

**ESTADO DE ALARMA, PANDEMIA Y
DERECHOS FUNDAMENTALES
¿LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN?**

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA. EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO. 2.1. Naciones Unidas. 2.2. Consejo de Europa. 3. EL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN ESPAÑA: LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 4. LAS DECLARACIONES DE ESTADO DE ALARMA DURANTE LA PANDEMIA POR LA COVID-19. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1. El Real Decreto 463/2020. 4.2. El Real Decreto 900/2020. 4.3. El Real Decreto 926/2020 y su prórroga. 5. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA PARA LA VIGENCIA Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ¿LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN? 5.1. El concepto tradicional de suspensión. 5.2. Una visión crítica del concepto de suspensión. 5.3. La disyuntiva limitación *versus* suspensión. 5.4. La afectación del contenido esencial de los derechos ¿elemento clave de la distinción entre limitación y suspensión? 5.5. La diferencia entre el estado de alarma y los estados de excepción y sitio.

Fecha recepción: 05.03.2021
Fecha aceptación: 21.09.2021

ESTADO DE ALARMA, PANDEMIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES ¿LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN?

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA¹

Universidad de Alcalá

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizan las medidas restrictivas de derechos previstas para situaciones excepcionales que prevé el ordenamiento constitucional español (Derecho de excepción), centrándose específicamente en la experiencia de los cuatro Reales Decretos que han declarado tres estados de alarma en 2020 con motivo de la pandemia por la Covid-19 (el último Real Decreto declaró una prórroga de seis meses del estado excepcional vigente en ese momento).

Para ello se exponen brevemente, en primer lugar, las medidas excepcionales que establecen los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España para permitir a los Estados partes incumplir sus obligaciones en situaciones extraordinarias. En especial, se hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ambos ratificados por España.

Después de repasar brevemente las normas del ordenamiento español que prevén la limitación o suspensión de los derechos fundamentales con motivo de la declaración de alguno de los estados excepcionales previstos en la Constitución (alarma, excepción o sitio), se estudian las limitaciones de derechos fundamentales que se han producido durante la vigencia de los tres estados de alarma declarados en 2020. Algunas de estas limitaciones estaban previstas en los Reales Decretos que declararon esos estados y otras se produjeron como consecuencia directa o indirecta de las medidas acordadas en dichas normas.

A partir de estas experiencias y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema —especialmente la STC 148/2021, de 14 de julio—, se analiza críticamente la

¹ Universidad de Alcalá. Facultad de Derecho, Profesora Titular de Derecho Constitucional, C/ Libreros, 27, 28801- Alcalá de Henares (Madrid), e.carmona@uah.es

interpretación tradicional, según la cual en el estado de alarma se produce una *limitación* de derechos fundamentales y en los estados de excepción y sitio lo que acontece es una *suspensión* de derechos. Frente al entendimiento clásico, según el cual mediante la suspensión se puede limitar el contenido esencial de los derechos fundamentales, mientras que la limitación nunca puede afectar a este contenido, se propone una nueva interpretación, en la línea de algunas aportaciones doctrinales recientes.

2. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA. EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO

2.1. Naciones Unidas

En el ámbito de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP)² establece, en su art. 4, la previsión de que los Estados puedan «suspender las obligaciones contraídas» en virtud de este Pacto cuando se produzcan «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación». Para ello, establece unas condiciones o requisitos que deben cumplir los Estados. Además de los requisitos formales (declaración oficial, información al Secretario General de Naciones Unidas), se prohíbe la suspensión de algunos derechos, en concreto de los artículos 6, 7 y 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 (derecho a la vida, prohibición de la tortura y de la esclavitud, prohibición de encarcelamiento por no poder cumplir una obligación contractual, principio de legalidad penal, derecho a la personalidad jurídica y libertad de pensamiento, conciencia y religión).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General nº 29/2001 sobre los Estados de Emergencia³, estableció, además, que, en caso de declaración de estado de emergencia, el Estado siempre debe asegurar que existe un remedio judicial efectivo para reparar posibles vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto, en el sentido que exige el art. 2.3 PIDCP.

2.2. Consejo de Europa

En el ámbito europeo, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁴, también prevé la

² Ratificado por España el 20 de abril de 1977.

³ Observación General Nº 29/2001 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los Estados de Emergencia (art. 4 PIDCP), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Parágrafos 2 y 4.

⁴ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

posibilidad de que los Estados suspendan la vigencia de los derechos contenidos en él⁵. El art. 15 CEDH habla de «Derogación en caso de urgencia»⁶ pero, según la interpretación común, no se está refiriendo a la *derogación* en sentido técnico-jurídico (pérdida de vigencia de una norma), sino a la *suspensión* de ciertas garantías por un periodo determinado y con ciertos requisitos⁷, esto es, la misma institución prevista en el PIDCP y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el art. 15 CEDH se establecen, asimismo, unos requisitos que deben cumplir los Estados para adoptar esas medidas extraordinarias. A diferencia de lo establecido en el PIDCP, aquí no se exige una declaración formal de la situación excepcional. Pero, sin embargo, sí exige que el Estado mantenga informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas de suspensión de derechos, de los motivos que las justifican y de sus fechas de adopción y cese.

En ningún caso estas medidas podrán derogar los art. 2 (derecho a la vida), salvo muertes ocurridas en actos lícitos de guerra⁸; 3 (prohibición de tortura); 4.1. (prohibición de esclavitud) y 7 (principio de legalidad penal).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre la índole de los hechos que justifican la adopción de medidas excepciones. Así, por ejemplo, en el caso Nuray Sen contra Turquía, de 17 de junio de 2003, consideró que se había producido una vulneración del art. 5.3 CEDH y afirmó que, aunque los Estados tienen un margen de apreciación para determinar si se han producido las circunstancias excepcionales previstas en el art. 15 CEDH, no gozan de una discrecionalidad ilimitada, sino que el Tribunal puede realizar un control sobre la concurrencia de dichas circunstancias.

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) analizó los poderes excepcionales que podían asumir los Estados en situaciones de emergencia y estableció unos límites a esta potestad estatal⁹. La Comisión analiza si existen normas en cada ordenamiento jurídico estatal que prevean estas situaciones excepcionales

⁵ La Convención Americana de Derechos Humanos, hecha en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, también contiene una previsión similar en el art. 27.

⁶ Cuando España ratificó el CEDH en 1979, formuló algunas reservas y cláusulas interpretativas. En concreto, España declaró que «interpreta (...) las disposiciones del art. 15 y 17 en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los art. 55 y 116 de la Constitución española». Amparándose en esta cláusula, España no ha informado al Secretario General del Consejo de Europa de las declaraciones de los tres estados de alarma por la crisis de la COVID-19, aunque existe algún debate sobre si hubiera sido precisa esta comunicación.

⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2014), «XXV. La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos» en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, Madrid, (3ª edición), pp. 613-614. Vid., también, ROCA, M. J. (2019), «La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Europeo* Núm. 72, pp. 43-72.

⁸ Esta excepción ha de ser interpretada de conformidad con el Protocolo nº 13, que dispone la abolición total de la pena de muerte.

⁹ *Criterios de Verificación del Estado de Derecho*, adoptados por la Comisión de Venecia en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016). Apartado 6, pp. 24-25.

y si las medidas previstas en estas normas son proporcionales a la situación de crisis producida. Pone de manifiesto que, aunque estos poderes especiales (que incluyen limitaciones de derechos fundamentales y fortalecimiento del poder ejecutivo) pueden ser necesarios en situaciones de grave crisis, es cierto que, en ocasiones, «han sido objeto de abuso por gobiernos autoritarios para perpetuarse en el poder, silenciar a la oposición o restringir los derechos humanos en general». Por ello, afirma que es imprescindible que la legislación interna establezca «límites estrictos en la duración, circunstancias y ámbito de dichos poderes». Igualmente, son precisos los controles, tanto parlamentario como judicial, sobre la existencia y la duración de dichas situaciones de emergencia¹⁰.

La Comisión de Venecia también se ha pronunciado sobre la necesidad de que exista en los Estados, como mínimo, una cobertura legal para la adopción de medidas excepcionales, aunque afirma que es preferible que esa cobertura sea constitucional¹¹»

Por otra parte, este órgano insiste en la necesidad de que, aunque haya *derogación* de derechos fundamentales, siempre deben subsistir los mecanismos internos de control judicial, para asegurar el cumplimiento de las leyes¹².

3. EL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN ESPAÑA: LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución española (CE) prevé la adopción de medidas de suspensión general de derechos fundamentales para enfrentar situaciones de emergencia en los artículos 55.1 y 116. Estos preceptos han sido desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES). Todo ello configura lo que viene denominándose *Derecho de excepción* en España¹³.

El uso de los poderes excepcionales ha de ser proporcional¹⁴, es decir, debe adecuarse a la naturaleza e intensidad de la crisis que ha de enfrentar. Para adaptarse a las distintas situaciones que pueden producirse, la Constitución distingue tres supuestos de situaciones excepcionales: Estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio¹⁵.

