

NÚMERO 44

2021

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 44

2021-II

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)

Secretaria académica: Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

Secretario económico: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsables de difusión y medios digitales: Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM) y D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Nicolás Cantard (Derecho penal - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - UAM)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Mercedes Pérez Manzano (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. features the company name in a highly decorative, cursive script font.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 44 (2021-II)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.44>

IN MEMORIAM: Prof. Dr. Agustín JORGE BARREIRO 11

ARTÍCULOS

Claudia DE PARTEARROYO FRANCÉS «La suspensión de derechos fundamentales: una revisión crítica tras la crisis de la Covid-19»	35
Miguel Ángel SEVILLA DURO «La participación ascendente de <i>länder</i> y comunidades autónomas en la Unión Europea»	69
Ignacio ÁLVAREZ ARCÁ «El principio de la utilización y participación equitativa y razonable y la protección del medio ambiente en la Convención de Naciones Unidas sobre los cursos de agua internacionales»	95
Carmen CABRERA DEL BARRIO «Medicamentos y productos sanitarios defectuosos: un análisis de la protección de consumidores bajo el régimen general»	127
Rebeca GIMÉNEZ GONZÁLEZ «Una aproximación genealógica a la vinculación entre los lenguajes de derechos humanos y medioambiente en las relaciones internacionales»	155
Paula TEJERO MATOS «¿Populismo híbrido? Análisis del SMER-SD en Eslovaquia»	175
Javier MARTÍN MERCHÁN «Polarización, preferencias partidistas y voto estratégico en España (2015-2019): una aproximación al voto estratégico en el espectro de la izquierda»	199
Gonzalo GALLARDO BLANCO «Marx frente a la cuestión penal»	231

RECENSIONES

- Juan Alfredo OBARRIO MORENO: Recensión de la obra de FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ A. «*Contribuciones al estudio del Derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*», Madrid (Dykinson), 2021, 616 pp.251
- José Miguel PIQUER MARÍ: Comentario sobre la sección: «*Colección Derecho y Literatura*», Madrid (Dykinson).....261

ESTADÍSTICAS263

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES265

**IN MEMORIAM:
PROF. DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO**



EDITORIAL

El Consejo de Redacción de la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* quiere dedicar este número a la memoria del insigne jurista, maestro, decano, compañero y amigo Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro, fallecido el pasado 17 de febrero de 2021.

Su recuerdo acompañará siempre a todos los que hemos tenido la inmensa suerte de recibir su magisterio, escuchar sus consejos y leer sus trabajos.

LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA REVISIÓN CRÍTICA TRAS LA CRISIS DE LA COVID-19*

THE SUSPENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A CRITICAL REVIEW AFTER THE COVID-19 CRISIS

CLAUDIA DE PARTEARROYO FRANCÉS**

Resumen: La actual crisis ocasionada por la Covid-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de renovar nuestro Derecho de excepción. En el presente trabajo se resalta la importancia de la suspensión del artículo 55.1 CE, que a día de hoy sigue sin estar claro cuál es su contenido. Como respuesta ante este problema, proponemos una forma de definir la suspensión del artículo 55.1 CE y planteamos un modo de afrontar las situaciones de emergencia partiendo de una interpretación respetuosa con la Constitución, que nos ha de servir de parámetro mientras no se configure el significado de la suspensión. Para finalizar, realizamos una valoración de los problemas que ha acarreado esta ausencia de definición en relación con la forma en que se ha afrontado la crisis de la Covid-19 en España.

Palabras clave: Derecho de excepción, suspensión de derechos, contenido esencial, Covid-19.

Abstract: The current crisis caused by the Covid-19 pandemic has made clear the necessity of revamping our existing laws of exception. In this essay, I will outline the importance of the suspension of article 55.1 of the Spanish Constitution, whose content remains as today unclear. In response to this matter, I will propose a way of defining the suspension of article 55.1 CE, suggest a way to interpret the Constitution until its content can be clearly established, and conclude with a review of the problems which an absence of clear definition entails, using as example the way the Covid-19 crisis has been handled in Spain.

Keywords: Emergency law, suspension of fundamental rights, essential content, Covid-19.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.44.001>

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2021.

Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2021.

** Becaria del Servicio de Doctrina Constitucional del Tribunal Constitucional. Doctoranda del Área de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica. Escuela de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid. El presente artículo es un extracto de mi Trabajo de Fin de Máster del Máster de Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, presentado en julio de 2020 y dirigido por la Profesora D.^a Susana Sánchez Ferro. Este artículo, dirigido también por la Profesora D.^a Susana Sánchez Ferro, obtuvo en diciembre de 2020 el Primer Premio de la X Edición del Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, en la modalidad de Derecho Público y Filosofía Jurídica. Durante el proceso de edición de este artículo se ha publicado la STC 148/2021, de 14 de julio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma. La importancia de esta sentencia me ha llevado a incluir una breve adenda al final del trabajo exponiendo unas observaciones apriorísticas sobre la misma, pero no se incluye en el Sumario porque se trata de un artículo culminado en febrero de 2021. correo electrónico: claudiadeparte@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 55.1 CE; 1. La necesidad de configurar su significado; 2. El alcance y significado de la suspensión: el contenido esencial; III. CÓMO ENFOCAR LA APLICACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA RESPETUOSO CON LA CONSTITUCIÓN; IV. VALORACIÓN FINAL A LA LUZ DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad supera a la ficción y, en numerosas ocasiones, va también por delante del Derecho. La vieja disputa acerca de la posibilidad de prever y regular por adelantado *–regulation in advance–* las situaciones de emergencia, desde Locke¹ hasta Schmitt², pasando por Rousseau³ y llegando hasta Rossiter⁴, siempre ha desembocado en la misma respuesta: no es posible. Sin embargo, esta negativa no es obstáculo suficiente para que la doctrina –y a ser posible el legislador– haga un esfuerzo importante para renovar y repensar el Derecho de excepción en España, que ciertamente lleva mucho tiempo sin ser atendido. La actual crisis ocasionada por la pandemia ha puesto de relieve la necesidad –urgente y extraordinaria, podríamos decir– de revisar y actualizar nuestro Derecho de excepción. Esto no significa que nuestro Derecho constitucional de excepción estuviese desprovisto de herramientas suficientes para afrontar la crisis de la Covid-19. Más bien al contrario, consideramos, junto a grandes juristas como Aragón Reyes y Cruz Villalón –pese a que apostemos por una interpretación muy distinta a la planteada por este último autor–, que nuestra Constitución «se ha revelado útil a la hora de abordar la crisis sanitaria»⁵.

Resulta imposible analizar todos los ámbitos del Derecho que han quedado afectados por la crisis de la Covid-19. Por este motivo, en las siguientes líneas me limitaré a analizar uno de los grandes problemas jurídicos de nuestro Derecho de excepción, que se refiere a la ausencia de configuración del significado de la suspensión del artículo 55.1 CE. En este sentido, propondré una forma de dar contenido a la suspensión y desarrollaré la interpretación de la Constitución que, en mi opinión, debe seguirse hasta que se resuelva el vacío indicado. Concluiré valorando los problemas que ha acarreado la ausencia de definición de la suspensión de derechos en relación con la forma en que se ha afrontado la crisis de la Covid-19 en España.

¹ LOCKE, J., «Chapter 14: Of Prerogative», en *Second Treatise of Government*, Indianápolis (Hackett Publishing Company), 1690.

² SCHMITT, C., *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago (University of Chicago Press), 2005.

³ ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Madrid (Istmo), 2004.

⁴ ROSSITER, C. L., *Constitutional Dictatorship, crisis government in the modern democracies*, Ithaca (Princeton University Press), 1984.

⁵ CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», *Diario El País*, 2020. Disponible en <https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html>. [Consultado el 5/05/2020].

A modo de introducción, y sin perder de vista que la imprevisibilidad tan característica de los estados de emergencia siempre conlleva cierto margen de imprecisión a la hora de regularlos⁶, podemos afirmar que los rasgos comunes que forman parte del concepto de los estados de emergencia son: la excepcionalidad, en nuestro caso reflejada en el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOEAES); la existencia de una amenaza real –*actual threat*–, caracterizada por constituir un peligro grave e inminente⁷; la concentración de poder en el Ejecutivo, para dar una respuesta rápida y eficaz a las situaciones de emergencia⁸; y la temporalidad, elemento crucial que indica la necesaria limitación temporal de los estados de emergencia⁹. Todo ello unido a la intrínseca finalidad de superar la situación de emergencia y de volver a la normalidad¹⁰, algo que, como bien indica Requejo Rodríguez, «tanto más fácil será, cuanto mayor fidelidad se guarde durante el período de excepción a lo que la Constitución era y pretende seguir siendo»¹¹.

Estos elementos comunes, que a su vez comportan verdaderos estándares internacionales¹², engarzan con la esencia de nuestro Derecho constitucional de excepción, que ha sido perfectamente explicada por Cruz Villalón, quien manifiesta que nuestra Carta Magna blindada un «estado de derecho sustancialmente resistente a la excepción [que queda] sustan-

⁶ En este sentido, es importante subrayar «el ineludible carácter genérico de toda enumeración de los supuestos en que cabe declarar un estado excepcional y la imposibilidad de abarcar todos los supuestos posibles». Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de derecho político*, n.º 11, 1981, pp. 88-89.

⁷ GARDAŠEVIĆ, Đ., «American Lessons Learned - European Future Rethought», *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 66, n.º 1, 2016, p. 63. Disponible en <<https://hrcak.srce.hr/157594>>. [Consultado el 18/05/2020].

⁸ RODRÍGUEZ VERGARA-DÍAZ, A., «Emergencia constitucional», *Diario Sur*, 2020. Disponible en <<https://www.diariosur.es/opinion/emergencia-constitucional-20200325000610-ntvo.html>>. [Consultado el 26/04/2020].

⁹ Consejo de Europa, «Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states», 2020, p. 3. Disponible en <<https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>>. [Consultado el 17/06/2020].

¹⁰ Superar la situación de emergencia para volver a la normalidad es un «fin constitucionalmente legítimo», como apunta P. Requejo Rodríguez; o, en palabras del profesor F. Velasco Caballero, es un «objetivo, principio o fin constitucional [que] vincula a todos los poderes públicos». Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, n.º 51, 2001, p. 113 y VELASCO CABALLERO, F., «Estado de Alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 81-82.

¹¹ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», cit., p. 100.

¹² Entre los que se incluye el respeto a los principios de necesidad y de proporcionalidad. Vid. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho: Comisión de Venecia, «Compilation of Venice Commission opinions and reports on states of emergency», 2020. Disponible en <<https://rm.coe.int/venice-commission-compilation-on-states-of-emergency-eng/16809e85b9>>. [Consultado el 20/06/2020].

cialmente preservado a lo largo de la emergencia»¹³, ya que el Derecho de excepción queda significativamente sometido a los controles y garantías propios de un Estado de Derecho¹⁴.

