativa (creo que apresurada) a la posibilidad de declarar el estado de excepción, como argumento decisivo para justificar que el estado de alarma

era la única cobertura posible para adoptar las medidas que se consideran imprescindibles.

No entraré en esta última cuestión de la estricta necesidad de las medidas adoptadas, cuya respuesta requiere consideraciones que parten de presupuestos que van más allá de lo jurídico. Pero incluso dando por bueno que esa necesidad existía, creo que hay que separar nítidamente la cuestión de si caben en el estado de alarma, de la relativa a la posible declaración del estado de excepción. Y ello porque, si se demuestra que algo es inconstitucional, la hipotética ausencia de alternativas no lo convierte en constitucional. Por mucho que se enfatice la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con la realidad, o la propia necesidad de dar respuesta a determinadas situaciones imprevistas e imprevisibles, ello no permite adoptar medidas suspensivas de un derecho sin cobertura constitucional para hacerlo.

Por lo demás, creo que, solo con la Constitución en la mano, es indudable que el encierro domiciliario aplicado en el decreto de 14 de marzo, aun considerando su carácter suspensivo del derecho a la libertad de circulación, sí podría adoptarse con la cobertura del estado de excepción, ya que el artículo 55.1 permite expresamente suspender ese derecho en esa situación. Así que, a diferencia de los problemas de adoptar esa medida con el estado de alarma, que son directamente de constitucionalidad, los relativos a su adopción bajo el estado de excepción son de legalidad. Pero es que, además, si atendemos a las medidas que la propia ley prevé en uno y otro estado, tampoco hay duda de que las medidas adoptadas cuadran mucho más con las previstas en el artículo 20.1 (que habla claramente de prohibición) que con las establecidas en el artículo 11 a) (que se refiere a limitación).

Las dudas vienen, sobre todo, como es conocido, porque algunos autores entienden que en modo alguno se daba el supuesto de hecho legal que el artículo 13 LO 4/1981 (pero no la Constitución) prevé para declarar el estado de excepción, y que básicamente consiste en diversas alteraciones del orden público. Pues bien, aunque como digo no sería estrictamente necesario desde el punto de vista de los objetivos de este trabajo, creo que puede resultar conveniente hacer alguna consideración al respecto.

Para empezar, me parece que ninguno de los autores que entienden que no hay suspensión de la libertad de circulación han sido capaces de justificar que las medidas adoptadas “quepan” en la regulación legal del estado de alarma (y

que, recordamos, permite solo la limitación de “la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”). Se trataría de valorar si el conjunto de medidas que estamos analizando puede considerarse limitación o condicionamiento de la circulación “en horas y lugares determinados”. A mi juicio, algunos autores ni siquiera intentan justificar esa cobertura; otros, la dan por sentada. Y otros, con independencia de sus conclusiones finales, reconocen abiertamente que las medidas adoptadas no caben dentro de las previsiones legales relativas al estado de alarma. Así lo hace, si le he entendido bien, Presno Linera, quien expresamente indica que “el contenido del artículo 7 del Decreto 463/2020 se parece mucho más a lo previsto para el estado de excepción que para el estado de alarma”³¹, aunque por otro lado cree que no cabría un estado de excepción porque no hay un problema de orden público³². También es consciente de esa dificultad Arbós, quien en su muy interesante artículo añade que las medidas de confinamiento tampoco cabrían en el estado de excepción, ni en el de sitio (que, añadido, a estos efectos permite solo las mismas medidas que el de excepción). Y concluye afirmando que “la crisis sanitaria también ha pillado desprevenido al derecho, y hay que admitirlo”, para proponer, en su momento, las reformas que procedan³³.

Desde luego, comparto este tipo de consideraciones, así como las propuestas de actualización de la legislación aplicable. Pero creo que hay que añadir lo siguiente: a) como ya se sugerido, interpretado de conformidad con la Constitución, que sí permite la suspensión de la libertad de circulación, es mucho más probable entender que estas medidas encontrarían amparo bajo la declaración de ese estado, aunque sean, incluso así vistas, particularmente intensas. b) Arbós utiliza toda esta argumentación para justificar que debería reformarse la ley, pero la pregunta es ¿y ahora, qué hacemos? La Constitución

³¹ PRESNO LINERA, M. A., “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (4): la libertad de circulación” (publicado el 1 de abril de 2020), en el blog *El derecho y el revés* <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/01/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-4-la-libertad-de-circulacion/> (fecha de última consulta 12 de enero de 2021)

³² PRESNO LINERA, M. A., “¿Por qué estado de alarma por coronavirus y no estado de excepción?”, en el blog *El derecho y el revés*, <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/25/por-que-estado-de-alarma-por-coronavirus-y-no-estado-de-excepcion/> (fecha de última consulta 12 de enero de 2021).