¹⁰ Vid., también *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*. Adoptada por la Comisión de Venecia en su 66ª Sesión Plenaria (Venecia, 17-18 de marzo de 2006).

¹¹ *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*, cit., p. 13. (traducción propia).

¹² *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*, cit., p. 5.

¹³ Sobre el Derecho de excepción en España sigue siendo lectura obligada el ya clásico: CRUZ VILLALÓN, P. (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos. Sobre sus características, vid. CANOSA USERA, R. (2020), «Ordenación de las fuentes del derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español», en: BARCELÓ ROJAS, D.; DÍAZ RICCI, S.; GARCÍA ROCA, J. y GUMARÁES TEIXEIRA ROCHA, M.E. (Coords.), *Covid 19 y Parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 269-284.

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, P. ob. cit., p. 64.

¹⁵ Esta previsión responde a una concepción *pluralista*, es decir, cada uno de estos estados responde a un supuesto de hecho específico y no a diferentes grados de una misma situación de emergencia, lo que respondería a una concepción *gradualista*. Vid. CRUZ VILLALÓN, P., ob. cit., pp. 51-52.

El Estado de alarma está concebido como un instrumento de reacción frente a grandes catástrofes naturales, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales o desabastecimiento de productos de primera necesidad (art. 4.1 LOEAES). El estado de excepción está previsto para hacer frente a situaciones de graves alteraciones del orden público (art. 13.1 LOEAES). Y el estado de sitio pretende reaccionar frente a agresiones dirigidas directamente contra la existencia misma del Estado, como podría ser una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía del Estado (art. 32.1 LOEAES).

La afectación de los derechos fundamentales es distinta en las tres situaciones. El art. 55.1 CE sólo prevé la *suspensión* de algunos derechos fundamentales en el estado de excepción y en el estado de sitio, pero no en el estado de alarma. Del mismo modo, la LOEAES, desarrollando esta previsión, sólo habla de suspensión de derechos en los preceptos relativos los estados de excepción y de sitio. En los artículos relativos al estado de alarma no emplea el término *suspensión*, sino otros como «limitar la circulación o permanencia de personas...» (art. 11.a); «practicar requisas temporales...» (art. 11.b); «intervenir y ocupar transitoriamente...» (art. 11.c) o «limitar o racionar el uso de servicios...» (art. 11.d). Más adelante, volveré sobre esta distinción.

Desde el punto de vista del ejercicio de los derechos fundamentales, que es el aquí nos interesa, en el estado de alarma podrán establecerse las limitaciones previstas en el art. 11 LOEAES¹⁶. Esto significa que los derechos fundamentales que pueden ser restringidos en dicho estado son: la libertad de circulación (art. 19 CE), el derecho de propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). No obstante, cabe pensar en la posibilidad de que, como consecuencia indirecta de la declaración de estado de alarma, se produzcan restricciones de otros derechos, como más adelante veremos.

En España, durante la vigencia de la Constitución de 1978 y antes de la pandemia por Covid-19, sólo se había decretado el estado de alarma en una ocasión. Fue a raíz de una huelga de controladores que paralizó el tráfico aéreo. Se aprobó el 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. Sobre esta norma se pronunció la STC 83/2016, de 28 de abril. Se trataba de un recurso de amparo en que se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por no haberse estimado fiscalizable ante la jurisdicción contenciosa la actividad administrativa impugnada. El recurso fue desestimado, pero el Tribunal Constitucional estableció que sólo él era competente para controlar las declaraciones de estado de alarma, pues, aunque son dictadas por el Gobierno, tienen rango de ley.

¹⁶ Sobre los derechos fundamentales en el Estado de alarma, vid., entre otros, COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. (Dir.) (2020), *Derechos fundamentales en estado de alarma: Una aproximación multidisciplinar*, Madrid, Dykinson; CERDEIRA BRAVO DE LA MANSILLA, G. (Dir.) (2020), *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, Madrid, Reus; TORRES GUTIÉRREZ, A. (2020), «Retos de la declaración del estado de alarma con motivo de la COVID-19 para el Estado de Derecho y el ejercicio de los derechos fundamentales» en LUQUIN BERGARECHE, R. (Dir.), *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Las Rozas, Wolters Kluwer y LEPSIUS, O. (2021), «Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus», *Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 47.

Tanto en el estado de excepción como en el estado de sitio pueden adoptarse las medidas previstas para el estado de alarma y, además, según el art. 55.1 CE, pueden ser *suspendidos* varios derechos fundamentales. En concreto, los derechos que pueden ser suspendidos son el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17 CE), la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE), la libertad de expresión (art. 20.1.a) y d) y 20.5 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE).

Esta previsión constitucional es desarrollada por la LOEAES. En concreto, en los arts. 16 a 23, esta Ley establece las medidas en que podrá consistir esta *suspensión* de derechos. Más adelante, el art. 32.3 estipula que en el estado de sitio podrán aplicarse las medidas previstas en el estado de alarma y en el estado de excepción y, además, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido previstas en el art. 17.3 CE¹⁷.

Las medidas de suspensión que prevé la LOEAES son las siguientes¹⁸:

- En cuanto al derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17 CE), podrá ampliarse el plazo máximo de detención previa a la puesta a disposición judicial hasta 10 días. En todo caso, la detención ha de ser comunicada al juez en el plazo de 24 horas (art. 16 LOEAES).
- En cuanto a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el art. 17 LOEAES prevé la posibilidad de llevar a cabo registros sin autorización judicial. Pero se establecen las siguientes garantías: presencia de los propietarios o, al menos, en todo caso, de dos vecinos, levantamiento del acta del registro y comunicación inmediata al juez competente.
- Por lo que se refiere al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el art. 18 LOEAES prevé que la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones si ello es necesario para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público. La intervención será comunicada inmediatamente al juez competente.
- Las medidas que pueden afectar a las libertades de residencia y circulación interior y exterior (art. 19 CE) son, según el art. 20 LO 1981: prohibición de circulación, sometimiento de ésta a condiciones temporales o geográficas, comunicación previa de desplazamiento a la autoridad gubernativa y posibilidad de obligar a ciertos desplazamientos, entre otras.

¹⁷ Hay que recordar que el art. 17.3 CE establece, como garantías del detenido, la obligación de informarle de sus derechos y de las razones de su detención, la prohibición de obligarle a declarar y la asistencia letrada. Cruz Villalón pone de manifiesto la inutilidad, la imposibilidad o la dificultad de suspender estos derechos aún en el estado de sitio, entre otras razones, porque esta medida colisionaría con derechos fundamentales *insuspendibles* como el derecho a la integridad física y la prohibición de la tortura. Vid. CRUZ VILLALÓN, P., ob. cit., pp. 124-126.

¹⁸ Para un desarrollo de estas previsiones legales, vid., CRUZ VILLALÓN, P., ob. cit., pp. 92-123

- En cuanto a las libertades de expresión y de información y prohibición del secuestro de medios de información (arts. 20.1.a) y d) y 20.5 CE), el art. 21 LOEAES prevé que la autoridad gubernativa puede suspender emisiones y ordenar el secuestro de publicaciones, sin que quepa, en ningún caso, la censura previa.
- La suspensión del derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE) implica la posibilidad de que las reuniones o manifestaciones se condicionen a la obtención de autorizaciones previas (art. 22 LOEAES). Asimismo, este precepto ofrece a la autoridad gubernativa la posibilidad de disolverlas. Se excluyen, en todo caso, las reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, que no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa.
- Finalmente, en cuanto a los derechos de huelga y conflicto colectivo (arts. 28.2 y 37.2 CE), el art. 23 LOEAES prevé que puede prohibirse su ejercicio.

4. LAS DECLARACIONES DE ESTADO DE ALARMA DURANTE LA PANDEMIA POR LA COVID-19. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. *El Real Decreto 463/2020*

La segunda vez que se ha declarado en España un estado de alarma desde que está vigente la Constitución de 1978 ha sido para hacer frente a la pandemia y a la grave crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. El Gobierno aprobó 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 la COVID. Mediante esta norma se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, con una vigencia de 15 días. Posteriormente fue prorrogado con la autorización del Congreso de los Diputados en seis ocasiones, cada una de ellas por quince días más.

Fueron varios los derechos fundamentales que resultaron afectados o limitados por el RD 463/2020, que afirmaba que «las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos». Así pues, hay que entender que estas limitaciones tenían como objetivo la protección de tres derechos fundamentales reconocidos en la Constitución: los derechos a la vida y a la integridad física del art. 15 CE, que poseen la máxima protección constitucional, y el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, que disfruta de una garantía inferior¹⁹.