Esta resistencia a la excepción se explica por el trágico devenir de los estados de emergencia a lo largo de la historia, donde las situaciones excepcionales han estado marcadas por constantes abusos de las autoridades públicas en el empleo de los poderes extraordinarios para permanecer en el poder, silenciar a la oposición y restringir derechos fundamentales en general¹⁵. Por este motivo, es menester acercarse al estudio de los estados de emergencia abordando el problema del abuso de poder y del funcionamiento efectivo de los mecanismos de control a los poderes públicos dentro del Estado de Derecho para garantizar la defensa de los derechos fundamentales. En este sentido, considero imprescindible *equiparar plenamente*, en términos de relevancia, la necesidad de otorgar poderes excepcionales a las autoridades para que puedan actuar de forma eficaz frente a la emergencia a la igualmente necesaria adopción de cautelas para evitar los riesgos asociados a la concesión de tales poderes. Dicho de otro modo: debemos «evitar que, con ocasión de un escenario excepcional, se arriesguen otros valores constitucionales igualmente preciosos»¹⁶. En consecuencia, es esencial contrarrestar el incremento del poder en manos del Ejecutivo con un control eficaz del Gobierno en todas sus actuaciones, pues esta característica de los estados de emergencia es la que cuenta con mayor capacidad para provocar verdaderos abusos de poder. En este sentido, V. Álvarez García. explica que «sería completamente inútil trazar unos límites al concepto de necesidad si no existiesen unos órganos de control [...] con una capacidad suficiente para hacerlos respetar»¹⁷. Por fortuna, nuestra Constitución prescribe que los estados de excepción no pueden modificar el principio de responsabilidad del Gobierno (art. 116.6 CE y art. 3 LOEAES), ni tampoco interrumpir el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado durante su vigencia (art. 116.5 CE y art. 1.4 LOEAES), en especial la actividad de las Cortes Generales; ello, porque tanto el control jurisdiccional como el control parlamentario juegan un papel decisivo para evitar vulneraciones de derechos y extralimitaciones del Ejecutivo. Estas y otras garantías procedimentales que articula el texto constitucional –que por motivos de espacio no podemos desarrollar–, junto a la existencia misma del artículo 55.1 CE, «son expresión del importante esfuerzo realizado por el

¹³ CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, p. 112.

¹⁴ Nótese que a lo largo del artículo hacemos siempre alusión al *Derecho de excepción*, evitando utilizar el término *Derecho de necesidad*, por encajar mejor en un Estado de Derecho que somete la emergencia a límites y garantías, alejándose por tanto de célebres principios del Derecho de necesidad tales como *salus populi suprema lex est* o *necessitas non habet legem*.

¹⁵ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho: Comisión de Venecia, «Compilation of Venice Commission opinions and reports on states of emergency», cit., p. 4.

¹⁶ RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., «Emergencia constitucional», *Diario Sur*, 2020. Disponible en <<https://www.diariosur.es/opinion/emergencia-constitucional-20200325000610-ntvo.html>>. [Consultado el 29/03/2020].

¹⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 8-9.

constituyente en orden a lograr y garantizar la extensión del imperio de la ley, del imperio del orden constitucional, a las situaciones excepcionales»¹⁸.

En este contexto, considero que la suspensión del artículo 55.1 CE es la garantía más importante que establece nuestra Carta Magna de cara a defender nuestros derechos y libertades fundamentales frente a posibles injerencias del poder público en tiempos de emergencia, pues, como sostiene Ruiz Robledo, parafraseando a Loewenstein, «las situaciones de crisis colocan al Estado democrático constitucional “frente al más difícil de los problemas” porque, al darle un poder extraordinario a los gobernantes para defender la sociedad democrática, estos “pueden pervertirlo para sus fines”»¹⁹. Si no dotamos de significado al contenido y alcance de la suspensión, corremos un riesgo extraordinario de padecer serias vulneraciones de nuestros derechos fundamentales por parte de los poderes públicos.

II. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 55.1 CE

1. La necesidad de configurar su significado

Antes de exponer los motivos por los cuales es imperioso configurar el significado de la suspensión del artículo 55.1 CE, es importante apuntar brevemente algunos matices sobre el precepto indicado. Primero, a fin de obtener una visión coherente de la regulación de los estados de excepción en la Constitución, es obligatorio hacer una lectura sistemática de la misma abordando el encaje que tiene el artículo 116 CE en relación con el artículo 55.1 CE, de lo que se deriva la exigencia de aplicar la suspensión de derechos siempre con un *enfoque restrictivo*²⁰. En este marco, conviene recordar que la norma constitucional excluye la posibilidad de suspender derechos en el estado de alarma, quedando reservada esta medida extraordinariamente grave a los estados de excepción y sitio, con sus respectivas garantías. Igualmente importante es diferenciar los apartados primero y segundo del artículo 55 CE, por cuanto el primero se refiere a la *suspensión general* de derechos en situaciones de excepción, mientras que el segundo posibilita la denominada *suspensión individual* de derechos «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas

¹⁸ LÓPEZ BASAGUREN, A. y MAESTRO BUELGA, G., «Garantismo, emergencia y suspensión de Derechos fundamentales en la legislación de excepción», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 21, 1988, p. 50.

¹⁹ RUIZ ROBLEDOS, A., «Debemos vigilar al capitán Sánchez», *El español*, 2020. Disponible en <https://www.lespanol.com/opinion/tribunas/20200325/debemos-vigilar-capitan-sanchez/477572242_12.html>. [Consultado el 30/03/2020].

²⁰ La necesidad de interpretar de manera restrictiva las limitaciones de los derechos fundamentales se vuelve todavía más patente en situaciones de emergencia. Por fortuna, este requerimiento comporta un verdadero estándar internacional, el cual consiste en exigir que las medidas excepcionales que impliquen restricciones de derechos fundamentales deben interpretarse de manera restrictiva, en términos de competencia y alcance, así como en el fondo. Vid. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho: Comisión de Venecia, «Compilation of Venice Commission opinions and reports on states of emergency», cit., p. 25.

armadas o elementos terroristas». De este modo, el único inciso que estrictamente nos interesa en este trabajo es el apartado primero del artículo 55 CE²¹.

Si bien es cierto que la situación actual no es la adecuada para configurar el significado de la suspensión del artículo 55.1 CE –pues entiendo que debería haberse establecido con anterioridad–, considero que, de cara al futuro, es imprescindible consensuar su significado por varios motivos. En primer lugar, porque el artículo 55.1 CE delimita la conocida como *Constitución suspendible*²², reservada a un elenco tasado de derechos enumerados en el artículo 55.1 CE susceptibles de ser suspendidos, lo que en último término significa que no puede suspenderse de forma genérica la Constitución²³. En segundo lugar, porque la ausencia de definición de la suspensión dejaría vacía la obligación, derivada de los estándares internacionales, de establecer límites materiales al alcance de los poderes extraordinarios capaces de restringir derechos y libertades fundamentales durante un estado de emergencia²⁴. Adicionalmente, esta ausencia de configuración dificulta cumplir con nuestras obligaciones derivadas del mecanismo de derogación establecido en el artículo 15 del CEDH –que permite a los Estados restringir o exceptuar la aplicación de ciertos derechos individuales en circunstancias excepcionales de emergencia o guerra–, cuyo uso es obligatorio en caso de que se apliquen medidas restrictivas de derechos reconocidos en el Convenio que se salgan de las limitaciones habitualmente permitidas²⁵. Por último, establecer el significado de la suspensión es imprescindible porque constituye una auténtica garantía de los derechos y libertades fundamentales, cuya trascendencia por su doble carácter de derecho subjetivo y

²¹ El término *estricto* no ha sido elegido al azar, pues el contexto del artículo 55.2 CE también puede dar lugar a una situación excepcional, en el sentido del artículo 116 CE, ya que en las últimas décadas la legislación en materia de terrorismo está alcanzando –o sobrepasando– el ámbito de lo excepcional. Esta línea que anteriormente parecía estar perfectamente definida queda desdibujada, principalmente, por las conocidas como *hidden, de facto and complex emergencies*. En este sentido, véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism», sesión 37, 2018, párr. 5. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/054/36/PDF/G1805436.pdf?OpenElement>>. [Consultado el 12/01/2020].

²² GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020, p. 374.

²³ TORRES MUÑOZ, I., «Los estados excepcionales», en *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, Tomo II, Madrid (Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), 2018, p. 632.

²⁴ La Comisión de Venecia indica que ningún Estado tiene derecho a ignorar el principio del Estado de Derecho, incluso en situaciones de emergencia, por lo que deben existir garantías materiales y formales que impidan el uso indebido de medidas excepcionales. Es patente que la suspensión del artículo 55.1 CE es una garantía material para proteger nuestros derechos, pero resulta inútil si no se concreta su significado. En consecuencia, consideramos imprescindible desarrollar el alcance y significado de la suspensión para cumplir con la obligación de establecer *límites estrictos al alcance de los poderes extraordinarios* que se confieren a los poderes públicos. Vid. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho: Comisión de Venecia, «Compilation of Venice Commission opinions and reports on states of emergency», cit., pp. 4-7.

²⁵ Consejo de Europa, «Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states», cit., p. 2.

de elemento objetivo del orden democrático²⁶ hace que el Estado social y democrático de Derecho se proyecte en la propia eficacia de los mismos.

2. El alcance y significado de la suspensión: el contenido esencial

Para asegurar las garantías que nos brinda la Constitución y certificar que la suspensión de derechos y libertades del artículo 55.1 CE es una excepción, proponemos acudir a la garantía del *contenido esencial* del artículo 53.1 CE como referencia para delimitar lo que constituye o no la suspensión de derechos. Para ello, de conformidad con la cláusula de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 53.1 CE), debemos repasar en qué consiste este *límite de los límites* del legislador a la hora de restringir derechos fundamentales, teniendo siempre presente, como apunta Casal Hernández, que «el legislador no es dueño de los derechos ni la validez de estos se supedita a su desarrollo legislativo, de manera que, al admitirse su potestad de imponerles restricciones, con fundamento en la Constitución, surge la necesidad de dejar a salvo una parte del derecho subsistente a la tarea normativa que aquel desempeña»²⁷.

Este límite a la regulación de los derechos fundamentales por el legislador está garantizado en el artículo 53.1 CE, que además de la reserva de ley que rige en materia de derechos fundamentales, impone respetar el contenido esencial de los mismos *en todo caso*²⁸. En este punto nos interesa subrayar que el contenido esencial no es la única garantía destinada a proteger los derechos fundamentales, sino que se proyecta como la última barrera para su salvaguarda, o como ha expresado Prieto Sanchís, ha de entenderse «como la última y no como la única garantía»²⁹. En todo caso, lo cierto es que la Constitución no establece ninguna metodología para la determinación del contenido esencial, a pesar de su importancia sustantiva, «lo que convierte a la garantía del contenido esencial en un problema interpretativo»³⁰. Por este motivo, varias son las corrientes que han tratado de

²⁶ Esta doctrina consolidada del Tribunal Constitucional se desprende, entre muchas otras, de las siguientes sentencias: STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.º; STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6.º; y STC 159/2019, de 12 de diciembre, FJ 5.º.

²⁷ CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Bogotá (Temis), 2020, p. 274.

²⁸ Como es ampliamente conocido, la garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de nuestra Constitución está inspirada en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo origen se encuentra en la «desgraciada peripecia histórica de la Constitución de Weimar, que se mostró impotente [...] para frenar el proceso de yugulación de las libertades y derechos individuales fundamentales». Vid., entre otros, PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, 1981, p. 170.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y libertades: Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, n.º 8, 2000, p. 439.