³³ ARBÓS, X., “Derechos fundamentales y crisis sanitaria”, en *El Periódico*, 31 de marzo de 2020, en https://www.elperiodico.com/es/opinion/20200331/articulo-xavier-arbos-derechos-fundamentales-crisis-sanitaria-7912195?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=btn-share&fbclid=IwAR2Xg_PfCBYi11V-umkbSEdc3e8fhr19zgm7Qh2EUeF4fKQ12z5i6AmZt0Q (fecha de última lectura 12 de enero de 2021).

creo que nos ofrece la respuesta y la cobertura necesaria, para que, bajo el estado de excepción, estas medidas fueran admisibles, aun cuando incluso así se sitúen en el extremo de lo previsto por la ley (aunque, como he dicho desde el principio, ello si y solo si no es posible afrontar la situación con otras medidas); c) si hay alguna duda sobre si caben en la actual regulación legal del estado de excepción, resulta inequívoco que no caben en el estado de alarma.

Pero volvamos a la cuestión del supuesto habilitante. Para algunos autores, los estados de alarma, excepción y sitio serían legalmente (o incluso “conceptualmente”) compartimentos estancos, cada uno de los cuales responden a determinadas situaciones fácticas, pero no puede utilizarse para otras. En términos simples, el esquema sería:

- a. Estado de alarma para situaciones naturales.
- b. Estado de excepción para situaciones de grave alteración del orden público.
- c. Estado de sitio para situaciones de insurrección, bélicas o prebélicas, o de riesgo para el propio Estado.

Desde luego, esta diferenciación de supuestos fácticos habilitantes podría tener sentido, en líneas generales, y es acorde con el tratamiento doctrinal del tema, desde los trabajos ya “clásicos” de Cruz Villalón³⁴. Pero creo que no cabe compartir esa visión en lo que tiene de creación de compartimentos estancos, de manera que en cada caso concreto solo fuera posible aplicar uno de los estados excepcionales, y no los demás. Por otro lado, una visión de este tipo deja de lado la necesaria perspectiva dinámica con la que hay que analizar los estados excepcionales. Me voy a detener en explicar esto algo más despacio. Aparte de que las situaciones fácticas evolucionan, no cabe descartar absolutamente que en el mismo momento un mismo supuesto puede justificar la declaración de uno u otro estado, dentro de lo previsto en la ley, permitiendo no necesariamente un margen de apreciación sobre el hecho en sí (que

³⁴ CRUZ VILLALÓN, P., “El nuevo derecho de excepción (La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-128, *passim*, y *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, especialmente pp. 66 ss., 81 ss.

También hay, desde luego, visiones más matizadas. Así, GARRIDO LÓPEZ, C., “La naturaleza bifronte...”, cit., pp. 371 ss., analiza todo el proceso de elaboración de la Constitución para llegar a la conclusión de que este estado termina con un perfil “bifronte”, que incluye también la paralización de algunos servicios esenciales, si bien este supuesto queda muy desnaturalizado por la necesaria concurrencia de otros.

tampoco habría que rechazar por completo en un pequeño grado), sino, sobre todo, una valoración de las medidas necesarias para afrontarlo. Me voy a centrar en la situación vivida en los meses de marzo y abril de 2020, y voy a dar dos argumentos:

Nada impide que una epidemia (art. 4, c) provoque al tiempo una grave alteración “de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público” que impida su restablecimiento mediante el ejercicio de potestades ordinarias (art. 13.1 LO 4/1981). Este sería el caso, a mi juicio, de una situación en la que el servicio público sanitario está desbordado, siendo necesarios (como lo fueron) criterios específicos de priorización en la atención intensiva, que dejaron desgraciadamente a demasiadas personas sin poder recibir ese tipo de atención, así como hospitales de campaña, adquisición urgente de nuevos medios, y, sobre todo, una prohibición general de la libertad de circulación para evitar del modo más rápido que el contagio de la epidemia provoque un caos todavía mayor. Creo que, valorada aquella situación con perspectiva, no resulta para nada exagerado afirmar que el servicio público sanitario sufrió una alteración grave, ya que sus capacidades prestacionales estuvieron muy lejos de la normalidad.