¹⁹ Sobre las limitaciones de derechos en este Real Decreto, vid., entre otros, CARRILLO LÓPEZ, M. (2020), «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», *Legibiltzarreko*

Algunas de estas limitaciones estaban previstas en el art. 11 de la LOEAES. Estas afectaban a los siguientes derechos fundamentales:

— *Libertades de circulación y de entrar y salir del territorio nacional del art. 19 CE.*

El art. 7 RD 463/2020 establecía severas limitaciones a estos derechos, que consistían en la prohibición de circular por las calles y espacios abiertos salvo por causas muy determinadas (trabajo, asistencia a centros sanitarios, asistencia a personas dependientes, provisión de alimentos...).

Esta limitación de la libertad de circulación ha sido objeto de una amplia polémica. Varios autores consideran que, más que una limitación del derecho, constituía una verdadera suspensión. Según ellos, la prohibición generalizada de usar la vía pública (con algunas excepciones) y los cierres perimetrales fueron más allá de la mera limitación de derechos prevista en el art. 11.a) LOEAES, suspendiendo de hecho la libertad deambulatoria y, con ella, el derecho de reunión. Por tanto, consideran que no fue suficiente con el estado de alarma y debió decretarse el estado de excepción²⁰.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que la limitación de la libertad de circulación fue proporcionada y compatible con la LOEAES, además de similar a las medidas adoptadas en otros países de nuestro entorno. Así lo expone Carlos Garrido, quien estima que no hubo suspensión de éste (ni de ningún otro) derecho, puesto que se previeron numerosas excepciones a la prohibición (además de que las garantías procesales permanecieron intactas)²¹.

No fue ésta la opción del Tribunal Constitucional. En la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado por los diputados del grupo parlamentario Vox contra varios artículos del RD 463/2020 y sus prórrogas, el Tribunal estableció la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 de este Real Decreto, referidos a las limitaciones a la libertad de circulación, por considerar que supusieron una suspensión de este derecho²².

— *Derecho de propiedad privada del art. 33 CE*, limitado por el art. 8 RD 463/2020, que preveía la posibilidad de llevar a cabo requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para cumplir los fines de la norma, «en

Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco, (1), pp. 60-93 y CARMONA CUENCA, E. (2020), «Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID 19 en España» en: BARCELÓ ROJAS, D. y otros, ob. cit., pp. 221-237. En general, sobre la incidencia que ha tenido la pandemia en nuestro sistema constitucional, vid. BIGLINO CAMPOS, P. y DURÁN ALBA, F. (2020), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.

²⁰ Un resumen de estas posiciones puede verse en GARRIDO LÓPEZ, C. (2020), «La naturaleza bifronte del Estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 46, pp. 393-394.

²¹ Idem., p. 395. Vid., también, CARMONA CUENCA, E. (2020), cit., p. 236.

²² STC 148/2021, de 14 de julio, a la que más adelante se hará referencia.

particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales».

- *Derecho al trabajo del art. 35 CE*, limitado por el art. 8 RD 463/2020, que preveía la posibilidad de imponer «prestaciones personales obligatorias».
- *Libertad de empresa del art. 38 CE*, limitada por el art. 10 RD 463/2020, que establecía la posibilidad de imponer «medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales».

Pero otras limitaciones de derechos contenidas en el RD 463/2020 no estaban previstas en la LOEAES. Estas limitaciones fueron consecuencias indirectas necesarias de las previstas en la declaración de estado de alarma. Afectaban a los siguientes derechos fundamentales:

- *Libertad de culto del art. 16 CE*. El art. 11 del Real Decreto preveía medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas, que se tradujeron en prohibición de ceremonias religiosas, incluso las fúnebres, para impedir las acumulaciones de personas, con el consiguiente riesgo de contagio. Hay que entender que la libertad religiosa no se vio afectada, sino solo su expresión externa.
- *Libertad de expresión del art. 20 CE*. El art. 19 CE establecía que «los medios de comunicación social de titularidad pública y privada quedan obligados a la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir».
- *Derecho a la educación del art. 27 CE*. Este derecho resultó particularmente afectado, pues el RD 463/2020 dispuso, en su art. 9, la suspensión de «la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza». Se previó la continuación de la enseñanza a través las modalidades a distancia y *on-line*, pero esto supuso una importante diferencia de trato entre estudiantes que contaban con medios informáticos en sus domicilios y otros que no disponían de ellos. Estos se vieron especialmente afectados en su derecho a la educación²³.
- *Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE*. El RD 463/2020 previó la suspensión e interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para

²³ Vid. PRESNO LINERA, M. (2020), «Coronavirus SARS-Cov-2 y derechos fundamentales (15): El derecho a la educación» publicado el 6 de mayo de 2020 en: <https://presnolinera.wordpress.com/category/derechos-fundamentales/> (última fecha de consulta: 6 de abril de 2021).

todos los órdenes jurisdiccionales mientras durase el estado de alarma, salvo algunas excepciones (Disposición Adicional Segunda).

Finalmente, hubo otros derechos que se vieron limitados *de facto* durante la vigencia de este estado de alarma, aunque no existía una previsión expresa en el RD 463/2020. Entre estos podemos destacar los siguientes:

- *Derecho de sufragio activo y pasivo del art. 23 CE*. Como consecuencia de las limitaciones impuestas por el estado de alarma, se aplazaron las elecciones autonómicas de Galicia y el País Vasco, que ya estaban convocadas. Esta medida fue avalada por la Junta Electoral Central. En la Ley Orgánica de Régimen Electoral General no se contiene ninguna previsión sobre suspensión o aplazamiento de elecciones, pero hay que entender que se trataba de una causa de fuerza mayor²⁴. No era posible garantizar la seguridad en el proceso electoral. Las elecciones aplazadas se celebraron el 12 de julio, con diversas medidas de seguridad y potenciando el voto por correo.
- *Derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE*²⁵. La LOEAES no previó la suspensión ni la limitación del derecho de reunión y manifestación en el estado de alarma, como sí está prevista en los estados de excepción y de sitio. Pero las medidas limitativas del derecho a la libertad de circulación del art. 7 del RD 463/2020 suponían, en la práctica, una importante limitación de este derecho. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema en el Auto de 30 de abril de 2020, que inadmitió el recurso de amparo interpuesto por la *Central Unitaria de Trabajadores* (CUT) contra la prohibición de una manifestación convocada para el 1 de mayo de 2020 en Vigo. La manifestación fue convocada en vehículos a motor, siguiendo las normas establecidas en el RD 463/2020. Afirma el Tribunal Constitucional que el estado de alarma, por sí mismo, no ampara la prohibición del derecho de reunión, pues no supone la suspensión de derechos (como el estado de excepción o el estado de sitio), sino sólo su limitación en supuestos determinados. Así pues, la limitación del derecho de reunión viene dada por la interpretación que la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra realizó de la normativa del estado de alarma. El Tribunal aplicó un juicio de proporcionalidad a estas medidas limitativas. Afirmó que existía previsión legislativa (art. 21.1 CE) y que el

²⁴ GARCÍA ROCA, J. (2020), «La experiencia en las restricciones de derechos fundamentales durante el estado alarma: los derechos en tiempos del coronavirus», videoconferencia pronunciada en el Seminario *Restricciones y suspensión de derechos y sus consecuencias en el marco del COVID-19* (original cedido por el autor). Ciclo de Conferencias organizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2020.

²⁵ Sobre el tema, vid. PRESNO LINERA, M.A. (2021), «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por Covid-19», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 197-224.

fin perseguido era legítimo (es el mismo fin que justifica el estado de alarma, esto es, la protección de la vida y la salud de las personas). Consideró que las medidas eran adecuadas al fin perseguido, necesarias y proporcionales, dado que el colapso circulatorio que podría haberse producido de llevarse a cabo la manifestación podría haber provocado dificultades para el acceso a los hospitales o para la movilidad de policía o bomberos, todo ello en una ciudad como Vigo, especialmente castigada por la pandemia²⁶.

En mi opinión, esta decisión del Tribunal Constitucional debió ser una sentencia y no un auto. El asunto tenía la trascendencia constitucional suficiente para ser admitido y resuelto mediante sentencia pues no existía doctrina constitucional previa sobre el tema. De hecho, así se ha apreciado en una ocasión posterior: El Tribunal ha admitido a trámite el recurso de amparo interpuesto por UGT-Madrid contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2021, que ratificó la prohibición gubernativa de la manifestación prevista con motivo del día 8 de marzo. Pero denegó las medidas cautelares solicitadas por el demandante de amparo y, por tanto, la manifestación continuó prohibida.

4.2. *El Real Decreto 900/2020*

El Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 declaró un estado de alarma con ámbito territorial limitado a varios municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid. Las medidas se referían a la limitación de la libertad de circulación de personas. Se prohibió la entrada y salida de personas de los municipios mencionados salvo los supuestos que expresamente se enumeraban (trabajo u otras obligaciones legales, estudio, asistencia a centros sanitarios, asistencia a personas vulnerables o retorno al domicilio). La vigencia fue de 15 días naturales.