³⁰ GAVARA DE CARA, J. C., «El contenido esencial de los derechos fundamentales», p. 4. Disponible en <<https://www.iustel.com/v2/c.asp>>. [Consultado el 19/06/2020].

desarrollar su significado, tradicionalmente divididas en la teoría relativa y la teoría absoluta del contenido esencial³¹. La teoría relativa identifica el contenido esencial con la necesidad de justificar la limitación del derecho en virtud de otro bien constitucional, de tal forma que «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación»³². En este sentido, la teoría relativa equipara la garantía del contenido esencial con el principio de proporcionalidad³³, por lo que se podría producir el «sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase»³⁴. Por otro lado, la teoría absoluta del contenido esencial sostiene que existe en los derechos fundamentales «un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada»³⁵. El principal problema de esta vertiente radica en la dificultad de delimitar ese contenido impenetrable, motivo por el cual no pocos autores han llegado a calificar el contenido esencial como un concepto jurídicamente indeterminado³⁶.

A día de hoy las distintas teorías sobre el contenido esencial siguen suscitando controversias no fáciles de resolver. En ese delicado escenario, el Alto Tribunal, entre las múltiples opciones posibles, se decantó muy pronto por la teoría absoluta (STC 11/1981, de 8 de abril), que en realidad transformó en una teoría híbrida, «acuñando una doctrina

³¹ Aclaramos que en el texto principal, por motivos de espacio y por encajar mejor con nuestro enfoque del estudio de los estados de emergencia en contraposición con el abuso de poder, únicamente aludimos a las teorías relativas y absolutas para explicar la garantía del contenido esencial, pues ambas están encaminadas a determinar su *alcance sustantivo*. Empero, es importante advertir que existen otras teorías que tratan de explicar el *objeto que pretende proteger* la garantía del contenido esencial, que son las denominadas teorías objetivo-abstractas, normalmente contrapuestas a las teorías subjetivo-individuales. Sin poder detenernos en su análisis, nos limitamos a mencionar el interesante enfoque de J. M. Casal Hernández, quien estima «certada la opinión de vincular la garantía del contenido esencial tanto a la dimensión subjetiva como a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales [ya que] en cuanto normas jurídicas generales los derechos fundamentales poseen una innegable faceta objetiva-abstracta, al tiempo que reconocen facultades subjetivas en cabeza de los respectivos titulares», añadiendo que «la dimensión subjetiva es la que ha de ser tenida en cuenta por regla general, mientras que ha de acudir a la objetiva cuando se trate de derechos cuya restricción normalmente se traduce en la total privación del disfrute del derecho». Vid. CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, cit., pp. 279 y ss.

³² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, p. 288.

³³ MEDINA GUERRERO, M., «La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», en *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, Tomo I, Madrid (Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), 2018, p. 1467.

³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», cit., p. 438.

³⁵ MEDINA GUERRERO, M., «La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», cit., p. 1467.

³⁶ Para consultar un breve repaso de los principales autores que defienden esta calificación, véase PETIT GUERRA, L. A., «La categoría del “contenido esencial” para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación», *Revista de Derecho (UCUDAL)*, n.º 15, 2017, pp. 227-229.

que se ha mantenido inalterada desde entonces»³⁷. En virtud de esta doctrina, el Tribunal Constitucional establece que el contenido esencial, como mandato constitucional dirigido al legislador enmarcado en el artículo 53.1 CE³⁸, se puede determinar por medio de dos caminos que tradicionalmente se presentaban como antagónicos y que en realidad son complementarios³⁹. El primero se refiere a la *naturaleza jurídica* o al *modo de concebir el derecho*, que preexiste conceptualmente al momento legislativo y está constituido por «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»⁴⁰. El segundo camino, que complementa al anterior, se remite a los *intereses jurídicamente protegidos*, donde la esencialidad del contenido del derecho se identifica con aquella parte «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»⁴¹.

Desde luego, la teoría híbrida del Tribunal Constitucional, cuyos cimientos descansan sobre la teoría absoluta, salvaguarda la finalidad para la que inicialmente fue concebida la doctrina del contenido esencial, que «estaba en parte dirigida a ofrecer una protección adicional a la que pudiera derivarse del principio de proporcionalidad»⁴², pues, como indica

³⁷ MEDINA GUERRERO, M., «La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», cit., p. 1467. No obstante la invariabilidad de la jurisprudencia referida, es de justicia aclarar que el Tribunal Constitucional, como explica L. Prieto Sanchís, «en la práctica no siempre se ha mostrado fiel a esa doctrina: unas veces respaldando leyes que juzgaba justificadas sin plantear la posible vulneración del contenido esencial, y otras veces, a la inversa, reconociendo libertad al legislador hasta el límite infranqueable del contenido esencial». A esto cabe añadir, extrapolando al caso español las palabras de J. M. Casal Hernández refiriéndose a Alemania, que la jurisprudencia ha propiciado alguna confusión en cuanto a la diferenciación del contenido esencial «con las implicaciones del principio de proporcionalidad, [...] por cuyos cauces normalmente discurre la revisión judicial, desde una perspectiva material, de las restricciones legislativas a los derechos fundamentales». Vid. Prieto Sanchís, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», cit., p. 439 y CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, cit., p. 269.

³⁸ STC 159/2019, de 12 de diciembre, FJ 5.º.

³⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º.

⁴⁰ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º. El Tribunal añade a reglón seguido que la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un tipo tiene que estar «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». Este matiz es clave, pues desacredita la lectura de la teoría absoluta como una teoría absolutamente rígida donde el contenido esencial deba ser necesariamente «estable e inalterable». Así se expresa en GAVARA DE CARA, J. C., «El contenido esencial de los derechos fundamentales», cit., p. 8.

⁴¹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º.

⁴² CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, cit., p. 267. En el mismo sentido, destaca el autor en la página 271 que la inclusión del contenido esencial en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «alcanza un reconocimiento que tiende a diferenciarlo

Cidoncha Martín, el principio de proporcionalidad acarrea un riesgo primordial: «que su aplicación pura y dura conduzca al sacrificio absoluto del derecho fundamental»⁴³. En mi opinión, este es el peligro que trata de evitar nuestra Constitución con la consagración del contenido esencial en su artículo 53.1, que literalmente exige su respeto «en todo caso»⁴⁴. Con todo, la teoría híbrida no resuelve todos los problemas que encierra la teoría del contenido esencial –los cuales no pueden ser desarrollados con mayor profundidad en este trabajo⁴⁵–. No obstante, más allá de sus dificultades, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición clara respecto al problema de fondo que subyace en la teoría del contenido esencial –en sentido amplio–, que no es otro que el de considerar dicha cláusula bien como una garantía propia y autónoma de protección de derechos, o, por el contrario, como una cláusula declarativa que nada nuevo añade al sistema de protección de los mismos⁴⁶. Afortunadamente, la STC 11/1981 se decanta sin ambages por la primera opción, considerando que la garantía del artículo 53.1 CE tiene autonomía propia. Tan es así, que si acudimos a la asentada doctrina de *los límites de los límites* de los derechos fundamentales, donde el

del principio de proporcionalidad, dado que este se encuentra formulado como una garantía adicional o complementaria a aquella».

⁴³ CIDONCHA MARTÍN, A., «El contenido esencial de la libertad de empresa», en *La libertad de empresa*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006, p. 305. En nuestra opinión, la teoría del contenido esencial que construye A. Cidoncha Martín en el libro indicado es brillante. Pese a que el autor se incline en mayor medida que nosotros por la teoría relativa –lo cual no nos impide estar de acuerdo con muchas de sus aserciones–, lo extraordinario de su tesis radica en mostrarse especialmente sensible a las peligrosas implicaciones de la postura relativista, lo que lleva al autor a construir una teoría propia que tiende hacia la proporcionalidad, pero que se niega a prescindir de una «barrera absoluta».

⁴⁴ La literalidad del precepto constitucional es clave, pues, en contra de lo que sostienen los autores favorables a la teoría relativa, el contenido esencial debe ser respetado *en todo caso* o, dicho de otro modo, la Constitución no dice que deba respetarse el contenido esencial siempre que esté justificado, siempre que sea proporcional, dependiendo del caso o cualquier otra fórmula análoga.

⁴⁵ Entre las principales críticas a la teoría del contenido esencial destacamos el problema de su indeterminación; las dudas en torno a su ámbito de aplicación; la cuestión de si el contenido accesorio del derecho queda desprotegido; y la disputa entre las teorías objetivo-abstractas y las subjetivo-individuales. En este sentido, véase PETIT GUERRA, L. A., «La categoría del “contenido esencial” para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación», cit. y CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, cit.

⁴⁶ Esta última posición es defendida por autores como J. Brage Camazano, quien sostiene que el contenido esencial tiene un valor «meramente declaratorio o retórico», que nada nuevo protege que no estuviera ya garantizado en la Constitución. Empero, nos da la sensación de que el autor llega a la misma conclusión que nosotros, o desde luego muy parecida, pues indica –siguiendo y citando a P. Häberle– que el contenido esencial debe actuar como una reserva «del Estado constitucional para supuestos límite en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; [donde habrá que] desempolvar *la cláusula del contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos* vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales» [énfasis nuestro]. Por lo demás, coincidimos con L. Parejo Alfonso, no tanto en relación con el carácter declarativo de la prohibición de afectar el contenido esencial, sino en la consideración de que en modo alguno dicha afirmación puede servir para negar su eficacia jurídica. Vid. BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid), 2015, pp. 617-618 y PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», cit., p. 181.

primero se refiere al ya comentado contenido esencial, mientras que el segundo responde al principio de proporcionalidad, nos encontramos con «dos “límites de los límites” que cuentan con sustantividad propia y operan, por tanto, cumulativamente en nuestro sistema de derechos fundamentales»⁴⁷. De este modo, la garantía del contenido esencial nace del artículo 53.1 CE, mientras que el principio de proporcionalidad, pese a no aparecer expresamente reconocido en la Constitución, tiene su anclaje en la cláusula del Estado de Derecho, en el principio de interdicción de la arbitrariedad y en el valor de justicia⁴⁸. Así pues, el contenido esencial y el principio de proporcionalidad son dos límites-garantía diferenciados en nuestro ordenamiento jurídico, que son empleados por el Tribunal Constitucional para controlar la actividad limitadora de derechos fundamentales del legislador.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante de esta cuestión surge de la interacción entre la suspensión del artículo 55.1 CE y la doctrina de los límites de los límites de los derechos fundamentales, donde *se invierten las posiciones de los límites-garantía según nos encontremos en una situación ordinaria o en una de emergencia*. Si en tiempos de normalidad es el contenido esencial –en el sentido de la teoría absoluta, que es la que defendemos– el que actúa como última barrera de protección de los derechos fundamentales, incluso como límite al principio de proporcionalidad⁴⁹, resulta que en una situación de emergencia contemplada en el artículo 55.1 CE se puede afectar el núcleo esencial de los derechos, pues este coincide con el ámbito de la suspensión, de tal manera que las posiciones ordinarias de los límites-garantía se invierten, convirtiéndose en este caso el principio de proporcionalidad en la última línea de defensa de nuestros derechos y libertades. Podemos concluir entonces que la garantía –con sustantividad propia– del contenido esencial del artículo 53.1 CE, en el sentido de la teoría absoluta, es la línea divisoria entre lo que comporta o no la suspensión de derechos fundamentales. Más allá de las posiciones contrarias a la teoría absoluta, lo cierto es que dicha teoría está integrada en la doctrina híbrida del Tribunal Constitucional, que sigue operando en la actualidad, y en un intento por consensuar un contorno pragmático del significado y alcance de la suspensión, sugerimos basarnos en ella para logarlo.

