

Citar:

Urías, Joaquín (2022). El ejercicio de los derechos fundamentales durante el estado de alarma (el ejemplo de la libertad de expresión). En Carmona, A. y Rodríguez, B. Constitución y pandemia. El Estado ante la crisis sanitaria. ISBN 978-84-1130-442-9. Valencia. Tirant Lo Blanch. 343-371.

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA (El ejemplo de la libertad de expresión)

Joaquín Urías

1. INTRODUCCIÓN

La experiencia de la pandemia de COVID-19 a partir de 2020 y la sucesiva declaración de estado de alarma en dos ocasiones ha planteado problemas de orden prácticos a los que hasta ahora no había tenido que enfrentarse nuestro derecho constitucional. En esa situación ha dado la impresión de que nuestra doctrina científica carecía de un *corpus* doctrinal sólido capaz de ofrecer soluciones jurídicas a los problemas que se plantean. Entre ellos destaca la cuestión del ejercicio de los derechos fundamentales durante este estado excepcional. Los derechos fundamentales durante la vigencia del estado de alarma no están suspendidos, pero parece que su ejercicio pueda verse modificado. Esta situación obliga a repensar con criterios operativos la naturaleza misma de los derechos fundamentales y su valor constitucional y social.

En esta nota sucinta se tratan de apuntar algunas de las cuestiones que han surgido al hilo de esta situación realmente excepcional y su posible encuadre en una teoría operativa de los derechos fundamentales. Para explicar de manera práctica las posibilidades y los límites del ejercicio de derechos que no están suspendidos se recurre al ejemplo de la libertad de expresión que es, sin duda, uno de los derechos más versátiles para entender cómo funcionan los que se reconocen como fundamentales.

1.1 El estado de alarma

El reconocimiento de la eficacia jurídica de la Constitución ha ido históricamente parejo a la constatación de que existen situaciones en que, precisamente para garantizar dicha vigencia, es necesario dejar de aplicar jurídicamente parte del texto constitucional. Esta paradoja originaria del derecho de excepción ha sido perfectamente explicada en las obras clásicas de la materia¹. La regulación jurídica de la excepcionalidad tiene en sí misma

¹ Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 15 y ss.

mucho de contradicción, pues se trata de regular jurídicamente las situaciones en las que no es posible asegurar la eficacia jurídica plena de las disposiciones constitucionales. Esa contradicción se ha intentado superar a partir de la idea de que el derecho de excepción configura una Constitución alternativa, que es la que se aplica de manera temporal y excepcional mientras se logra acabar con la situación que origina la inaplicabilidad de la norma. Se prefiere renunciar a la vigencia de determinadas disposiciones antes que arriesgarse a que la falta de flexibilidad vuelva inaplicables muchas más.

Pese a ello, nuestra Constitución, en los artículos 116 y 55, solo prevé las modalidades de tramitación de los distintos estados excepcionales y la intensidad de la alteración del régimen ordinario que suponen, dejando la concreción de sus presupuestos habilitantes a la ley. En este caso la ley Orgánica 4/1981 que, por su cercanía temporal y material con el debate constituyente, suele considerarse como algo parecido a lo que en otros Estados se denominan «leyes constitucionales».

Así, ante diferentes escenarios de crisis la Constitución se prevén las medidas disponibles para atajarlos y los mecanismos que controlan su aplicación, en un sistema que la centraliza esencialmente en el Gobierno y las Cortes Generales. Aunque la intensidad de la excepcionalidad varía entre alarma, excepción y sitio lo que permite su aplicación - pese al silencio constitucional sobre la materia- no es tanto el tipo de medidas permitidas como la naturaleza de la amenaza contra el normal funcionamiento del Estado que originan cada uno de ellos. Razonablemente parece que hay que entender que no se trata de que según la intensidad de la restricción deseada el Gobierno pueda elegir qué mecanismo aplicar, sino que depende de la naturaleza misma del riesgo que enfrenta la sociedad el que se pueda optar por una u otra opción. Las medidas que se permiten en cada situación excepcional son progresivamente de más intensidad. Así durante la alarma no es posible suspender derechos fundamentales, algo que sí sucede tras la declaración de los estados de sitio o excepción. Sin embargo esta gradación de intensidad se refiere a la respuesta autorizada según la naturaleza de cada situación. Nuestro sistema no autoriza a los poderes públicos a elegir qué estado declara; bien al contrario, limita la excepcionalidad de tal manera que cuando se da determinada situación en la vida real es posible acudir a determinado grado de excepción y sólo a ese. Más allá, pese a algunas vacilaciones iniciales², el legislador orgánico de los estados de excepción ha distinguido

² La ponencia inicial de lo que después sería la LO 4/1981 hablaba de la que las alteraciones leves del orden público podrían dar lugar al estado de alarma y las más graves al de excepción. Sobre ello, vid. GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción», en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 9.

entre presupuestos habilitantes totalmente diferenciados en cuanto a su naturaleza que no guardan entre sí una relación de gravedad o intensidad

Ante catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, o situaciones de desabastecimiento lo que procede es el estado de alarma. En estos casos, y tras cumplir con las formalidades que establece la Constitución respecto a la iniciativa del Gobierno y la intervención de las Cortes, la esencia del nuevo régimen instaurado durante el estado de alarma radica en una alteración del orden habitual de competencias. La excepcionalidad de la alarma consiste esencialmente en la posibilidad de hacer frente a una emergencia centralizando decisiones que normalmente corresponderían a distintas administraciones. Pero no es constitucionalmente posible suspender derechos fundamentales.