4.3. *El Real Decreto 926/2020 y su prórroga*

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 declaró un nuevo estado de alarma, esta vez en todo el territorio nacional. La vigencia fue de quince días, pero se prorrogó por seis meses más, hasta el 9 de mayo de 2021, mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Como se expone en el

²⁶ A pesar de la doctrina sentada en este Auto, con posterioridad varios tribunales ordinarios han autorizado la celebración de manifestaciones en vehículos de motor. Así, por ejemplo, el 23 de mayo se celebró una manifestación en Madrid convocada por el partido Vox, que ocasionó algunos colapsos circulatorios.

Preámbulo, la razón de este nuevo estado de alarma fue la tendencia ascendente en el número de casos en un momento en que aún no se disponía de vacuna.

Las medidas adoptadas en este caso fueron distintas de las adoptadas en el RD 463/2020. La experiencia y conocimiento acumulados en la lucha contra la pandemia permitían afinar más en la adopción de medidas, de forma que fueran más adecuadas para evitar la transmisión del virus. Además, se previó un marco de «gobernanza», en el que la autoridad competente era el Gobierno de la Nación, pero en el que cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía contaba con una autoridad competente delegada que era quien ostentaba la presidencia en su territorio (art. 2.2 RD 956/2020)²⁷.

El RD 926/2020 estableció la limitación de algunos derechos fundamentales, en el marco de lo previsto en el art. 11 de la LOEAES. En concreto, estas limitaciones afectaban a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE y al derecho al trabajo del art. 35 CE. Pero las limitaciones a la libertad de circulación fueron mucho menores que las establecidas en el anterior RD 463/2020. En primer lugar, se estableció, con algunas excepciones, la limitación de la libre circulación de personas en horario nocturno, a fin de evitar en lo posible la expansión de la infección durante ese período de tiempo. En segundo lugar, el art. 6 RD 926/2020 limitaba la entrada y salida de los territorios de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía, con la finalidad de reducir la movilidad del virus entre los distintos territorios. Asimismo, se establecieron determinadas excepciones. En tercer lugar, el art. 7 RD 926/2020 limitaba la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

Además, el art. 7.3 RD 926/2020 contenía una previsión sobre el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE, algo no previsto en el art. 11 de la LOEAES. Preveía que las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones «podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios».

5. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA PARA LA VIGENCIA Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ¿LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN?

5.1. *El concepto tradicional de suspensión*

La mayor polémica que se ha suscitado con relación a las declaraciones de estado de alarma con motivo de la pandemia por la COVID-19 han sido las referidas a las

²⁷ Esta previsión parece chocar con lo dispuesto en el art. 7 de la LOEAES, según la cual el Gobierno de la Nación podrá delegar la autoridad en caso de estado de alarma en el Presidente de la Comunidad Autónoma «cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad».

severas restricciones a la libertad de circulación establecidas por el RD 463/2020, como se ha visto²⁸. Parte de la doctrina y también el propio Tribunal Constitucional han considerado que estas restricciones constituían una suspensión de este derecho y, por tanto, debió acordarse el estado de excepción y no el estado de alarma. Sin embargo, varios autores ponen de manifiesto la dificultad de distinguir limitación de suspensión de derechos fundamentales, como se expondrá en las páginas que siguen.

El concepto de suspensión del art. 55.1 CE presenta una conexión de sentido con la comprensión tradicional de los límites a los derechos fundamentales y libertades públicas durante los estados excepcionales, en concreto con la idea de Carl Schmitt según la cual el estado de excepción es el «negativo» del orden constitucional²⁹. Esto significa que, durante la vigencia de un estado excepcional, no estarían vigentes los derechos fundamentales.

En esta concepción de la suspensión se sitúan autores como Benito Aláez, para quien la suspensión del art. 55.1 CE ha de ser entendida en sentido estricto, esto es, como «la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales»³⁰. La consecuencia sería la «desconstitucionalización» de los derechos suspendidos, cuyo régimen jurídico pasaría a estar regulado por la LOEAES, las previsiones de la declaración de estado de excepción o de sitio y las disposiciones legales de desarrollo. No se trataría, pues, de una mera «desfundamentalización» de los derechos, cuyo efecto sería liberar a los poderes públicos de respetar el contenido esencial de los mismos cuando las circunstancias lo requirieran³¹. La razón de esta concepción tan rígida de la suspensión estriba, para este autor, en que la Constitución española (a diferencia de la alemana, por ejemplo) regula de forma muy estricta la limitación de los derechos en situaciones de normalidad, lo que hace necesaria una regulación más drástica de las situaciones excepcionales³².

Ahora bien, la diferencia entre *suspender* y *limitar* derechos no es fácil de establecer. Hoy sigue siendo ampliamente aceptada la tesis de Pedro Cruz Villalón formulada en los años ochenta, según la cual el estado de alarma constituye un «tercer estado» a medio camino entre la «normalidad» y los estados de excepción o de sitio. En el estado de alarma no es posible suspender derechos, pero sí establecer importantes límites a su ejercicio. Ahora bien, estos límites no pueden afectar al contenido esencial de los derechos, pues eso significaría la suspensión de derechos³³.

²⁸ Vid. *supra* apartado 4.1.

²⁹ SCHMITT, C. (2013), *Ensayos sobre la Dictadura 1906-1932*, Madrid, Tecnos, p. 394, citado por VELASCO CABALLERO, F. (2020), «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en BLANQUER, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blach, p. 81.

³⁰ ALÁEZ CORRAL, B. (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales» en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coords.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blach, p. 243.

³¹ Idem.

³² Idem., p. 244.

³³ CRUZ VILLALÓN, ob. cit., pp. 66-72.

El Tribunal Constitucional español parece acoger la tesis. En su Sentencia 83/2016, de 28 de abril, ya determinó los presupuestos y el alcance que debe tener el estado de alarma en nuestro ordenamiento constitucional. Así, afirmó que este estado, junto con los estados de excepción y de sitio, supone «excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente» (FJ 9). En particular, la Sentencia se pronunció sobre el alcance que la declaración del estado de alarma podía tener sobre los derechos fundamentales, destacando la menor intensidad de su incidencia en este punto respecto de los estados de excepción y de sitio. Así, en el FJ 8 se afirma que, a diferencia de aquéllos, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental «aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio», como la limitación de la circulación o la permanencia de personas o vehículos en lugares determinados.

En la reciente y polémica STC 148/2021, de 14 de julio, precisamente sobre el RD 463/2020, el Tribunal parece sostener la misma tesis³⁴. Como se ha visto, declara la inconstitucionalidad de varios apartados del art. 7 de este Real Decreto porque, a su entender, implicaban la suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia reconocido en el art. 19 CE, algo que no puede decretarse en el estado de alarma. Entendió el Tribunal que las restricciones impuestas por el RD 463/2020 eran de tal entidad que supusieron una «privación» o «cesación» del derecho «por más que sea temporal y admita excepciones» (F.J. 5). Sin embargo, no habla aquí el Tribunal de afectación del «contenido esencial» del derecho a la libertad de circulación. Parece limitar este concepto a la restricción de derechos que se realiza por ley en situaciones de normalidad (prevista en el art. 53.1 CE) y no de excepcionalidad, como la que nos ocupa.

Pero en esta Sentencia no define claramente en qué consiste la suspensión de derechos ni la diferencia entre limitación y suspensión³⁵. En el Fundamento Jurídico 3 afirma que suspensión implica la cesación, aunque sea temporal, del ejercicio de un derecho y de las garantías que lo protegen. Pero, como se pondrá de manifiesto en el apartado siguiente, la suspensión del art. 55.1 CE no puede significar la desaparición de los derechos fundamentales.

³⁴ Se trata de una Sentencia muy controvertida, no sólo ha sido objeto de críticas por parte de reputados constitucionalistas, sino que ha sido adoptada por una mayoría de 6 votos contra 5. Y se han firmado 5 Votos Particulares. Vid. artículo de Javier García Roca en EL PAÍS de fecha 27 de julio de 2021 «Una controvertida decisión».

³⁵ Tampoco en Sentencias anteriores. Hasta fechas recientes, las pocas sentencias que habían entrado a valorar cuestiones relativas a suspensión de derechos lo habían hecho a través del examen de la legislación antiterrorista y, por tanto, se habían referido al art. 55.2 CE y no al art. 55.1 CE, Vid. SSTC 25/1981, de 14 de julio; 199/1987, de 16 de diciembre y 71/1994, de 3 de marzo. También GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales?» en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho...* ob. cit., p. 97.