De forma parecida se han pronunciado autores como Díaz Revorio, sosteniendo que el contenido esencial comporta «la verdadera diferencia entre la restricción y la suspensión de los derechos»⁵⁰; F. J. Álvarez García, defendiendo que el camino más adecuado para

⁴⁷ MEDINA GUERRERO, M., «La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», cit., p. 1467.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1468.

⁴⁹ L. Prieto Sanchís explica a la perfección la interacción entre contenido esencial y principio de proporcionalidad, señalando que «toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho». Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», cit., p. 439.

⁵⁰ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 9 de abril de 2020. Disponible en <<https://almacendederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>>. [Consultado el 7/05/2020].

diferenciar entre limitación y suspensión «es el de precisar qué se entiende por contenido esencial»⁵¹; o Cotino Hueso, «por cuanto al alcance material de la restricción que implica la suspensión, la garantía del contenido esencial del derecho suspendido (art. 53. 1.º CE) puede quedar afectada y no tener que respetarse»⁵². Asimismo, Requejo Rodríguez sostiene que el artículo 55.1 CE, más que la suspensión de derechos fundamentales, lo que hace es dejar «transitoriamente inoperante la obligación que el art. 53.1 CE impone al legislador» de someterse al contenido esencial, que dejará de cumplir «su habitual función de garantía sustantiva»⁵³.

Con todo, además de sostener que el contenido esencial es la pieza clave para distinguir entre suspensión y restricción de derechos, es necesario matizar algunos aspectos de la suspensión de derechos fundamentales, denominado con gran acierto por Cotino Hueso como «lo excepcional dentro de la excepcionalidad constitucional»⁵⁴.

En primer lugar, considero importante diferenciar los casos de ponderación individuales entre derechos –o entre derechos y principios– y la suspensión de alcance general. Siguiendo a Díaz Revorio, es preciso manifestar que en toda ponderación individual «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»⁵⁵. Siendo así, entendemos que no pueden equipararse estas situaciones de alcance particular a los casos de suspensión con alcance general e indiscriminado, pretendiendo que esa «cesión» o «claudicación» puntual e individual de un derecho sea un caso de suspensión»⁵⁶. Además, no en vano existe una diferenciación entre la *suspensión general* de derechos fundamentales (art. 55.1 CE) y la *suspensión individual* de los mismos (art. 55.2 CE). También es significativo, en fin, observar cómo se dieron prioridad a unos derechos sobre otros, por adelantado y de forma generalizada, en los dos primeros estados de alarma que se declararon en España. Así, el Real Decreto 1673/2010⁵⁷ daba preeminencia al derecho de la libertad de circulación; mientras que el Real Decreto 463/2020⁵⁸ priorizaba el derecho a la salud.

⁵¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 40, 2020, pp. 7-8.

⁵² COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 92.

⁵³ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», cit., p. 112.

⁵⁴ COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», cit., p. 91.

⁵⁵ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», cit.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

⁵⁸ 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.

Por otro lado, el hecho de que puedan suspenderse ciertos derechos fundamentales no implica que desaparezcan –en contra de lo que sostienen varios autores⁵⁹–, sino que, «como apunta el TEDH, entre “privación” y “restricción de libertad” no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia»⁶⁰. Por tanto, pese a que la Constitución permita suspender derechos fundamentales, «ni se suprimen ni se extinguen ni se pierden»⁶¹. Adicionalmente, como asegura Requejo Rodríguez, mientras se mantenga vigente la excepcionalidad, «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»⁶². A este respecto, Díaz Revorio sostiene también que la suspensión de derechos no implica su desaparición o supresión, sino retrocesos en las garantías de los mismos, lo que se desprende de la regulación contenida en la LOEAES, donde «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»⁶³. De igual modo, el hecho de que se exija adecuación, necesidad y proporcionalidad en la aplicación del artículo 55.1 CE nos lleva a concluir que la Constitución en modo alguno pretende equiparar la suspensión de derechos a la desaparición de los mismos; y consideramos que tampoco pretende la Constitución, como sostiene Bastida Freijedo, que la suspensión de un derecho fundamental implique su exclusión temporal «del catálogo de derechos de la Constitución [existiendo solo] en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende»⁶⁴, sino que persigue exactamente lo contrario: que el derecho fundamental que pretenda suspenderse quede restringido exclusivamente en los términos concretos que señale el decreto de excepción o de sitio, quedando inalterado el resto de su contenido, que sigue estando vigente⁶⁵.

⁵⁹ Algunos autores de importante calado sostienen, con diferentes fórmulas de idéntico resultado, que la suspensión de derechos fundamentales supone la anulación de su contenido esencial, su exclusión temporal de la Constitución o su desaparición. C. Garrido López defiende y resume esta posición, sostenida por autores como P. Cruz Villalón y F. Bastida Freijedo, en GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», cit., p. 390.

⁶⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., p. 7.

⁶¹ ARNALDO ALCUBILLA, E., «Tarjeta roja al Gobierno y a Batet: juristas afirman que los diputados deben poder controlar a Sánchez», *Diario El Español*, 2020. Disponible en <https://www.elspanol.com/espana/tribunales/20200404/tarjeta-gobierno-batet-juristas-diputados-controlar-sanchez/479703576_0.html>. [Consultado el 4/04/2020].

⁶² REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», cit., p. 111.

⁶³ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», cit.

⁶⁴ BASTIDA FREIJEDO, F., «La cuarentena de los derechos», *La Nueva España*, 2020. Disponible en <La cuarentena de los derechos - La Nueva España (Ine.es)>. [Consultado el 4/05/2020].

⁶⁵ Esta es la interpretación que consideramos más respetuosa con la Constitución y con el Estado de Derecho. Tal y como recuerda el importante FJ 15.º de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 CE respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental implica, entre otras exigencias, que «aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación».

Por último, es necesario manifestar que siempre que estemos en el ámbito de la suspensión de derechos será obligatorio acogerse al derecho de derogación del artículo 15 del CEDH, teniendo en cuenta que la excepción de ciertas obligaciones del Convenio en situaciones de emergencia es legalmente distinta de las restricciones permitidas en tiempos normales⁶⁶. Como vemos, también es crucial determinar el significado de la suspensión para cumplir con nuestras obligaciones internacionales.

Expuesta la posición del Alto Tribunal sobre el contenido esencial y perfilado el alcance de la suspensión, si combinamos ambos elementos, partiendo de la base de que el contenido esencial actúa como línea divisoria entre suspensión y limitación de derechos, podemos extraer las siguientes consecuencias. En primer lugar, en el estado de alarma solo se pueden limitar derechos fundamentales sin invadir el contenido esencial de los mismos. El poder extraordinario asumido por el Ejecutivo en este estado excepcional consiste, entre otras cosas, en poder limitar derechos y libertades fundamentales saliéndose del marco ordinario que exige que sea una ley orgánica la que regule tales limitaciones (art. 81 CE), pero sin poder sobrepasar los dos límites de los límites. Es importante reseñar, en coherencia con lo anterior y en virtud del principio de reserva de ley *ex* artículo 53.1 CE, que en ningún caso podrán limitarse derechos fundamentales por medio de órdenes ministeriales ni demás actos o disposiciones de las autoridades delegadas⁶⁷. En segundo lugar, únicamente en los estados de excepción y de sitio se puede incidir en el contenido esencial de los derechos fundamentales, que podrán quedar suspendidos con mayor o menor intensidad en virtud del principio de proporcionalidad, pero nunca podrán desaparecer. Coincidiendo una vez más con Cotino Hueso, deben mantenerse «generalmente las garantías de razonabilidad vinculada a la no arbitrariedad y proporcionalidad y que en todo caso, pese a que no se mantenga el contenido esencial, se postulen unos mínimos a respetar»⁶⁸. En consecuencia, al igual que en

Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...]. Y ha de señalarse, asimismo, que *no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho [...], sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría *lesionando el contenido esencial del derecho fundamental* así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio [...]. De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, *la Ley ya no cumple su función de garantía* del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica» [énfasis añadido].

⁶⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism», cit., párr. 8.

⁶⁷ Esta exigencia queda reflejada en el citado FJ 15.º de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, e implica que solo pueden limitar derechos fundamentales «los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de emergencia *ex* art. 116 CE [por ser] actos y disposiciones con fuerza o rango de ley» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 11.º).

⁶⁸ COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», cit., p. 93.

situaciones ordinarias es el contenido esencial el que conforma el último reducto, la última barrera de protección de los derechos y libertades fundamentales, en tiempos marcados por la emergencia van a ser el principio de proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad los que conformen esa última línea de defensa de nuestros derechos.

III. CÓMO ENFOCAR LA APLICACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA RESPETUOSO CON LA CONSTITUCIÓN

Estando ausente el significado de la suspensión del artículo 55.1 CE corremos el riesgo de que se minusvalore *la posición central* que la misma ocupa en nuestro Derecho de excepción, cuya prioridad debe incluso determinar el orden en que debe abordar el Ejecutivo la forma de superar las situaciones excepcionales –lo cual no parece haberse respetado por la forma en que se ha afrontado la crisis de la Covid-19 en España–. Por este motivo, en este apartado vamos a proponer, desde un punto de vista respetuoso con la Constitución, el orden en que debe abordar el Ejecutivo la manera de reaccionar ante la emergencia. Si el Ejecutivo entiende que no puede hacer frente a la crisis por medio de los instrumentos ordinarios del Estado⁶⁹, y teniendo en cuenta que la Constitución no define los supuestos de hecho habilitantes para cada estado de excepción, creemos que debe estudiar en primer lugar las medidas extraordinarias que va a necesitar para superarla, pues la naturaleza de estas medidas sí se contempla en la Constitución.

Por consiguiente, el punto de partida «es lo que dice la Constitución, en concreto en sus artículos 55.1 y 116»⁷⁰. De entre todas las alternativas admisibles, deberá elegir aquella opción que mejor se ajuste a la Constitución y que permita adoptar medidas idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Teniendo en cuenta que el fin constitucionalmente legítimo de las medidas a adoptar es superar la situación excepcional y así volver a la normalidad –sin adjetivos, si no es mucho pedir–, el Ejecutivo tendrá que valorar qué medidas pueden lograr la consecución de dicha finalidad. En esta valoración, el Ejecutivo debe plantearse si acudir a la facultad de suspender derechos del artículo 55.1 CE cumple o no con el principio de proporcionalidad. En nuestra opinión, el examen de si es necesario suspender derechos fundamentales debe hacerse antes de plantearse el encaje que pueda tener la situación de crisis en los supuestos de hecho definidos en la LOEAES, ya que, como exponíamos al principio, tales supuestos no están regulados en la Constitución. Si del juicio de proporcionalidad realizado por el Gobierno se estima necesario suspender ciertos derechos fundamentales, no quedará más remedio que plantearse la declaración

⁶⁹ Es evidente que antes de explorar la posibilidad de aplicar un estado excepcional debe haberse estudiado la viabilidad de afrontar la crisis por medio de la legislación ordinaria, en la que se incluye el Derecho ordinario de situaciones excepcionales. Una vez descartada la idoneidad de esta vía, podrá considerarse la aplicación del Derecho constitucional de excepción.