En principio carece de sustento constitucional y legal la idea, que tuvo cierto éxito en un primer momento durante la Pandemia del COVID-19, de que si una crisis sanitaria el gobierno considera que necesita suspender el ejercicio de los derechos fundamentales puede, sin más, recurrir a declarar el estado de excepción³. Ello sólo puede suceder si se aprecia una alteración del orden público, que es la circunstancia habilitante prevista para ello. Cuando se dan tan sólo las circunstancias propias del estado de alarma, no cabe la declaración del estado de excepción: no es una elección discrecional de los poderes ejecutivos y legislativo, sino una facultad reglada limitada a los supuestos previstos para ello.

2. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

2.1 La prohibición de suspensión de derechos

El capítulo V del título primero de la Constitución se titula “De la suspensión de derechos y libertades”. En el mismo, el artículo 55.1 CE establece que ciertos derechos⁴ “podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio”. Nada dice del estado de alarma. En consecuencia, vigente la eficacia general de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional señala de manera tajante y razonable

³ Puede encontrarse un elenco muy completo de diversas posiciones dogmáticas defendidas esencialmente en la prensa y en blogs de actualidad en GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ, Carlos. (coord.) «Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España», Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, especialmente en las notas 15 a 17.

⁴ Se trata de los derechos a la libertad personal (art. 17 CE), inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); libertad de circulación (art. 19 CE); libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]; libertad de información [art. 20.1 d) CE]; prohibición del secuestro de comunicaciones (art. 20.5 CE); derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE); derecho de huelga (art. 28.2 CE) y derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37. 2 CE).

en la STC 83/2016 (FJ8) que: “A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización”.

De esta manera queda resuelta de manera satisfactoria cualquier duda preexistente sobre el sentido del silencio constitucional respecto a la posibilidad de suspender derechos tras la declaración del estado de alarma. En lo que la Constitución no prevé expresamente la aplicación de un régimen excepcional, se mantiene la vigencia de la Constitución ordinaria... o no. Porque la asunción expresa de que los derechos fundamentales pueden ser limitados de manera específica durante esta situación, a pesar de la total ausencia de referencias constitucionales sobre ello, plantea sin duda problemas. El Tribunal, en definitiva, parece aceptar que el régimen jurídico de los derechos fundamentales y su eficacia se ven alterados por esa declaración de alarma. Sobre ello se vuelve más adelante, pero antes es preciso detenerse en cómo funciona la prohibición de suspensión.

2.2 La naturaleza de los derechos fundamentales de cara a su suspensión

En general, las discusiones sobre la naturaleza jurídica de instituciones perfectamente conocidas corren el riesgo de convertirse en mero virtuosismo bizantino; la cuestión de cuál es la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en nuestra Constitución ha provocado discusiones de innegable calidad técnica, aunque no siempre se hayan sacado de estas reflexiones las consecuencias prácticas correspondientes.

En términos muy simplistas, la discusión sobre la naturaleza de los derechos fundamentales parte a menudo de la clásica distinción de Ronald Dworkin, reformulada por Robert Alexy⁵, entre principios y reglas. La idea sería que en el mundo del derecho junto a los mandatos normativos cerrados conviven mandatos abiertos, basados en conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan ser concretados jurisprudencialmente caso por caso. Estos mandatos, que son los principios, operan de manera diferente a las reglas. Su objetivo es facilitar la toma de decisiones, pero necesitan de un operador jurídico que basándose en ellos adopte tal decisión. En cuanto inspiradores de las decisiones jurídicas su aplicación es gradual, del mismo modo que pueden ser inaplicados sin necesidad de derogación.

Así, Alexy define los principios como mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En este sentido, acaba por enmarcar los derechos en la categoría de principios normativos, por más que acepte que están integrados por una combinación de reglas y principios de optimización.