Como afirma el Voto Particular de la Magistrada M^a Luisa Balaguer, el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia parte de una concepción «apriorística» de las nociones de limitación y suspensión, que permitiría calificar una medida cualquiera de limitativa o suspensiva de derechos. Pero todo ello sin argumentar debidamente en qué consiste esa diferencia. La Magistrada pone de manifiesto que limitación y suspensión distan mucho de ser conceptos cerrados, autónomos y absolutos. Recuerda que la doctrina constitucionalista está dividida a este respecto. Más adelante, volveremos sobre esta distinción.

5.2. *Una visión crítica del concepto de suspensión*

Como pone de manifiesto Francisco Velasco, la visión tradicional según la cual existirían dos órdenes: un orden constitucional, con plenas garantías, y otro «excepcional», en el que desaparecen las garantías de los derechos no es sostenible hoy día. En la actualidad no existe ningún orden alternativo al orden constitucional, ni siquiera durante la vigencia de los estados excepcionales³⁶. En la Constitución española, incluso durante la vigencia de los estados de excepción y de sitio, se establecen severas limitaciones de algunos derechos, pero estas limitaciones no son absolutas ni indefinidas. Al contrario, están expresamente tasadas en los arts. 13 a 36 de la LOEAES, como hemos visto³⁷.

Por otra parte, varios autores han insistido en la idea de que la suspensión de derechos prevista en el art. 55.1 CE no puede suponer, en ningún caso, la desaparición de estos derechos. Tomás de la Quadra-Salcedo ya afirmaba en 1983 que la suspensión «no es una desaparición radical, absoluta e incondicional de los derechos y libertades, sino su sometimiento a otros valores por razón de unas necesidades urgentes y prioritarias³⁸». Para este autor, los derechos fundamentales siguen existiendo en las situaciones de suspensión. En algunos casos se les priva de garantías (en los que él llama «derechos relativos») y en otros se ve limitado su ámbito material o su «contenido ordinario», de forma que se opera una «redefinición» del derecho (en los que él llama «derechos absolutos»)³⁹. Pero en ambos casos subsisten los derechos y es posible su defensa (o la defensa de los ámbitos subsistentes) ante la jurisdicción ordinaria (art. 53.2), ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo) o ante el Defensor del Pueblo⁴⁰. Además, los derechos siguen actuando en las relaciones entre particulares⁴¹.

³⁶ VELASCO CABALLERO, F. (2020), cit., p. 82.

³⁷ Vid. *supra*, apartado 3.

³⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (1983), «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *Anuario de Derechos Humanos*, p. 434.

³⁹ Idem., pp. 454-457. Este autor llama «derechos absolutos» a los que tienen prevalencia sobre cualquier otro tipo de valores, como la libertad de expresión e información, el derecho de reunión o la libertad de residencia (p. 447) y «derechos relativos» a los que admiten en su propia formulación constitucional salvedades que implican la limitación del derecho en determinados supuestos o bajo determinadas garantías (p. 448).

⁴⁰ DE LA QUADRA SALCEDO, T., cit., pp. 467-470.

⁴¹ Idem., p. 466.

Paloma Requejo también insiste en que «la suspensión de los derechos no puede ser entendida como una desaparición absoluta de los mismos, aunque sea temporalmente limitada»⁴². Y Ana Aba Catoira añade: «Así pues, durante la vigencia de los estados excepcionales, los derechos fundamentales afectados tendrán un régimen jurídico excepcional distinto al ordinario, pero no pierden su vigencia, sino que la ven limitada o restringida en atención a lo previsto en la declaración del estado excepcional»⁴³.

González Beilfuss insiste en que «más allá de una interpretación literal de este término, la suspensión de derechos no puede implicar que los mismos dejen de estar vigentes de forma absoluta, aunque sea temporalmente»⁴⁴. Este autor considera que resulta preferible referirse a la posibilidad de restringir los derechos en mayor medida de lo que puede hacerse en situaciones de normalidad. Estas limitaciones estarían sometidas al control judicial a través del principio de proporcionalidad, pero la densidad de control sería diferente a la de la fiscalización de actuaciones gubernativas en situaciones de normalidad⁴⁵.

En un sentido similar, Díaz Revorio sostiene que la suspensión de un derecho no implica una pérdida o desaparición, sino una alteración o, en su caso, un desplazamiento de la garantía. Afirma que, si el derecho consiste en una garantía⁴⁶, la suspensión supone una disminución de esa garantía. En cambio, si el derecho consiste en un principio, dicha suspensión supone una «nueva configuración», una «especie de redefinición de sus perfiles»⁴⁷. Sin embargo, este autor no es partidario de «desactivar» el concepto de suspensión, pues eso supondría que en los estados de excepción se podrían adoptar medidas que produjeran la desfiguración del derecho hasta hacerlo irreconocible, es decir, la afectación de su contenido esencial⁴⁸.

A su vez, en alguna sentencia, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, aún en caso de suspensión, subsisten ciertas garantías y, en concreto, la intervención judicial, si bien lo hizo refiriéndose a la suspensión individual de derechos del art. 55.2 CE⁴⁹. Y lo mismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ha afirmado que

⁴² REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2001), «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político* Num. 51, p. 111.

⁴³ ABA CATOIRA, A. (2011), «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 28, p. 328.

⁴⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2004), «La suspensión general de derechos» en LOPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E., ob. cit., p. 267.

⁴⁵ Idem., pp. 268-269.

⁴⁶ Por ejemplo, la suspensión del plazo máximo de la detención gubernativa, que supone una ampliación de dicho plazo prevista en el art. 16 LOEAE.

⁴⁷ DÍAZ REVORIO, F.J. (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: La suspensión de derechos y los estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho...*, ob. cit., p. 135.

⁴⁸ Idem., p. 157.

⁴⁹ STC 199/1987, de 16 de diciembre.

la suspensión individual de derechos prevista en la legislación antiterrorista no supone una desaparición total de las garantías⁵⁰.

5.3. *La disyuntiva limitación versus suspensión*

La cuestión de la diferencia entre limitación y suspensión de derechos ha sido y está siendo objeto de un amplio debate, si bien, como afirma Itz'iar Gómez, se trata de una reflexión muy condicionada por el contexto normativo español y no fácilmente extrapolable a otros ordenamientos⁵¹. La profesora Gómez resume las posiciones de varios autores con respecto a esta distinción⁵².

Parte de la doctrina sostiene que existe una diferencia sustancial entre limitación y suspensión de derechos, partiendo de la concepción de Pedro Cruz Villalón a la que ya se ha hecho referencia, según la cual sólo la suspensión puede implicar la afectación del contenido esencial del derecho en cuestión⁵³.

Así, Lorenzo Cotino analiza la constitucionalidad del RD 463/2020 y concluye que éste afectó al contenido esencial de la libertad de circulación. Por lo tanto, supuso la suspensión del derecho, algo que no se puede hacer en el estado de alarma, convirtiéndose en inconstitucional este Real Decreto⁵⁴.

Díaz Revorio, aun reconociendo la dificultad de la distinción, afirma que la afectación del contenido esencial constituye la verdadera diferencia entre restricción y suspensión de derechos⁵⁵.

Francisco Velasco reconoce también la dificultad de la distinción, pero sostiene la diferencia estructural entre limitación y suspensión de derechos. Afirma que la confusión entre ambos conceptos viene producida por la heterodoxa regulación de la LOEAES, que, en sus arts. 16 a 20, ha regulado una «una suerte de *vigencia atenuada o alternativa* de los derechos suspendidos»⁵⁶.

⁵⁰ SSTEDH de 18 de enero de 1978 (Caso Irlanda contra Reino Unido) y de 27 de septiembre de 2001 (Caso Günay y otros contra Turquía).

⁵¹ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2021), cit., p. 77. Sobre las distintas respuestas de los Estados de la Unión Europea a la situación excepcional motivada por la pandemia, vid. DÍAZ CREGO, M. y KOTANDIS, S. (2020), *States of emergency in response to the coronavirus crisis*. Parlamento Europeo, European Parliamentary Research Service. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU\(2020\)659385_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU(2020)659385_EN.pdf)

⁵² GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2021), cit., pp. 98-102.

⁵³ Vid., supra, apartados 5.1 y 5.3.

⁵⁴ COTINO HUESO, L. (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la Covid», en GARRIDO LÓPEZ, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho...*, ob. cit. Vid. todo el capítulo, especialmente, p. 161. Algo que ha corroborado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 148/2021, a la que se ha hecho referencia.

⁵⁵ DÍAZ REVORIO, F.J. (2021), cit., p. 131.

⁵⁶ VELASCO CABALLERO, F. (2020), cit., p. 89.

Pero, en los últimos trabajos sobre el tema, otros autores ponen de manifiesto la tenue línea que existe entre limitación y suspensión de derechos⁵⁷. Itz'iar Gómez afirma que la distinción es inútil, que la discusión aún abierta no ofrece conclusiones determinantes sobre cuándo se ha producido la suspensión de un derecho y cuándo se trata de una restricción muy severa. Por ello, tratar de distinguir ambos conceptos (por ejemplo, para discutir sobre la posible inconstitucionalidad del RD 463/2020) nos lleva a la inseguridad jurídica.