⁷⁰ ALEGRE ÁVILA, J. M. y SÁNCHEZ LAMELAS, A., «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», entrada de 13 de marzo de 2020. Disponible en <file:///C:/Users/anachacon/Downloads/Emergencia%20v%C3%ADrica-nota-III%20(1)%20(1).pdf>. [Consultado el 20/05/2020].

del estado de excepción o del estado de sitio. Esta argumentación se puede resumir con las siguientes palabras de Teruel Lozano: «hay que atender más a la naturaleza de las medidas que se quieren adoptar, considerando aquí sí a una visión “gradualista”, que a una “artificial” diferenciación entre situaciones con origen natural o humano vinculadas —o no— a alteraciones de orden público. Sobre todo porque la Constitución no ha especificado los presupuestos habilitantes, por así llamarlos, para la declaración de estos estados, pero sí que ha introducido una regla clara en el artículo 55.1 CE en relación a sus efectos»⁷¹. Cabe añadir que esta lógica se refuerza con una idea clave en el Derecho de excepción, relativa a la imposibilidad de regular de antemano toda situación susceptible de originar un estado de excepción.

Además, consideramos que la interpretación más respetuosa con nuestra Constitución en caso de existir dudas acerca de si las medidas excepcionales que se consideran estrictamente necesarias para superar la crisis comportan o no suspensión de derechos fundamentales, consiste en optar por la declaración del estado de excepción o de sitio. En caso de que el Ejecutivo se incline por acudir al estado de alarma, es obligatorio excluir del decreto de alarma todas aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales sobre las que no se tenga una certeza absoluta acerca de si implican o no suspensión de derechos.

Con esto no se pretende restar importancia a los supuestos de hecho establecidos en la LOEAES, que tampoco pueden desoírse, pues ello podría acarrear el enorme riesgo de emplear los estados de excepción en situaciones que podrían abordarse con los poderes ordinarios del Estado, abriendo la puerta a abusos inconcebibles en un Estado de Derecho. Pero precisamente, en aras de garantizar y respetar el Estado de Derecho, sostenemos que es mejor empezar el examen del uso de los instrumentos excepcionales por el respeto a los límites perfilados en la propia Constitución. En concreto, entendemos necesario examinar con anterioridad si se va a aplicar la suspensión del artículo 55.1 CE, para posteriormente determinar el estado excepcional que se va a declarar.

Exactamente a la conclusión contraria llega Gómez Fernández, pues entiende que el examen ha de comenzar por los supuestos de hecho recogidos en la LOEAES⁷². La letrada del Tribunal Constitucional sostiene, en base a una elocuente argumentación, que la suspensión de derechos es solo una diferencia entre el estado de alarma y el estado de excepción, existiendo otros elementos diferenciales menos complicados y abstractos, motivo por el cual deben tenerse en cuenta en primer lugar las situaciones de emergencia, que además es

⁷¹ TERUEL LOZANO, G. M., «Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable», *Hay Derecho*, entrada de 11 de abril de 2020. Disponible en <<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/11/derecho-excepcion-control-gobierno-garantia-inderogable/>>. [Consultado el 17/04/2020].

⁷² GARRIDO LÓPEZ, C., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., COTINO HUESO, L., DÍAZ REVORIO, F. J., y PRESNO LINERA, M. A., «Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma a debate», seminario de la Fundación Manuel Giménez Abad de 21 de octubre de 2020. Disponible en <<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/videoteca/seminario-excepcionalidad-y-derecho-el-estado-de-alarma-debate>>. [Consultado el 18/12/2020].

un criterio más objetivo⁷³. Desde luego no podemos negar la enorme dificultad que entraña aportar claridad al incómodo concepto de la suspensión, del mismo modo que no podemos sino coincidir con la autora cuando subraya que una vez se haya decidido acudir al estado de alarma, habrá que tomar medidas que no impliquen suspensión de derechos⁷⁴. Ahora bien, más allá de que esta última afirmación nos devuelva al punto de partida –donde corremos el riesgo de entrar en un bucle interminable–, la principal diferencia en esta cuestión con nuestra tesis reside en que nosotros otorgamos una posición central a la suspensión y a la garantía del contenido esencial, mientras que Gómez Fernández –como muchos otros autores– las relega a un espacio secundario. En nuestra opinión, esta perspectiva es poco garantista, como tendremos ocasión de concretar más adelante. De momento nos limitamos a sostener que la posición de la autora, al querer enmarcar en primer lugar la situación en un supuesto de hecho regulado de antemano –y artificialmente diferenciado de los demás en la LOEAES–, coadyuva a reducir seriamente la flexibilidad y eficacia que toda respuesta ante una emergencia requiere, sobre todo si se ha optado por declarar un estado de alarma. Pero es que además, tal argumentación omite el importante artículo 28 LOEAES, que en atención al indiscutible mantra de los estados de emergencia relativo a la imposibilidad de prever y regular todo de antemano, establece expresamente la posibilidad de que se crucen supuestos de hecho del estado de alarma y de excepción, lo cual derriba la pretensión de mantener los supuestos de cada estado excepcional como compartimentos estancos. Finalmente, también creemos que esa postura pasa por alto una condición básica del Derecho de excepción, recogida en el artículo 1 LOEAES, que únicamente permite acudir a un estado excepcional si resulta imposible afrontar la situación por medio de los instrumentos ordinarios del Estado, *ergo* desde el primer momento se estudian qué medidas van a ser necesarias, para en un segundo momento plantearse cómo ejecutarlas dentro de la legalidad y de la Constitución.

IV. VALORACIÓN FINAL A LA LUZ DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO

La desoladora crisis ocasionada por la pandemia de la Covid-19 nos ha cogido a todos por sorpresa, incluido a nuestro Derecho de excepción. ¿Estado de alarma o estado de excepción? Esta ha sido una de las cuestiones más controvertidas desde que se declaró el estado de alarma en el Real Decreto 463/2020, donde la cuestión principal gira en torno al significado de la suspensión. Está claro que, más allá de mi opinión sobre lo que comporta su significado, es urgente adoptar una definición clara sobre este concepto.

Desde luego, nos encontramos en un ámbito sumamente complicado, donde, como apunta Gómez Fernández, en función de la posición previa que tengamos sobre la teoría de los límites de los derechos fundamentales, desarrollaremos una posición frente a lo que

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ *Ídem.*

implica la suspensión o limitación de derechos⁷⁵. Si bien compartimos esta última aserción, añadimos que la posición que cada uno adopte sobre la suspensión depende especialmente del grado de importancia con que esta se conciba.

En coherencia con lo expuesto a lo largo de este artículo, nuestra postura parte de otorgar el máximo nivel de importancia a la suspensión del artículo 55.1 CE, por ser una garantía trascendental en un doble sentido. En primer término, comporta una *garantía general de supervivencia de la Constitución y del Estado de Derecho*, por cuanto implica la imposibilidad de suspender genéricamente la Constitución. En segundo lugar, constituye una *garantía concreta de protección de los derechos y libertades fundamentales* esencial, pues se encarga de advertir una lista tasada de derechos susceptibles de ser suspendidos, únicamente durante los estados de excepción y de sitio, y solo aplicable de forma excepcional y con enfoque restrictivo.

El valor de estas afirmaciones es de tal magnitud que obliga a tratar la suspensión de forma seria y rigurosa. Nosotros creemos conveniente vincular el significado de la suspensión con el contenido esencial de los derechos fundamentales por considerar que es una garantía autónoma que actúa como última barrera de protección de los derechos fundamentales en tiempos de normalidad, mientras que en situaciones de emergencia constituye la línea divisoria entre lo que es y no es una suspensión de derechos.

Como no podía ser de otro modo, existen autores con posiciones distintas respecto al significado de la suspensión que han ido desarrollando sus tesis a raíz de la evolución de la pandemia. Para abordar el debate, y antes de analizar las posiciones particulares de diversos autores, es preciso exponer que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, bajo la denominación de «Limitación de la libertad de circulación de las personas», establecía que durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podían circular por las vías de uso público para la realización de unas pocas actividades básicas (hacer la compra, ir a la farmacia, acudir a hospitales...). Es decir, aunque se establecieron ciertas excepciones y alguna cláusula más abierta (fuerza mayor o actividad de naturaleza análoga), la norma partía de una prohibición general del derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE)⁷⁶. Adicionalmente, sobre todo a raíz de la modificación introducida por el Real Decreto 465/2020⁷⁷, que exigía realizar de forma individual las actividades permitidas por el Decreto, está claro que el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE quedaba implícitamente afectado. Ahora bien, ¿el grado de afectación de estos derechos era tal que implicaba su suspensión?

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., pp. 9-10.

⁷⁷ Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica 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.

Si atendemos a la argumentación esgrimida a lo largo de este trabajo, podemos concluir sin ambigüedad que el artículo 7 indicado ha rebasado con claridad el contenido esencial del derecho a la libertad de circulación y del derecho de reunión y manifestación⁷⁸. En efecto, en este contexto resulta problemático averiguar en qué consiste el núcleo esencial, pero no olvidemos que, tras más de cuarenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la inmensa mayoría de derechos y libertades fundamentales ya cuentan con una delimitación, más o menos clara, de lo que comporta su contenido esencial. Sin embargo, no encontramos mayor problema en afirmar, utilizando las palabras de la STC 11/1981, que la prohibición general de circular del citado artículo 7 hace que el derecho a la libertad de circulación *deje de ser reconocible* como perteneciente al tipo descrito, pues *la desaparición de sus posibilidades de actuación* en general, junto a la estricta condicionalidad exigida en las pocas excepciones de poder usar la vía pública –no digamos ya de poder circular por el territorio nacional–, no hacen sino *desnaturalizar* el derecho por completo. En esta línea se han pronunciado autores como Díaz Revorio, afirmando con mucha razón que el simple hecho de estar en la calle obligaba al ciudadano a justificar ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por qué se encontraba en ella, lo cual supone una alteración esencial de lo que es el contenido del derecho, que en último término significa que el derecho ha sido suspendido⁷⁹. Nos estaríamos engañando, dice Cotino Hueso, si no admitiésemos que ha quedado *desdibujada* –es decir, suspendida– la libertad deambulatoria⁸⁰.

Lo mismo podemos decir de la libertad de reunión y de manifestación pues, una vez más, la prohibición generalizada de circular imposibilita ejercer tales derechos; es decir, los hace *impracticables* al suprimir las facultades de actuación necesarias para que los derechos sean reconocibles. Y ello porque la circulación por vías de uso público, exclusivamente para las contadas actividades permitidas –entre las que no se incluía el derecho de reunión ni de manifestación–, debían realizarse individualmente, y por más que sea evidente, parece necesario recalcar que para ejercer los derechos del artículo 21 CE es condición *sine qua non* una agrupación de personas⁸¹. Por ende, sostenemos junto a autores como Fernández de Gatta⁸² que, también a raíz del artículo 7 referido, se ha producido una suspensión *de facto* de los derechos de reunión y de manifestación⁸³.

⁷⁸ Es importante subrayar que la suspensión de derechos que sostenemos se ha producido con claridad en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en su modificación por medio del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y en las prórrogas producidas por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril.