Aunque la doctrina no sea del todo pacífica a la hora de interpretar el concepto de orden público aplicable a estos efectos³⁵, creo que el concepto aplicable es el propio de un Estado de Derecho, referido al conjunto de principios y valores constitucionales, entre los cuales los derechos fundamentales ocupan un lugar central. Ello no solo se deduce del propio artículo 13 de esta Ley Orgánica, que claramente apunta en esta línea al “ejemplificar” algunos aspectos del orden público, incluyendo el adecuado funcionamiento de determinados servicios esenciales; sino también de la misma jurisprudencia constitucional³⁶ que

³⁵ Como muestra, LAFUENTE BALLE, J. M., “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990, p 38, defiende que el concepto derivado de la Ley Orgánica 4/1981 es el orden público del Estado de Derecho; también, en la misma línea que aquí se defiende, TERUEL LOZANO, G., “Derecho de excepción...”, cit., o ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Estado de alarma o estado de excepción”, cit., pp. 14-18. En cambio, CARRILLO, M., cit., pág. 77, entiende aquí el orden público “como sinónimo del orden en la vía pública”.

³⁶ Como muestra reciente, véase la STC 46/2020, de 15 de junio, f. j. 4, con cita de jurisprudencia anterior, y que indica expresamente: “Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”, y algo más adelante: “Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”. Aunque evidentemente el concepto de orden público puede tener matices

inequívocamente identifica al orden público como conjunto de valores y principios jurídicos esenciales, que pueden identificarse con los que figuran en la Constitución, y que hace imposible identificar este concepto con el mero orden o tranquilidad “en la calle”, la paz social o la mera ausencia de altercados.

Si el argumento anterior sobre la relación o comunicación entre los supuestos de hecho pudiera admitir discusión, en cuanto implica una cierta valoración, creo que hay otro inequívoco, que deriva de la misma ley, y que demuestra que los tres estados no son estrictamente “compartimentos estancos” a utilizar en circunstancias tan netamente diferentes. Dicho argumento viene corroborado por el artículo 28 de la LO 4/1981, cuando afirma literalmente: “Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley”. Por tanto, la alteración del orden público puede coincidir con las circunstancias del artículo 4; y creo que ello puede ser porque la alteración del orden público provoque una de esas circunstancias o, a la inversa, porque las circunstancias del artículo 4 generen esa alteración del orden público. En cualquier caso, lo relevante es que el estado de excepción se puede declarar cuando se den, a la vez, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 4 y alguna de las del artículo 13, y en tal caso las medidas a adoptar serán todas las que permite el estado de alarma y, si fuera necesario, alguna de las suspensiones de derechos previstas en el estado de excepción.

En fin, algunos críticos con la postura que aquí se defiende han sugerido, de forma más o menos explícita, que el estado de excepción en ningún caso debería haberse declarado, pues sería necesariamente más lesivo para los derechos, y que por tanto la tesis de que pudo declararse este estado sería más lesiva o invasiva de los derechos, menos respetuosa con ellos, o en definitiva menos garantista. En algunos casos, esta postura sorprende enormemente porque se trata de fundamentar en un presupuesto rigurosamente falso, como es el de que, en caso de haberse declarado el estado de excepción, tendrían que haberse adoptado medidas suspensivas

diferentes en distintos preceptos constitucionales (por ejemplo, arts. 16.1 o 21.2), y es utilizado en contextos muy diferentes, creo que precisamente la idea común es que, en un Estado democrático de Derecho, el orden público alude a un conjunto de valores y principios esenciales, entre los cuales los derechos fundamentales ocupan el lugar nuclear.

más generales que afectarían al resto de los derechos del artículo 55.1. Es evidente que este tipo de medidas son una opción y no una obligación ni necesidad, y en el caso concreto que estamos analizando desde luego no habrían resultado procedentes. Por ello sorprende todavía más que esa tesis haya sido sustentada explícitamente nada menos que por el Defensor del Pueblo en la resolución por la que rechaza impugnar el Decreto 463/2020³⁷.