El problema se complica en cuanto que algunos autores afirman que, aunque haya afectación del contenido esencial, es posible que no haya suspensión de derechos. Así, Carlos Garrido, analizando las limitaciones a la libertad de circulación impuestas por el RD 463/2020, afirma que, aunque supusieron la afectación del contenido esencial de este derecho, no implicaron la suspensión del mismo, pues la norma que rige el derecho y sus garantías permanecieron intactas⁵⁸.

En el mismo sentido, Francisco Velasco afirma que la LOEAES «tolera que el Gobierno *afecte o limite* algunos contenidos concretos —incluso esenciales— del derecho en cuestión. Pero, en general, no permite la suspensión plena o absoluta del derecho»⁵⁹.

El mencionado Voto Particular de la Magistrada M^a Luisa Balaguer a la STC 148/2021 afirma que «no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión» y considera que, aunque lo fuera, la Sentencia no lo consigue. A su juicio, definir el confinamiento del RD 463/2020 como medida suspensiva fue un ejercicio de «voluntarismo cargado de subjetividad», entre otras cosas, porque la restricción no fue total, sino existían numerosas excepciones que justificaban la salida del domicilio.

5.4. *La afectación del contenido esencial de los derechos ¿elemento clave de la distinción entre limitación y suspensión?*

Como hemos visto, para una mayoría de autores⁶⁰, la afectación del contenido esencial de los derechos constituye el elemento definitivo para distinguir la suspensión de la mera limitación de los derechos.

Ahora bien, la definición de qué sea *contenido esencial* no es fácil ni pacífica⁶¹. El concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales sigue siendo discutido.

⁵⁷ GARRIDO LÓPEZ, C. (2020), «La naturaleza bifronte...» cit., p. 400.

⁵⁸ GARRIDO LÓPEZ, C. (2020), «La naturaleza bifronte...», cit., p. 396.

⁵⁹ VELASCO CABALLERO, F. (2020), cit., p. 90.

⁶⁰ Así, por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, P., (ob. cit. pp. 66-72) y DÍAZ REVORIO, F.J., cit. (pp.131 y 133). Vid., supra, apartado 5.1.

⁶¹ Sobre el tema, puede verse, en español: HÄBERLE, P. (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson; GAVARA DE CARA, J.C. (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los*

Gavara de Cara⁶², recogiendo la doctrina alemana, habla de tres teorías para definir el contenido esencial: En primer lugar, la teoría absoluta, que tiene dos variantes: La primera sostiene que el contenido esencial es equiparable al concepto de dignidad de la persona y la segunda afirma que el contenido esencial constituye un núcleo intangible de cada derecho, que no podría ser afectado por la ley, frente a otras partes del derecho, que sí serían susceptibles de regulación.

En segundo lugar, este autor se refiere a las teorías relativas, que consideran que el contenido esencial no constituye una medida preestablecida y fija, que no es un elemento estable del derecho fundamental. Para quienes sostienen esta postura, el contenido esencial tiene un valor declarativo que se obtiene a través del control de constitucionalidad de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales. «Para las teorías relativas sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente»⁶³.

Existe otra tercera teoría relevante, que considera el contenido esencial como absoluto, pero relativizable a través de los límites inmanentes del derecho fundamental en juego. Según el autor, esta posición «parte de un supuesto carácter absoluto consistente en no permitir en ningún caso que el legislador afecte el contenido esencial de un derecho fundamental. Sin embargo, se considera que pertenece también al interior conceptual de un derecho fundamental el que no pueda ser protegido cuando a través de su ejercicio se pueda poner en peligro el ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas o bienes jurídicos necesarios para la estabilidad de la comunidad»⁶⁴.

Robert Alexy analiza el concepto de contenido esencial como límite infranqueable de los límites de los derechos fundamentales, consagrado en el art. 19.2 de la Constitución alemana, modelo de la española en este punto. Tras una interesantísima construcción que no podemos reproducir aquí, afirma que la garantía del contenido esencial «no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de derechos fundamentales»⁶⁵.

A su vez, Peter Häberle insiste en la idea de que el art. 19.2 CA es una norma meramente *declarativa*, es decir, que no añade nada nuevo a la interpretación adecuada de cada derecho en concreto. Sin embargo, este autor cree que no se debe llegar a un *vaciamiento* del concepto de contenido esencial y advierte de los peligros que ello conllevaría para la vigencia de los derechos fundamentales. De esta forma, el

derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Madrid, CEC y MARTÍNEZ-PUJALTE, A.I. (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, entre otros.

⁶² GAVARA DE CARA, J.C. (1994), ob. cit. pp. 270-273.

⁶³ Idem., p. 272.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, p. 291.

art. 19.2 CA desplegaría íntegra su eficacia en caso de que el legislador dictara una ley que quebrantara las normas constitucionales. Häberle afirma expresamente que «la significación técnico-jurídica del art. 19.2 CA se puede, así, perfilar como ‘actualmente declarativa’, pero ‘latentemente constitutiva’»⁶⁶.

En la Constitución española, el art. 53.1 establece que el contenido esencial es un límite a la regulación por ley del ejercicio de los derechos contenidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en su conocida Sentencia 11/1981, de 8 de abril, estableció cuáles son las dos vías para conocer el contenido esencial de los derechos fundamentales: «El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho» (...) «El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos» (F.J. 8).

A este respecto, Francisco Velasco pone de manifiesto que el contenido esencial de cada derecho no es algo ni mucho menos obvio. Depende mucho de la comprensión que se tenga de la Constitución y de su conexión con la cultura jurídica subyacente, así como de un entendimiento coherente e integrado de las distintas normas de un mismo texto constitucional⁶⁷. Refiriéndose a las dos vías que establece el Tribunal Constitucional, este autor afirma: «Lo cierto es que, por una u otra vía, el contenido esencial de los derechos fundamentales no es el bastión último, irreductible, inmutable e imponderable que en ocasiones se ha pretendido»⁶⁸. Por cualquiera de las dos vías, la definición del contenido esencial de un derecho no puede encontrarse solamente mediante una metodología lógica o axiológica, sino que son precisas indagaciones sociológicas. Es preciso identificar cuál es la imagen social de un derecho en cada tiempo y lugar. El autor considera que en cualquier sociedad existen, al menos, dos concepciones del contenido esencial de un concreto derecho: la ordinaria y la propia de situaciones excepcionales⁶⁹.

Por otra parte, Gavara de Cara, recogiendo la doctrina alemana, sostiene que lo interesante es determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho en concreto, más que tratar de definir el concepto de un modo general⁷⁰. Martínez-Pujalte afirma que este contenido esencial debe ser descubierto mediante una delicada labor hermenéutica que incluiría el análisis de los preceptos constitucionales, en el marco de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y una comprensión de los derechos fundamentales en conexión con los valores morales que subyacen a éstos⁷¹. En mi opinión, debería añadirse que esa comprensión de los derechos fundamentales debe conectarse con la jurisprudencia de los principales intérpretes de los derechos

⁶⁶ HÄBERLE, P. (2003), ob. cit., pp. 219-220.

⁶⁷ VELASCO CABALLERO, F. (2020), cit. p. 106.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem., pp. 106-107.

⁷⁰ GAVARA DE CARA, J.C., cit., pp. 213-214

⁷¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.I. (1997), ob. cit., p. 140.

(en España, el Tribunal Constitucional y, muy especialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del art. 10.2 CE). Así definido, el contenido esencial de un derecho en concreto puede convertirse en parámetro para juzgar la constitucionalidad de las actuaciones del legislador, pero también las de jueces y tribunales y las de la Administración relativas a los derechos⁷².

Uno de los casos en que la propia Constitución establece detalladamente qué facultades forman parte del contenido esencial de un derecho es el art. 17.2 CE, que fija el plazo máximo de la detención policial. Hay que entender que este plazo forma parte del contenido esencial del derecho de libertad y seguridad. La LOEAES, amparándose en lo dispuesto en el art. 55.1 CE, amplía el plazo de la detención policial en los casos de estado de excepción y de sitio (arts. 16 y 32 LOEAES) y, con ello, prevé la invasión del contenido esencial del derecho fundamental. La Ley Orgánica puede hacerlo porque está habilitada para ello por el art. 55.1 CE.

De esta forma, la cuestión sobre el concepto de contenido esencial se desplaza a la cuestión relativa a quien es el órgano encargado de definirlo para cada derecho fundamental en litigio. En ocasiones, el contenido esencial viene definido en la propia Constitución, y ese será el caso menos problemático. Pero también puede ser definido por el Tribunal Constitucional, aunque lo cierto es que lo ha hecho en pocas ocasiones⁷³. También podría hacerlo la Ley Orgánica en situaciones propias del Derecho de excepción, según acabamos de ver.