⁷⁹ GARRIDO LÓPEZ, C., et al., «Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma a debate», cit.

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ Por todas, STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.º.

⁸² FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, entrada de 6 de mayo de 2020. Disponible en <<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/05/18/los-problemas-de-las-medidas-juridicas-contra-el-coronavirus-las-dudas-constitucionales-sobre-el-estado-de-alarma-y-los-excesos-normativos>>. [Consultado el 1/06/2020].

⁸³ Considerando lo expuesto en el texto principal, es interesante citar la sentencia del TSJ de Aragón 224/2020, de 30 de abril. Pese a que la sentencia referida concluya que no existe suspensión del derecho de

A la argumentación anterior cabe añadir que el artículo 11 a) LOEAES no permite realizar una prohibición general de la libertad de circulación durante el estado de alarma, sino que posibilita limitar la circulación de personas o vehículos en horas y lugares determinados⁸⁴; o sea, el artículo parte de una libertad general para circular sobre la que se pueden realizar algunas excepciones puntuales y concretas⁸⁵. Exactamente al contrario de lo que se ha establecido en el artículo 7 del Decreto. Además, es importante tener presente que el artículo 20 LOEAES, al desarrollar las medidas restrictivas de la libertad de circulación durante un estado de excepción –capaz de suspender dicho derecho *ex* artículo 55.1 CE–, establece que se «podrá *prohibir* la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine» [énfasis añadido], lo cual supone una diferencia sustancial respecto de la *limitación* de la libertad de circulación permitida por el artículo 11 LOEAES durante el estado de alarma.

Con todo, algunos autores consideran que el artículo 7 del Decreto únicamente limita la libertad de circulación. Entre ellos se encuentra Bacigalupo Saggese, quien sostiene que el artículo 7 no contempla la suspensión del artículo 19 CE «dadas las amplias excepciones que contempla»⁸⁶. Respecto a este juicio, que consideramos desafortunado y poco riguroso, debemos decir que estamos más en sintonía con autores como Sánchez Lamelas, pues difícilmente puede imaginarse una situación en la que se vea más restringido el derecho a la libre circulación o los derechos de reunión y manifestación que la que hemos experimentado⁸⁷. O como dice F. J. Álvarez García, «si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?»⁸⁸.

También se ha defendido la licitud del artículo 7 del Decreto con base en la habilitación que hace el artículo 12.1 LOEAES para adoptar las medidas previstas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas durante el estado de alarma. Esta remisión nos lleva esencialmente a dos normas: el artículo 26.1 de la Ley General de Sanidad (en ade-

reunión y de manifestación, su lectura es sugestiva y coincide en ciertos aspectos con nuestro razonamiento. Con todo, creemos que debiera haberse planteado una cuestión de inconstitucionalidad, tal y como argumentó magistrado D. Javier Albar García en su voto particular.

⁸⁴ PRESNO LINERA, M. A., «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 57.

⁸⁵ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», cit.

⁸⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito», *Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide)*, entrada de 26 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html>. [Consultado el 3/04/2020]. En términos parecidos se expresa C. Garrido López, quien llega a decir que el artículo 7 del Decreto «previó numerosas excepciones a la prohibición general de circular por vías públicas». Vid. GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», cit., p. 395.

⁸⁷ SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: Derecho constitucional», Conferencia de 16 de abril de 2020. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=kfXCsFhriw>>. [Consultado el 16/04/2020].

⁸⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., p. 13.

lante LGS)⁸⁹ y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante LOMEMSP)⁹⁰. Bacigalupo Saggese defiende, junto a otros autores, que el artículo 7 «no contraviene lo establecido en el artículo 55 CE y halla cobertura legal suficiente en los artículos 12.1 LOEAEs así como 26.1 LGS y 3 LOMEMSP»⁹¹. Dejando a un lado la debilidad de la primera afirmación⁹², en efecto el artículo 12.1 LOEAEs permite remitirse a normas sanitarias, pero el hecho de que las mismas contengan cláusulas muy abiertas no puede llevarnos a concluir que pueden restringir cualquier derecho libremente sin límite alguno hasta el punto de saltarse la Constitución. Tal y como expone F. J. Álvarez García, «la LO no puede derogar un precepto constitucional, lo que obliga a que esa concreta cláusula de que la autoridad sanitaria podrá adoptar “las [medidas] que se consideren necesarias”, hay que entenderla no como equivalente a una habilitación a las autoridades sanitarias para proceder a una suspensión de derechos con carácter general, sino a una autorización para proceder a meras restricciones o limitaciones de los mismos con carácter particular»⁹³. En este razonamiento subyace la misma lógica que en uno de los argumentos más importantes y clarificadores de este debate, el cual ha sido perfectamente expuesto por Aragón Reyes: «no se debe caer en la tentación de interpretar el precepto constitucional de acuerdo a las normas ordinarias, incluso hasta vaciar a aquel de contenido; por el contrario, se trata de incorporar la norma ordinaria en el sistema jurídico constitucional, fuera del cual carece de existencia»⁹⁴.

Otro autor que defiende la licitud del artículo 7 del Decreto es García Figueroa, quien a nuestro juicio es uno de los pocos autores que ha argumentado de manera elocuente una forma de dar contenido a la suspensión sin vincularlo al contenido esencial. A modo de resumen, el autor defiende que la suspensión de derechos depende de la forma en que el decreto de alarma formule las restricciones de derechos, existiendo suspensión si se expresa en forma de regla, o no existiendo si se formula como un principio –por cuanto este último permite la ponderación–; en este sentido, defiende que «la remisión a “causas justi-

⁸⁹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo artículo 26.1 dispone: «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».

⁹⁰ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. El artículo 3 de la LOMEMSP establece: «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».

⁹¹ BACIGALUPO SAGGESE, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito», cit.

⁹² En nuestra opinión, decir que no se contraviene el artículo 55.1 CE sin explicar o justificar en forma alguna dicha aserción, no solo hace que la misma quede vacía de significado, sino que además esquivar responder a qué entiende por suspensión, que es la cuestión principal.

⁹³ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., pp. 5-6.

⁹⁴ ARAGÓN REYES, M., «Hay que tomarse la Constitución en serio», *Diario El País*, 2020. Disponible en <https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html>. [Consultado el 5/05/2020].

ficadas” genéricamente, así como la remisión a analogía (art. 7.1.h) supone la invocación de principios»⁹⁵, y en tanto que permiten la ponderación de los derechos, concluye que no hay suspensión de los mismos. Con todo, en esta sugestiva interpretación encontramos algunos problemas, entre los cuales destacamos lo que consideramos una premisa errónea y un resultado catastrófico. En nuestra opinión, la premisa errónea descansa en no distinguir entre una ponderación individual y una suspensión –o afectación si se prefiere– general e indiscriminada de derechos. Las diferencias ya han sido explicadas en este trabajo, por lo que nos limitamos a exponer que la suspensión generalizada de los derechos de los artículos 19 y 21 CE no puede identificarse con posibles ponderaciones de tipo individual, donde además el decreto de alarma ya ha dado prioridad de forma generalizada al derecho a la vida y a la salud por encima del derecho a la libertad de circulación; otra cosa es que un juez evalúe en un caso concreto, dentro del marco de prohibición general, si el ejercicio del derecho de un sujeto estaba justificado o no. Y aquí es donde entra lo que hemos denominado resultado catastrófico. Según García Figueroa, si el artículo 7 del Decreto hubiese formulado la restricción del derecho como una regla, con excepciones «marcadas de manera taxativa por el Gobierno [y] *sin posibilidad de ponderaciones en el ámbito jurisdiccional* [...] entonces procedería en estas circunstancias declarar el estado de excepción y no meramente de alarma»⁹⁶ [énfasis nuestro], entendiéndose suspendido el derecho por cuanto el Gobierno ha impedido la ponderación del mismo. Si hemos entendido bien la posición del autor, *el Ejecutivo puede decidir sobre la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para que se ponderen nuestros derechos*, algo que dista poco de la célebre frase de Schmitt «el soberano es quien decide sobre la excepción»⁹⁷. La gravedad de esta afirmación es palpable. La ponderación individual de derechos existe en un Estado de Derecho –también durante un estado excepcional– haya o no cláusulas abiertas o analógicas, lo permita o no el decreto de alarma, de excepción o de sitio, y permanece, en fin, diga lo que diga el Ejecutivo. Sostener lo contrario nos llevaría a negar la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y, en último término, volveríamos a la pavorosa impunidad del Ejecutivo en situaciones de emergencia. Por suerte, existen los artículos 116.6 CE y 3 LOEAEs que, como hemos mencionado someramente, instauran el principio de responsabilidad del Ejecutivo y permiten hacer valer nuestros derechos en vía jurisdiccional, conformando una garantía trascendental propia de un Estado de Derecho que trata de evitar a toda costa el abuso del poder, la impunidad y el totalitarismo. Por si fuera poco, también nos parece inimaginable una redacción de un decreto de alarma –de excepción o de sitio– sin cláusulas analógicas o de fuerza mayor; por ejemplo, no sería concebible no poder salir de tu casa aunque haya entrado un asesino en ella si el decreto en cuestión no lo contemplase expresamente. Lo que queremos decir es que la aplicación analógica de las excepciones previstas «sería posible aun cuando el real decreto

⁹⁵ GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 8 de abril de 2020. Disponible en <<https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>>. [Consultado el 10/05/2020].

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ SCHMITT, C., *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, cit., p. 5.

no la mencionase, toda vez que no se trata de una analogía en la definición de supuestos sancionables (en cuyo caso iría en perjuicio del ciudadano y sería inadmisibles) sino, justo al contrario, en los supuestos exentos»⁹⁸. En conclusión, ante la aseveración de García Figueroa «un derecho fundamental no está suspendido en tanto siga siendo ponderable»⁹⁹, nosotros sostenemos firmemente que en un Estado de Derecho nuestros derechos fundamentales son siempre ponderables.

Nos queda responder a la postura más habitual que en esta materia se contraponen a nuestra tesis, la cual vincula el significado de la suspensión al principio de proporcionalidad. Gómez Fernández defiende esta tesis de forma sagaz, donde, partiendo de la base de que la suspensión no es el único elemento que diferencia el estado de alarma del estado de sitio –restando deliberadamente relevancia al artículo 55.1 CE–, afirma que la introducción de condiciones para el ejercicio de un derecho se justifica por la preservación de otro derecho fundamental, lo que nos da la clave para colocarnos en la limitación y no en la suspensión absoluta; en este sentido, el canon para controlar la suspensión está en el principio de proporcionalidad desde la perspectiva del conflicto entre derechos y no en el contenido esencial, porque es sumamente complejo, abstracto y poco seguro¹⁰⁰. Como hemos defendido a lo largo de este artículo, la principal diferencia con nuestra tesis reside en dar preeminencia a la suspensión –vinculada a la garantía del contenido esencial– por ser el pilar sobre el que se asienta la constitucionalidad de cualquier estado excepcional, mientras que los detractores de nuestra postura relegan e incluso entierran el artículo 55.1 CE. En este contexto conviene subrayar lo afortunado de salvaguardar la autonomía del contenido esencial como garantía diferenciada del principio de proporcionalidad, pues entendemos que aquellos que defienden el carácter declarativo del contenido esencial, así como los que se decantan por la teoría relativa, vacían por completo el significado de esta garantía, y lo hacen hasta el extremo de suprimir su propia autonomía, condensando las dos garantías en una sola, que se corresponde con el principio de proporcionalidad. Este enfoque es tan peligroso que no solo niega la existencia del contenido esencial, sino que acaba negando también la garantía que supone la suspensión de derechos, pretendiendo equipararla una vez más al principio de proporcionalidad. ¿Y cuál es el resultado? En vez de tener tres garantías, tenemos una, que casualmente coincide con la única garantía que no está expresamente reconocida en la Constitución. Es más, esta posición reduccionista acaba defendiendo implícitamente que el canon de protección de los derechos fundamentales sea el mismo en situaciones de emergencia y en situaciones de normalidad, lo cual no es plausible en un Estado de Derecho donde se busca otorgar garantías de protección siempre, incluso en estados de excepción,

⁹⁸ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», cit. Además, compartimos –únicamente en este extremo– con J. Sarrión Esteve que estas excepciones deben interpretarse de «una forma amplia o extensiva, *pro libertate*». Vid. SARRIÓN ESTEVE, J., «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Madrid (Dykinson), 2020, p. 43.