Sin llegar a afirmar eso, en general algunos autores tienden a destacar que la declaración del estado de excepción habría sido necesariamente una medida más intensa desde la perspectiva de la afectación a los derechos o sus garantías. Por mi parte, creo sinceramente que la situación es exactamente al revés. Es verdad que el estado de excepción permitiría también suspender otros derechos. Pero esto ni siquiera forma parte del debate. Por tanto, lo que tenemos que valorar es si, exactamente las mismas medidas adoptadas podrían adoptarse en el caso de estado de alarma y en el de excepción. Creo haber justificado que este tipo de medidas no pueden adaptarse en el estado de alarma. Pero añado que la proporcionalidad depende de las medidas que se adopten y no del estado que les sirva de cobertura. Por tanto, siendo las mismas medidas, su proporcionalidad no dependerá del estado que se haya declarado (otra cosa sería si el estado de excepción, en el caso concreto, incorporase medidas adicionales, lo que aquí abiertamente se rechaza). Y todavía más: desde el punto de vista de la tutela de los derechos, e incluso de la preservación de la separación de poderes en un sistema parlamentario, el estado de excepción -sin negar que, en principio, implica un grado más intenso de gravedad o excepcionalidad- puede resultar más garantista, y desde luego lo es para idénticas medidas, toda vez que establece un procedimiento que permite un mayor control, y mitiga notoriamente el “protagonismo” que el Gobierno tiene en el estado de alarma, toda vez que la intervención y el control del Congreso se llevan a cabo desde el inicio, mediante la previa autorización.

³⁷ Véase la citada “Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), en relación con las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad contra 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 (Boletín Oficial del Estado número 67, de 14 de marzo de 2020) y sus prórrogas...”. Esta resolución, sorprendente y llamativa por los motivos que he apuntado en su primera cita, contiene además afirmaciones muy cuestionables en varios pasajes. En el tema que ahora he apuntado, se señala expresamente que “la naturaleza y el número de los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos en el estado de excepción hubiera constituido una respuesta exorbitante, gravemente lesiva para los ciudadanos y claramente improcedente”. Si esos derechos pueden ser suspendidos, pero pueden no serlo, bastaría que se adoptasen simplemente las mismas medidas que se han adoptado, para que toda sombra de carácter exorbitante desapareciera.

Así que, se comparta o no mi posición, no me parecen afortunados los intentos de deslegitimarla considerándola menos garantista o “desproporcionada”.

V. ¿ES POSIBLE Y SIRVE PARA ALGO LA SUSPENSIÓN DE UN DERECHO?

Las páginas anteriores tenían por objeto, como desde el principio se señaló, valorar si las medidas adoptadas respecto a la libertad de circulación por el Real Decreto 463/2020 suponían de facto la suspensión de este derecho, cuestión a la que hemos respondido afirmativamente. Pero, desde luego, la temática apuntada tiene a mi juicio un alcance mucho mayor. Para responder a esta cuestión hemos tenido que profundizar en el concepto de suspensión de los derechos, y responder a la tesis de que la suspensión implica la práctica desaparición o supresión (aun temporal) del derecho. Según esa tesis, en casos como el que analizamos no se puede hablar de suspensión del derecho, simplemente porque todavía quedaban algunas facultades que podían ejercerse en determinados supuestos, claramente excepcionales. La tesis de la suspensión como supresión, que yo creo que había sido más bien minoritaria frente a la tesis del contenido esencial o de la “desfiguración” de los perfiles del derecho, que aquí se ha defendido, sin embargo, ha alcanzado en estos meses gran profusión, acompañada más o menos de otros argumentos, que aquí se han sintetizado, que contribuyen a apuntalar la idea de que una prohibición general de ejercicio (aun con excepciones) no es una suspensión del derecho³⁸.

³⁸ De hecho, la lectura de los artículos 16 y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981 pone de relieve que, en general, las medidas previstas como posibles en el estado de excepción -que yo creo que son inequívocamente suspensivas- conllevan la supresión total o desaparición del derecho, sino más bien un desplazamiento o sustitución de las garantías habituales del mismo por otras menos intensas o posteriores, o bien una reconfiguración o redimensionamiento del derecho. Aunque no es posible profundizar en ello, creo que las medidas previstas respecto a la libertad de circulación y expresión cumplen totalmente ese criterio, porque además sería casi imposible imaginar un supuesto real en el que toda posibilidad de expresarse o circular desapareciera por completo. Las medidas relativas a los artículos 17 y 18 también lo cumplen, en la medida que afectan a garantías que se desplazan o debilitan. En las medidas relativas a la libertad de reunión y manifestación, aunque inicialmente parece contemplarse la posibilidad de prohibición total, en realidad los últimos apartados del artículo introducen excepciones, así como otras garantías más debilitadas. Solo en el caso de la huelga y la adopción de medidas de conflicto colectivo el artículo 23 parece contemplar la posibilidad de prohibición total sin otras garantías, pero además de que esta no tiene por qué ser total, esta posible excepción no altera la idea de que, si la suspensión implicase la supresión o desaparición del derecho, la mayoría de las medidas que el legislador ha establecido como suspensivas -y la mayoría de las que podríamos imaginar como posibles en el caso de suspensión de derechos- no llegarían a