Ahora bien, en el estado de alarma, son las autoridades gubernativas quienes, en primer término, deben identificar cuál es el contenido esencial de un derecho en concreto, a la hora de establecer las limitaciones de los derechos que sean necesarias en cada caso particular. Esto es así porque la LOEAES está redactada en términos muy genéricos y habilita al ejecutivo para adoptar las medidas pertinentes. Se produce, entonces, la paradoja que, en el estado de alarma, no es ni siquiera la ley, sino el poder ejecutivo, quien podrá definir, en primer término, el contenido esencial de un derecho fundamental⁷⁴ (aunque sea posible un control posterior tanto político —Congreso de los Diputados— como jurisdiccional).

Ahora podemos enfrentarnos a la pregunta que subyace a estas deliberaciones: La *suspensión* de derechos ¿Supone la desaparición temporal de su contenido esencial? A mi modo de ver, esto no es así⁷⁵. Coincido con Francisco Velasco⁷⁶ y otros autores citados en que el contenido esencial de un derecho en concreto no puede ser absoluto, pues eso significaría la negación del contenido esencial de otros derechos igualmente

⁷² Idem., p. 141.

⁷³ VELASCO CABALLERO, F. (2021), cit., p. 120.

⁷⁴ Idem., p. 106.

⁷⁵ Así lo han puesto de manifiesto también varios/as autores/as, según hemos visto. Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2001), cit., pp. 111-113; ABA CATOIRA, A. (2011), cit., p. 328 y ESCOBAR, G. (2021) «Los derechos humanos en los estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político* Núm. 110, p. 146.

⁷⁶ VELASCO CABALLERO, F. (2020), cit., pp. 120-121.

valiosos. En un contexto de riesgo sanitario extremo, como el que padecemos, el contenido esencial de ciertos derechos puede verse reducido por otros derechos, en virtud del principio de concordancia práctica de la Constitución⁷⁷.

Las previsiones de la LOEAES para los estados de excepción y de sitio no eliminan, ni siquiera temporalmente, el contenido esencial de los derechos a que se refieren. Suponen, si se quiere, una *reducción* o una *redefinición temporal* de este contenido esencial. Pero esta reducción viene acompañada de una serie de garantías, como hemos visto⁷⁸. Y, en todo caso, hay que entender que siempre está abierta la posibilidad de acudir a los tribunales para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, que es una característica esencial de nuestro Derecho de excepción (art. 3 LOEAES). También lo ha establecido así la Comisión de Venecia, como hemos visto.

Así, las medidas previstas en el art. 16 LOEAES para el derecho a la libertad y seguridad del art. 17 CE no suponen que el plazo de detención previa a la intervención judicial sea indefinido. Tan sólo suponen la ampliación del plazo previsto en la Constitución hasta un máximo de 10 días. En el estado de excepción el detenido sigue gozando de las garantías del art. 17.3 CE y, en todo caso, la detención deberá ser comunicada al juez en el plazo de 24 horas de forma que éste pueda requerir información sobre la detención.

Del mismo modo, las medidas previstas en el art. 17 LOEAES para restringir la inviolabilidad del domicilio no suponen una «carta en blanco» para que las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan entrar libremente en un domicilio privado, sino que esta entrada ha de obedecer a una causa determinada y ha de estar rodeada de ciertas garantías. Y lo mismo sucede con las medidas que prevé el art. 18 LOEAES para la intervención de las comunicaciones.

Otro tanto cabe decir de las medidas que los arts. 20, 21, 22 y 23 LOEAES establecen para la afectación de los derechos a la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de huelga y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.

Vistas así las cosas, no parece haber una diferencia esencial entre *suspensión* de derechos fundamentales en los estados de excepción y de sitio y *limitación* de derechos fundamentales en el estado de alarma. En el estado de alarma pueden limitarse derechos de forma particularmente intensa, incluso más allá de lo que en algún momento se haya podido entender como contenido esencial. Será precisa una estricta justificación de la necesidad y proporcionalidad de la medida, acorde con la situación excepcional que se presente⁷⁹. Y será preciso aplicar el principio de concordancia práctica entre diferentes derechos y principios constitucionales.

⁷⁷ Sobre este principio, vid. HESSE, K. (1983), *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, pp. 48-49.

⁷⁸ Vid., *supra*, apartado 3.

⁷⁹ Como afirma Francisco Velasco, existen, al menos, dos concepciones del contenido esencial, la ordinaria y la propia de situaciones excepcionales. Vid., *supra*, nota 69.

Ya hemos visto cómo el RD 463/2020 limitó el derecho fundamental a la libertad de circulación del art. 19 CE cuando decretó el confinamiento de toda la población, salvo por motivos muy específicos (como trabajo, asistencia a centros sanitarios, asistencia a personas dependientes o provisión de alimentos) ¿No estamos también en este caso ante una *reducción* o *redefinición* del contenido esencial del derecho?

En mi opinión, tanto en el estado de alarma como en los estados de excepción y de sitio podría hablarse de *limitación* (más o menos intensa) de derechos fundamentales. No creo que el término *suspensión* sea el más adecuado, pues parece hacer referencia, y esa ha sido la interpretación tradicional, a que durante un periodo de tiempo los derechos en cuestión no están vigentes. Y esto no es así. Los derechos siguen teniendo vigencia, aunque se haya reducido temporalmente su contenido esencial.

5.5. *La diferencia entre el estado de alarma y los estados de excepción y sitio*

Entonces ¿Cuál sería la diferencia entre la restricción de derechos fundamentales que puede producirse en el estado de alarma y la que puede producirse en los estados de excepción y de sitio?

Podríamos decir que, a tenor de lo que establece el art. 55 CE y la LOEAE, la diferencia no estriba en la calidad o la intensidad de la restricción, sino, más bien, en la índole de los derechos que pueden ser afectados. En el estado de alarma los derechos que pueden ser afectados son el derecho a la libertad de circulación, el derecho de propiedad privada, la libertad de empresa y el derecho al trabajo, según establece el art. 11 LOEAE. En los estados de excepción y de sitio, los derechos que pueden ser restringidos son los más relacionados con el orden público o, si se quiere, las *libertades públicas*: el derecho a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva.

Es decir, en los estados de excepción y de sitio pueden quedar restringidos los derechos de máxima protección constitucional (salvo el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo del art. 37 CE), los que pueden ser protegidos mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE), que son objeto de reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y para cuya reforma se exigiría el procedimiento agravado (art. 168 CE). Estos son los derechos de constituyen el *núcleo duro* de nuestro ordenamiento constitucional, los pilares fundamentales de un Estado de Derecho. En el estado de alarma, la restricción se refiere a algunos derechos de protección ordinaria que son susceptibles de protección judicial, pero no son defendibles mediante el recurso de amparo.

Sin embargo, es cierto que en el estado de alarma puede ser limitada la libertad de circulación, que sí es de protección excepcional. Además, en el RD 463/2020 se produjo una extraordinaria limitación de este derecho, de la que podría pensarse que ha afectado al contenido esencial del derecho (de hecho, varios autores han

afirmado que, por afectar al contenido esencial, se trataba de una suspensión y no de una mera limitación⁸⁰).

Y, de cualquier forma, cabe pensar en la posibilidad de que, en el estado de alarma, como consecuencia indirecta de las medidas adoptadas, se produzcan restricciones de otros derechos no previstos en el art. 11 LOEAES, como el derecho de reunión y el derecho de sufragio. Esto ha sucedido, como hemos visto, durante la vigencia del RD 463/2020. Es más, en el RD 926/2020 se prevé expresamente la limitación del derecho de reunión, como también se ha visto.

En este caso, será posible siempre el control judicial de estas restricciones (sea de los derechos previstos en la LOEAES o sea de otros derechos limitados de forma indirecta). Para ello, las limitaciones establecidas en el estado de alarma deben cumplir el requisito de la proporcionalidad⁸¹ y pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional. A este respecto, es muy interesante el mencionado Voto Particular de la Magistrada M^a Luisa Balaguer a la STC 148/2021. En él afirma que el Tribunal debió aplicar el juicio de proporcionalidad al art. 7 del RD 463/2020, en lugar de calificar este precepto de medida *suspensiva* de derechos. El resultado del juicio de proporcionalidad pudo haber concluido que la medida fue desproporcionada (aunque ella no lo considera así). Pero la Magistrada estima que este resultado hubiese estado más justificado.

En esta fiscalización, el Tribunal Constitucional deberá tener en cuenta que la imposición de límites al ejercicio de derechos en circunstancias extraordinarias está legitimada también por el art. 30.4 CE, que prevé la posibilidad de regular mediante ley «los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública». El control judicial de las medidas limitativas debe ponderar, entre otros extremos, la existencia de estos deberes⁸².