⁹⁹ GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», cit.

¹⁰⁰ GARRIDO LÓPEZ, C., et al., «Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma a debate», cit.

pero obviamente el nivel de protección ha de ser superior en tiempos ordinarios, e inferior en situaciones de excepción –de ahí la identidad del artículo 55.1 CE–. En definitiva, decir «que nos hallamos ante una situación de limitación [...] del derecho, no constituye más que una grosera manipulación del texto constitucional»¹⁰¹.

Acercándonos ya al final, procedemos a abordar someramente la cuestión de los supuestos de hecho habilitantes. Muchos autores, entre ellos Cruz Villalón¹⁰², Presno Linera¹⁰³, García Figueroa¹⁰⁴ y Bacigalupo Saggese¹⁰⁵, consideran que «el Covid-19 no ha ocasionado indiscutiblemente una situación [que concorra con] el supuesto de hecho habilitante para la declaración del estado de excepción, previsto en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981»¹⁰⁶. En nuestra opinión, está claro que existen dudas acerca de si hay suspensión o no, y sobre si encaja el supuesto de hecho del estado de excepción o no. Más allá de que nuestras dudas respecto de si existe suspensión son bastante más tenues, lo que no comprendemos es por qué *las dudas sobre la legalidad pesan más que las de constitucionalidad*. ¿No será más respetuoso con la Constitución mantener el escrúpulo con la garantía de la suspensión, en lugar de hacerlo con el supuesto de hecho definido en la LOEAES? A nuestro juicio, quienes sostienen que necesariamente debía declararse el estado de alarma y que únicamente ha existido limitación de derechos «*tienden a interpretar la Constitución de conformidad con la ley, y no la ley de conformidad con la Constitución*, que es lo que debería hacerse»¹⁰⁷ [énfasis nuestro].

Pese a todo, la cuestión del supuesto de hecho habilitante no es menor, pues ciertamente las crisis sanitarias están específicamente previstas para el estado de alarma (art. 4 b) LOEAES). Empero, no compartimos que la actual crisis sanitaria excluya la posibilidad de declarar el estado de excepción por su carácter político (art. 13 LOEAES), pues esta crisis también ha supuesto un anormal funcionamiento de los servicios esenciales y porque el concepto de orden público –que no es menos indeterminado que el de suspensión– no tiene que identificarse necesariamente con el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana¹⁰⁸, pero

¹⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., pp. 12-13.

¹⁰² CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», cit.

¹⁰³ PRESNO LINERA, M. A., «¿Por qué “estado de alarma” por coronavirus y no “estado de excepción”?», *El derecho y el revés*, entrada de blog de 25 de marzo de 2020. Disponible en <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/25/por-que-estado-de-alarma-por-coronavirus-y-no-estado-de-excepcion/>>. [Consultado el 17/09/2020].

¹⁰⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», cit.

¹⁰⁵ BACIGALUPO SAGGESE, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito», cit.

¹⁰⁶ *Ídem*.

¹⁰⁷ TERUEL LOZANO, G. M., «Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable», cit.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», cit., p. 102 y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», cit., p. 18. Coincidimos también con el último autor citado cuando sostiene que no se trata de identificar «la declaración del estado de excepción con gravísimos desórdenes públicos, [sino con la grave alteración del] “libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”»; concluyendo que la gravísima alteración del derecho a la vida y a la salud que se ha producido como consecuencia de la Covid-19 permitiría declarar el estado de excepción.

sí con «la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades»¹⁰⁹. Además, no se puede obviar el importante artículo 28 LOEAES, que en base al *principio de acumulación* prevé que puedan simultanearse –con o sin relación causal¹¹⁰– los supuestos del estado de alarma y de excepción¹¹¹. En este sentido, coincidimos con Aragón Reyes cuando indica que «no hay por qué tener reparos en decretar el estado de excepción si se dan las circunstancias que lo habilitan y si las medidas cuya adopción sea necesaria para hacerle frente con eficacia así lo requieren»¹¹².

En conclusión, sostenemos que la ausencia de configuración del significado y alcance de la suspensión del artículo 55.1 CE ha facilitado que se hayan suspendido materialmente –como mínimo– el derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE) y los derechos de reunión y de manifestación (art. 21 CE) por medio del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, el cual no ha respetado la Constitución (art. 55.1 CE), ni la propia LOEAES en su artículo 11 a). Por esta razón, afirmamos con rotundidad, junto a muchos otros autores, que en España se ha producido una suspensión de derechos *de facto* por medio de un estado de excepción no declarado, lo que consideramos un estado de excepción encubierto.

Por todo lo expuesto, creemos que la actuación del Gobierno de España sienta un precedente muy peligroso, que no ha sido precisamente apaciguado por el Congreso de los Diputados. El peligro es un riesgo inminente de que suceda algún mal. Pues bien, el riesgo de retorcer la Constitución –generado al hacer pasar un confinamiento domiciliario por una mera limitación de derechos– ha desembocado rápidamente en su deliberada inobservancia, confirmada por la declaración de un estado de alarma de –nada más y nada menos– que seis meses de duración¹¹³. Esperamos que esta perniciosa deriva sea corregida en un futuro inmediato por medio de una regulación más concreta y garantista. De no hacerse así, «corremos el riesgo de nuevas interpretaciones forzadas de la norma, de la perversión de la naturaleza del estado de alarma y de un posible uso fraudulento de la ley o un ejercicio de poder “abusivo” por parte de quien lo detenta»¹¹⁴. Aunque suene desalentador, esta última frase fue redactada por Vidal Prado y Delgado Ramos durante la crisis de los controladores aéreos, que, pese a estar basada en argumentos distintos a los nuestros, es perfectamente extrapolable a la actual crisis de la Covid-19. Esperamos que en esta ocasión no se pierda la oportunidad de actualizar y mejorar nuestro Derecho de excepción.

¹⁰⁹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990, p. 22.

¹¹⁰ CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», cit., p. 123.

¹¹¹ SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: Derecho constitucional», cit.

¹¹² ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», en *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad), 2020, p. 2.

¹¹³ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

¹¹⁴ VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011, p. 265.

A estas alturas, solo queda depositar nuestras esperanzas en el ámbito jurisdiccional. Partimos de un moderado optimismo respecto a la jurisdicción ordinaria, donde los jueces y tribunales ordinarios son los primeros llamados a tutelar nuestros derechos fundamentales (arts. 24.1 y 53.2 CE). Sin embargo, no nos mostramos tan optimistas respecto a la jurisdicción constitucional, sobre todo a raíz del reciente ATC 40/2020¹¹⁵. Con todo, tendremos que esperar a la futura respuesta del Tribunal Constitucional en relación con el recurso de inconstitucionalidad planteado por un Grupo Parlamentario frente al Real Decreto 463/2020, que fue admitido a trámite hace ya más de un año¹¹⁶. Sin duda, habría sido conveniente que el Alto Tribunal, a diferencia de lo que ocurrió en la pasada crisis de los controladores aéreos, se hubiese pronunciado con la debida prontitud; siendo todavía más preocupante y perjudicial la excesiva demora en esta ocasión por lo grave y prolongado en el tiempo de la actual crisis de la Covid-19. En todo caso, las expectativas siguen puestas en el Tribunal Constitucional, cuya futura respuesta marcará un importante precedente para nuestro Derecho de excepción.

BREVE ADENDA SOBRE LA STC 148/2021, DE 14 DE JULIO

Durante el proceso de edición de este trabajo se ha dictado la STC 148/2021, de 14 de julio, que declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Por razones de espacio y oportunidad, resulta improcedente abordar un comentario con la profundidad que esta sentencia requiere. No obstante, no podemos dejar de exponer, de forma preliminar, algunas observaciones.

Por un lado, queremos poner de manifiesto algunos aspectos importantes de la sentencia que compartimos, todos incluidos en sus fundamentos jurídicos tercero y décimo primero. En primer lugar, la sentencia acoge una interpretación que, a nuestro modo de entender, es enteramente respetuosa con la Constitución cuando afirma que la misma no fundamenta la distinción de los estados de alarma, excepción y sitio en los supuestos que habilitan su declaración, sino en sus mecanismos de adopción y control, por un lado, y en sus efectos, por otro. En segundo lugar, el reconocimiento de la suspensión como un parámetro de control material hace que no se pierda la importante garantía que establece el propio artículo 55.1 CE. En tercer lugar, compartimos también la aserción del carácter gradual de los distintos

¹¹⁵ ATC 40/2020, de 30 de abril. La pesimista afirmación que sostenemos está basada esencialmente en el FJ 4.º b), que adolece de justificación, y en los extraños Fundamentos Jurídicos 3.º y 4.º a), en el primer caso por resolver sobre el fondo en fase de admisión, y en el segundo por suplantar la obligada motivación que corresponde a la Subdelegación del Gobierno.

¹¹⁶ Tribunal Constitucional, nota informativa n.º 48/2020, «El pleno del TC por unanimidad admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad presentado por vox contra el decreto que regula el estado de alarma y sus prórrogas», Madrid, 6 de mayo de 2020. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_048/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2048-2020.pdf>. [Consultado del 6/05/2020].

estados de excepción, pues acaba con la artificial categorización de nuestro Derecho de excepción como un sistema exclusivamente cualitativo, cuando a nuestro modo de ver tenemos un sistema híbrido: cualitativo y gradual. Por último, compartimos plenamente –como también hacen algunos votos particulares– la declaración de inconstitucionalidad del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020¹¹⁷: tal y como afirma la sentencia (esta vez en su FJ 9), la posibilidad de ampliar o modificar medidas limitativas de derechos durante un estado de alarma corresponde en exclusiva al Gobierno –durante los primeros quince días–, debiendo dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados.

Existe también una consideración, inserta en el fundamento jurídico décimo primero, que nos parece relevante, aunque quizá no debiera haberse tratado en la sentencia. Nos referimos a la interpretación del concepto de orden público que desarrolla el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 13 LOEAES. Si bien compartimos la noción de orden público en sentido amplio que realiza el Tribunal, tal vez no debiera haberse pronunciado sobre esta cuestión por no ser objeto del proceso constitucional.