En mi modesta opinión, si esa tesis, o los argumentos analizados que apuntan en esa línea, se imponen finalmente, el concepto y la categoría de la suspensión de los derechos se habrá convertido en perfectamente inútil, ya que resultará casi inimaginable una medida capaz de suprimir un derecho. Si prohibir con carácter general la libertad de circulación, a todas las personas, en todos los horarios, y desde el momento mismo de salir a la calle (salvo que el propósito sea una de las contadas excepciones previstas en el propio decreto) no es suspenderlo, no parece fácil imaginar en qué podría consistir esa suspensión.

El problema, desde luego, es que la consecuencia de esa “desactivación” del concepto de suspensión es que medidas que pueden afectar al contenido esencial de un derecho, o que lo desfiguran hasta el punto de no hacerlo reconocible podrán adoptarse en la situación excepcional no suspensiva, que es, al tiempo, la que más fácilmente puede adoptarse y menos garantías tiene. De hecho, cualquier Gobierno podrá adoptar ese tipo de medidas durante 15 días sin ni siquiera aprobación o control parlamentario, más allá del deber de información. Y no sería muy difícil que, con los mismos parámetros interpretativos, se lleguen a justificar en situación de normalidad.

Cabe añadir, además, que las tesis que defienden que cabe afectar al contenido esencial del derecho aun cuando no estén suspendidos tienden también, en mi humilde opinión, a “desactivar” o diluir por completo el propio concepto de contenido esencial, que si tiene algún significado es el de garantía general frente a la actuación del legislador, y que ha de permanecer en todo caso (salvo, precisamente, a mi juicio, si se suspende el derecho). Creo por tanto que para justificar que en el caso en examen no ha habido suspensión del derecho hay que reducir a la irrelevancia categorías y garantías constitucionales de trascendencia.

Y es que conviene no olvidar que, después de todo, la suspensión de los derechos no deja de ser, paradójicamente, un instrumento para la defensa de los propios derechos y del ordenamiento constitucional en su conjunto, ante situaciones realmente excepcionales y críticas. Convertir este concepto en irrelevante es, por tanto, la antesala de la posible adopción de casi cualquier

serlo. Y aunque no debemos interpretar la Constitución de conformidad con la ley sino al revés, parece que en este caso el legislador ha previsto una serie de medidas que razonablemente “ejemplifican” lo que podemos entender por suspensión, en la medida en que afectan al contenido esencial del derecho, pero no lo hacen desaparecer.

medida sin recurrir a las garantías y controles que acompañan a esa suspensión.

Por último, cabe añadir una última reflexión. Es verdad que las prórrogas del decreto que estableció el estado de alarma fueron aprobadas por una mayoría muy elevada del Congreso de los Diputados. Aunque esta mayoría fue decreciendo, desde luego esta norma (con valor de ley aunque procede del Gobierno) tiene no solo la presunción de constitucionalidad de otras normas con ese valor, sino, al menos en las primeras semanas, el aval adicional de una amplia mayoría. Pero esto es, desde luego, un argumento meramente político. Aunque a veces la justicia constitucional ha utilizado este tipo de argumento como apoyo para intensificar la “deferencia” con el legislador, creo que tampoco existe un fundamento jurídico para hacerlo. Más allá de que la justicia constitucional tiene sentido precisamente para corregir, muchas veces a instancias de una minoría, las normas avaladas por la mayoría parlamentaria cuando contradigan la Constitución, creo que es importante destacar que no se trata solo de resolver esta circunstancia concreta, sino de plantearnos si en el futuro cualquier Gobierno podría prohibir de forma generalizada el ejercicio de algunos derechos durante 15 días sin ningún control político, es decir, sin que el Congreso tenga ni que autorizarlo, ni que aprobarlo (aunque es obvio que siempre cabría un control jurisdiccional... que casi siempre llegará tarde a este tipo de situaciones, sobre todo una vez que se ha asentado el monopolio del Tribunal Constitucional para el control de estos decretos).

En este trabajo he tratado de ofrecer solamente argumentos propiamente jurídicos para resolver un problema que también lo es. Cabe esperar que el debate se mantenga en estos términos.