No existe, pues, una diferencia *esencial* entre limitación y suspensión de derechos en nuestro ordenamiento. Y, en cuanto a las diferencias entre el estado de alarma y los estados de excepción y sitio, las diferencias estriban en los presupuestos fácticos que legitiman la declaración de cada uno de estos estados, también en el procedimiento de declaración⁸³ y, desde luego, hay que tener en cuenta los concretos derechos que pueden ser afectados directamente. Hay que entender que en el estado de alarma no podrían quedar afectados los derechos a la libertad personal, a la inviolabilidad del domicilio⁸⁴ o al secreto de la correspondencia, que sí podrían quedar restringidos en los estados de excepción y de sitio. Hemos visto que el derecho de reunión ha sido

⁸⁰ Vid. *supra*, apartados 4.1 y 5.3.

⁸¹ CARRILLO LÓPEZ, M., cit. pp. 79-80.

⁸² GARCÍA ROCA, J. (2020), «El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus», en BARCELÓ ROJAS, D. y otros, ob. cit. 20.

⁸³ Así lo afirma también el mencionado Voto Particular de la Magistrada Balaguer a la STC 148/2021.

⁸⁴ Ante la polémica sobre la entrada en un domicilio por parte de las fuerzas de seguridad sin autorización judicial durante la vigencia del estado de alarma del RD 956/2020, hay que insistir en que el estado de alarma no ampara esta severa limitación de la inviolabilidad del domicilio. Vid el artículo de Javier Tajadura Tejada «Inviolabilidad del domicilio y covid 19» en El País de 30 de marzo de 2021.

limitado expresamente en el RD 926/2020, pero hay que entender que se trata de una consecuencia indirecta de la limitación de la libertad de circulación.

Guillermo Escobar afirma que el concepto de *suspensión* de derechos es un concepto superfluo⁸⁵. Es más, puede resultar peligroso si se concibe como una *supresión* de derechos en los estados de excepción y de sitio. Coincido con él en que los derechos fundamentales no desaparecen ni se desconstitucionalizan en esas situaciones. Sigue siendo posible el control judicial de las posibles vulneraciones de derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad.

En todos los casos (alarma, excepción y sitio) es posible limitar o restringir derechos fundamentales. Para Escobar, lo relevante es que en el Derecho de excepción existe una «habilitación genérica para restringir determinados derechos fundamentales al margen de las formas y procedimientos habituales, entre ellos la reserva de ley»⁸⁶. Es posible la limitación intensa de derechos mediante un Real Decreto (aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado que esta norma, cuando declara uno de los estados de excepción previstos en la Constitución, tiene rango de ley⁸⁷).

La primera consecuencia práctica que cabe extraer de esta interpretación es la importancia del Derecho de excepción y, especialmente, de su previsión constitucional. Ya lo afirmó la Comisión de Venecia⁸⁸. Es posible limitar derechos fundamentales, incluso más allá de lo que viene siendo entendido como su contenido esencial. Pero esta limitación ha de realizarse en unos supuestos fácticos estrictamente definidos, a través de las normas específicamente previstas en la Constitución y mediante una estricta justificación. Además, la limitación está sometida a controles muy determinados que incluyen la intervención del Parlamento. Nunca puede ser suficiente con la intervención del poder ejecutivo⁸⁹. Y, desde luego, todas las normas limitativas de derechos han de poder ser controladas por los tribunales (ordinarios y Constitucional).

Aún se puede extraer una consecuencia práctica más de esta visión de los estados excepcionales. Hay que destacar la importancia de que la norma que declare la situación de emergencia defina de forma detallada las medidas concretas de intervención en los derechos dentro del marco que establece la LOEAES. Esta norma podrá *redefinir* temporalmente el contenido esencial de cada derecho, pero no suprimirlo. Los derechos fundamentales deben seguir teniendo vigencia en cualquier circunstancia. Y conviene precisar, además, que el Congreso de los Diputados tiene la facultad de participar en la definición de las medidas de intervención⁹⁰. No debería ser sólo el Gobierno el órgano que determine cuáles son esas medidas.

⁸⁵ ESCOBAR, G., cit., p. 150.

⁸⁶ ESCOBAR, G., cit., p. 150.

⁸⁷ Como hemos visto, así lo estableció la STC 83/2016, de 28 de abril.

⁸⁸ Vid. el apartado 2.2 de este trabajo.

⁸⁹ Sobre la idoneidad del estado de alarma para hacer frente a la pandemia vid. CARMONA CUENCA, E., cit., pp. 235-237.

⁹⁰ El art. 6.2 LOEAES establece la posibilidad de que el Congreso establezca «el alcance y las condiciones» de la prórroga del Estado de alarma. Para la declaración del estado de excepción, el

Title:

State of alarm, pandemic and fundamental rights. Limitation or suspension?

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. THE SUSPENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN EMERGENCY SITUATIONS. THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN CONTEXT. 2.1. United Nations. 2.2. Council of Europe. 3. EXCEPTION LAW IN SPAIN. RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS. 4. DECLARATIONS OF ALARM STATE DURING THE COVID-19 PANDEMIC. RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS. 4.1. Royal Decree 463/2020. 4.2. Royal Decree 900/2020. 4.3. Royal Decree 926/2020 and its extension. 5. THE CONSEQUENCES OF THE DECLARATION OF ALARM STATE FOR THE VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS. LIMITATION OR SUSPENSION? 5.1. The traditional suspension concept. 5.2. A critical view of the concept of suspension. 5.3. The dilemma limitation *versus* suspension. 5.4. The affectation of the essential content of rights, a key element of the distinction between limitation and suspension? 5.5. The difference between the state of alarm and the states of exception and siege.

Resumen:

En España, la Constitución prevé la posibilidad de limitar o suspender algunos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en determinadas situaciones de emergencia. Este Derecho de excepción prevé la declaración de tres situaciones distintas: Estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio.

Según la tesis tradicional, basada en el artículo 55 de la Constitución española, en el estado de excepción y en el estado de sitio es posible la suspensión de derechos fundamentales, mientras que en el estado de alarma sólo es posible la limitación de los mismos. La diferencia estaría en que la suspensión implica la afectación del contenido esencial de estos derechos. A partir de la experiencia de los tres estados de alarma declarados en España en 2020 para hacer frente a la pandemia por la Covid-19 y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente de la STC 148/2021, de 14 de julio, en este trabajo se realiza una interpretación crítica de esta tesis tradicional y se argumenta sobre la dificultad de distinguir limitación y suspensión de derechos. La principal tesis que se mantiene en este trabajo es que en ningún caso se produce realmente una suspensión de derechos fundamentales, pues éstos no desaparecen, ni

art. 13.3 LOEAES prevé que el Congreso «debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma». Y el estado de sitio es declarado por el propio Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno, según el art. 32.1 LOEAES.

siquiera temporalmente. Tan sólo se produce una reducción o redefinición de su contenido esencial. Pero, en todo caso, perviven las garantías de los derechos fundamentales establecidas en la Constitución y en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

La diferencia entre el estado de alarma y los estados de excepción y sitio hay que ubicarla más bien en los presupuestos fácticos que legitiman la declaración de cada uno de ellos, en el procedimiento previsto para esta declaración y en los concretos derechos que pueden quedar limitados directamente en cada caso, así como en las concretas medidas en que puede consistir esta limitación. Estas medidas están claramente definidas en la LO 4/1981.

Abstract:

In Spain, the Constitution provides for the possibility of limiting or suspending some fundamental rights recognized in the Constitution in certain emergency situations. This Exception Law provides for the declaration of three different situations: state of alarm, state of exception and state of siege.

According to the traditional thesis, based on article 55 of the Spanish Constitution, in the state of emergency and in the state of siege the suspension of fundamental rights is possible, while in the state of alarm it is only possible to limit them. The difference would be that the suspension implies the restriction of the essential content of these rights.

Based on the experience of the three states of alarm declared in Spain in 2020 to face the Covid-19 pandemic, and the case-law of the Constitutional Court, especially CCJ 148/2021, of July 14, in this paper a critical interpretation of this traditional thesis is made and it is argued about the difficulty of distinguishing limitation and suspension of rights. The main thesis that is maintained in this paper is that no suspension of fundamental rights really occur, since they do not disappear, not even temporarily. There is only a reduction or redefinition of its essential content. But, in any case, the guarantees of fundamental rights established in the Constitution and in the Organic Law 4/1981, of June 1, on the states of alarm, exception and siege survive.

The difference between the state of alarm and the states of exception and siege must be located in the factual assumptions that legitimize the declaration of each of them, in the procedure provided for this declaration and in the specific rights that may be directly limited in each case, as well as in the specific measures that this limitation may consist of. These measures are clearly defined in the Organic Law 4/1981.

Palabras clave:

Derecho de excepción, estado de alarma, Covid-19, limitación de derechos fundamentales, suspensión de derechos fundamentales, contenido esencial.

Key words:

Exception Law, state of alarm, Covid-19, limitation of fundamental rights, suspension of fundamental rights, essential content.