Por otro lado, hay ciertos aspectos de la sentencia que no compartimos. Por ejemplo, no nos convence la argumentación que excluye el contenido esencial como parámetro válido para abordar el significado de la suspensión del artículo 55.1 CE, expuesta con cierta inconsistencia en el fundamento jurídico quinto¹¹⁸. Dada la brevedad de esta nota, y para no incurrir en reiteraciones innecesarias, nos remitimos a la argumentación defendida en este trabajo, que entendemos refleja nuestra posición de forma suficientemente clara en esta cuestión. Asimismo, la sentencia, en sintonía con los votos particulares, ha adoptado –de forma más o menos explícita– la posición de aquellos que entienden que la suspensión de derechos fundamentales supone su exclusión del catálogo de derechos de la Constitución durante los estados de excepción y de sitio. Como se ha expuesto en este trabajo, esta postura sostiene que los derechos fundamentales pierden su vigencia y su condición de fundamentales durante los estados de excepción y de sitio, además de quedar desplazados por la ordenación singular que dispone la LOEAES. Esta interpretación de la suspensión acarrea una –casi– total desprotección de los derechos fundamentales en los estados de excepción y de sitio, pues la propia sentencia reconoce que las limitaciones de derechos fundamentales

¹¹⁷ Este apartado fue introducido por el artículo único, apartado segundo, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y habilitaba al ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas que limitaban la libertad de empresa durante el estado de alarma.

¹¹⁸ La sentencia se limita a descartar la aplicación del contenido esencial aduciendo que, al ubicarse en el artículo 53.1 CE, se encuadra dentro del régimen ordinario de restricción de derechos fundamentales, siendo ajeno a las categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos –como la suspensión–, que son las únicas que pueden enjuiciar medidas excepcionales (FJ 5). En nuestra opinión, la interpretación sistemática que realiza la sentencia no es demasiado contundente, ni explica de forma bastante la desconexión entre contenido esencial y suspensión. Precisamente porque el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser respetado *en todo caso* en situaciones ordinarias, únicamente puede ser rebasado cuando se posibilite la suspensión de esos derechos, es decir: durante los estados de excepción y sitio. Sin ánimo de explayarnos, cabe añadir que el principio de proporcionalidad es un canon de enjuiciamiento constitucional ordinario, y sin embargo ninguna pega se le opone para enjuiciar las medidas extraordinarias del estado de alarma.

que se adopten durante estos estados solo deben respetar lo establecido en la LOEAES, sin perjuicio de que los actos singulares de ejecución de las medidas autorizadas deben respetar el principio de proporcionalidad (FJ 3). Esta última conclusión la extrae el Alto Tribunal del inciso final del artículo 1.2 LOEAES, y más allá de la posible contradicción en la interpretación del citado precepto que nos parece detectar¹¹⁹, lo que resulta inquietante es que esta interpretación conlleva la imposibilidad de aplicar el canon de proporcionalidad a las medidas limitativas de derechos fundamentales que establezcan las declaraciones y prórrogas de los estados de excepción y de sitio. A lo largo de este trabajo hemos defendido que los principios de necesidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad son necesarios para controlar las restricciones de derechos fundamentales que se apliquen en los estados de excepción y de sitio. Tal es la interpretación que, en nuestra opinión, se desprende del artículo 55.1 CE, de los apartados 1 y 6 del artículo 116 CE, del artículo 1.2 LOEAES y de los estándares internacionales relativos a la fiscalización de los estados de emergencia. En consecuencia, consideramos que la imposibilidad de controlar los estados de excepción y de sitio por medio de estas garantías mínimas, y en especial a través del principio de proporcionalidad, es una mala noticia para la tutela de nuestros derechos fundamentales.

Por último, queremos dejar constancia de una cuestión que nos resulta un tanto sorprendente. El Alto Tribunal establece en la sentencia (FFJJ 3 a 5) un criterio para controlar las medidas limitativas de derechos fundamentales de los decretos de alarma, que consiste en examinar el respeto a tres límites, por el orden que se nombran: i) principio de legalidad, ii) imposibilidad de suspender derechos y iii) principio de proporcionalidad. Este criterio nos parece, *a priori*, sumamente razonable; pero lo llamativo es que la sentencia no lleva este criterio a sus últimas consecuencias. En efecto, la sentencia analiza los tres elementos del referido criterio cuando aborda las restricciones a la libertad de circulación y de elección de residencia (FJ 5); y también cuando trata las restricciones a la libertad de empresa (FJ 9), aunque en esta ocasión de forma adicional. Sin embargo, en el análisis de constitucionalidad de las restricciones de los demás derechos fundamentales (FFJJ 6, 7, 8 y 10)¹²⁰, la

¹¹⁹ En los tres últimos párrafos del FJ 3, nos parece que la sentencia adopta dos interpretaciones distintas del apartado 2 del artículo 1 LOEAES: una para el estado de alarma, y otra para los estados de excepción y de sitio. En este último caso, la sentencia atribuye al referido precepto la aplicación del principio de proporcionalidad únicamente a los *actos singulares de ejecución* de las medidas adoptadas en las declaraciones y prórrogas de los estados de excepción y de sitio. Sin embargo, nos parece que la sentencia introduce un matiz significativo cuando se refiere al estado de alarma, pues parece residenciar –siquiera de forma implícita– en el propio artículo 1.2 LOEAES la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad para controlar las *medidas* establecidas en los decretos de alarma; o, al menos, se apoya en este artículo para posibilitar el control de proporcionalidad de tales medidas. En nuestra opinión, la aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas (y no exclusivamente a los actos singulares de ejecución) es la interpretación que se deriva –entre otros preceptos– de la lectura en conjunto del apartado 2 del artículo 1 LOEAES. Con todo, este artículo pertenece a las disposiciones generales de los tres estados excepcionales, y su interpretación debiera ser la misma para todos ellos.

¹²⁰ Los derechos analizados son: derecho de reunión y de manifestación (FJ 6); derecho de acudir a reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales (FJ 7); derecho a la educación (FJ 8); y libertad religiosa (FJ 10).

sentencia se limita a analizar el principio de legalidad y de proporcionalidad, excluyendo por tanto, de forma inexplicada, el examen del segundo elemento: la imposibilidad de suspender derechos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G., *Estado de Excepción (homo sacer II, 1)*, Valencia (Pre-Textos), 2004.
- ALEGRE ÁVILA, J. M. y SÁNCHEZ LAMELAS, A., «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», entrada de 13 de marzo de 2020. Disponible en <file:///C:/Users/anachacon/Downloads/Emergencia%20v%C3%ADrica-nota-III%20(1)%20(1).pdf>. [Consultado el 20/05/2020].
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 40, 2020, pp. 1-20.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 6-21.
- ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», en *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad), 2020.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito», *Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (Fide)*, entrada de 26 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html>. [Consultado el 3/04/2020].
- BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid), 2015.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990, pp. 9-26.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Bogotá (Temis), 2020.
- CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and

- fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism», sesión 37, 2018. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/054/36/PDF/G1805436.pdf?OpenElement>>. [Consultado el 12/01/2020].
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO: Comisión de Venecia, «Compilation of Venice Commission opinions and reports on states of emergency», 2020. Disponible en <<https://rm.coe.int/venice-commission-Compilation-on-states-of-emergency-eng/16809e85b9>>. [Consultado el 20/06/2020].
- CONSEJO DE EUROPA, «Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states», 2020. Disponible en <<https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>>. [Consultado el 17/06/2020].
- COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 88-101.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, pp. 93-128.
- CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid (Tecnos), 1984.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 9 de abril de 2020. Disponible en <<https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>>. [Consultado el 7/05/2020].
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, entrada de 6 de mayo de 2020. Disponible en <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/05/18/los-problemas-de-las-medidas-juridicas-contra-el-coronavirus-las-dudas-constitucionales-sobre-el-estado-de-alarma-y-los-excesos-normativos>>. [Consultado el 1/06/2020].
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de derecho político*, n.º 11, 1981, pp. 83-116.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 8 de abril de 2020. Disponible en <<https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>>. [Consultado el 10/05/2020].

- GARDAŠEVIĆ, Đ., «American Lessons Learned - European Future Rethought», *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 66, n.º 1, 2016, pp. 61-86. Disponible en <<https://hrcak.srce.hr/157594>>. [Consultado el 18/05/2020].
- GARRIDO LÓPEZ, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 46, 2020, pp. 371-402.
- GARRIDO LÓPEZ, C., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., COTINO HUESO, L., DÍAZ REVORIO, F. J. y PRESNO LINERA, M. A., «Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma a debate», seminario de la Fundación Manuel Giménez Abad de 21 de octubre de 2020. Disponible en <<https://multimedia.cortesaragon.es/library/items/4724>>. [Consultado el 18/12/2020].
- GAVARA DE CARA, J. C., «El contenido esencial de los derechos fundamentales». Disponible en <<https://www.iustel.com/v2/c.asp>>. [Consultado el 19/06/2020].
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Madrid (Edersa), 1996, pp. 439-530.
- LOCKE, J., «Chapter 14: Of Prerogative», en *Second Treatise of Government*, Indianápolis (Hackett Publishing Company), 1690.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. y MAESTRO BUELGA, G., «Garantismo, emergencia y suspensión de Derechos fundamentales en la legislación de excepción», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 21, 1988, pp. 33-76.
- MEDINA GUERRERO, M., «El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de las leyes reguladoras de derechos fundamentales», en *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, París (Daloz), 2014, pp. 327-338.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, Madrid (McGraw-Hill), 1996.
- MEDINA GUERRERO, M., «La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador», en *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, Tomo I, Madrid (Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), 2018, pp. 1455-1493.
- PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, 1981, pp. 169-190.

- PETIT GUERRA, L. A., «La categoría del “contenido esencial” para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación», *Revista de Derecho (UCUDAL)*, n.º 15, 2017, pp. 215-242.
- PRESNO LINERA, M. A., «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 54-65.
- PRESNO LINERA, M. A., «¿Por qué “estado de alarma” por coronavirus y no “estado de excepción”?», *El derecho y el revés*, entrada de blog de 25 de marzo de 2020. Disponible en <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/25/por-que-estado-de-alarma-por-coronavirus-y-no-estado-de-excepcion/>>. [Consultado el 17/09/2020].
- PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y libertades: Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, n.º 8, 2000, pp. 429-468.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, n.º 51, 2001, pp. 105-138.
- ROSSITER, C. L., *Constitutional Dictatorship, crisis government in the modern democracies*, Ithaca (Princeton University Press), 1984.
- ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Madrid (Istmo), 2004.
- SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El Derecho Público ante la crisis del COVID-19: Derecho constitucional», Conferencia de 16 de abril de 2020. Disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=khfXCsfhriw>>. [Consultado el 16/04/2020].
- SARRIÓN ESTEVE, J., «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Madrid (Dykinson), 2020, pp. 29-46.
- SCHMITT, C., *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago (University of Chicago Press), 2005.
- TERUEL LOZANO, G. M., «Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable», *Hay Derecho*, entrada de 11 de abril de 2020. Disponible en <<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/11/derecho-excepcion-control-gobierno-garantia-inderogable/>>. [Consultado el 17/04/2020].
- TORRES MURO, I., «Los estados excepcionales», en *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, Tomo II, Madrid (Fundación Wolters Kluwer, Boletín

Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), 2018, pp. 630-638.

VELASCO CABALLERO, F., «Estado de Alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 78-87.

VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011, pp. 243-265.