A partir de esta construcción sobre su naturaleza -que ha sido aceptada acríticamente en sistemas muy diferentes de aquél para que el que fue formulada- el contenido de los derechos queda sometido al principio de proporcionalidad. Los derechos entendidos como mandatos de optimización parecen estar en permanente conflicto entre sí, resuelto mediante decisiones de preferencia condicional, a partir de los elementos fácticos y jurídicos de cada caso concreto. La motivación de las decisiones judiciales de ponderación adoptadas relativa a los elementos de la proporcionalidad permite su control por los órganos superiores. Esta construcción resulta adecuada para entender la dimensión objetiva de los derechos fundamentales entendidos como mandatos. Sin embargo, en lo que hace a los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos debilita la seguridad jurídica de quien aspira a ejercerlos y debe aventurarse a una eventual decisión de ponderación con resultados inciertos. Ciertamente, los defensores de esta tesis pretenden atribuir al legislador la capacidad de concretizar la Constitución, reduciendo la capacidad de creación autónoma de los tribunales constitucionales⁶. Sin embargo, lo

⁵ DWORKIN, Ronald M. "The Model of Rules» *University of Chicago Law Review*: Vol. 35 : Iss. 1, 1967, Article 3. ALEXY, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2ª. reimp.), 1986.

⁶ Hay que señalar que las teorías de Alexy surgen a partir de un rechazo al excesivo dogmatismo de las construcciones alemanas objetivas basadas en los valores que llevaban al puro decisionismo judicial en la determinación del contenido protegido. Vid. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

cierto es que en la vida real el resultado es un decisionismo judicial variable caso por caso y de escasa previsibilidad.

Realmente, la doble naturaleza de los derechos, que de una parte son posiciones subjetivas disponibles para la ciudadanía resistentes a cualquier invasión estatal y de otra mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos para configurar un determinado sistema jurídico, casa mal con cualquier perspectiva que ignore uno de sus dos caracteres. La constatación de que en cada derecho hay un mandato al legislador y los poderes públicos para que orienten su acción hacia la mayor eficacia de determinados principios no excluye que paralelamente operen como derechos subjetivos con un contenido mínimo inalterable que ofrece al ciudadano un espacio de libertad que no puede ser ignorado ni reducirse.

A la hora de la aplicación práctica es más fácil aprehender el mandato genérico correspondiente a cada derecho que la regla concreta de contornos delimitados y jurídicamente vinculante que se impone a la voluntad de cualquier poder público. Esa dificultad, que sólo puede resolverse con una tarea minuciosa de interpretación constitucional⁷. La dificultad para delimitar apriorísticamente los requisitos constitucionales que permiten para un derecho de tal modo que se evite su colisión con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos lleva en ocasiones a negar el carácter mismo de los derechos como reglas. La consecuencia es que en lugar de reglas absolutas que aseguren las distintas manifestaciones del principio de libertad quedan solo principios que pueden ser inaplicados. La ciudadanía pierde parte de su facultad de actuar en libertad que se ve sometida a la voluntad de los poderes públicos.

De este modo, si por ejemplo la libertad de expresión se entiende como un mandato de que en la medida de lo posible se permita la máxima libertad a la hora de difundir los propios pensamientos, siempre y cuando el Estado no crea que ello choca con otros valores, el ciudadano nunca puede saber de antemano si su discurso va a estar o no protegido constitucionalmente. Pese a eso, parte de la doctrina española más influyente parece adscribirse recientemente a la concepción de los derechos fundamentales como meros principios normativos. Al mismo tiempo reserva la categoría de las reglas casi exclusivamente a normas muy puntuales y marginales que identifica con prohibiciones definidas y expresas al legislador como la de la censura previa⁸. Sin duda, detrás de esa concepción que le quita toda eficacia jurídica individual a derechos como la libertad de

⁷ Sobre ello, vid. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de reserva de ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁸ Cfr. PRESNO LINERA, Miguel, en Francisco BASTIDA y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, Cap. 2.

expresión, se esconde la dificultad para delimitar su contenido esencial sin una reflexión profunda acerca del sentido constitucional del derecho y sus posibilidades de vigencia práctica.

La tensión entre expectativa y ejercicio, como algo consustancial a los derechos fundamentales. Así, del carácter fundador de los derechos fundamentales se desprendería una expectativa de conducta amparada por el derecho que no se correspondería en la práctica con la conducta efectivamente protegida en cada caso concreto. Esta visión extrajurídica lleva, por ejemplo, a afirmar que “insultar a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de la libertad de expresión”⁹. Esta expectativa sólo existe en un ámbito iusnaturalista superior al derecho positivo, pero no en la Constitución. En el ordenamiento jurídico español no existe una expectativa de ese tipo por la sencilla razón de que los insultos no forman parte del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, ese tipo de afirmaciones lleva a construir una teoría del conflicto entre derechos que descansa sobre la necesidad de limitar los derechos.

Frente a ello, Una teoría racional de los derechos fundamentales debe girar sobre el concepto de contenido del derecho, antes que sobre el de los límites. El contenido del derecho es el ámbito concreto de libertad garantizado por la Constitución: lo que ésta realmente asegura y protege frente a todos los poderes públicos. Nada en el texto de la Constitución permite afirmar que los derechos tengan *a priori* un contenido expansivo total que sea necesario limitar o delimitar. En ningún momento dice la Constitución que exista un derecho de cualquier aglomeración de personas en la vía pública a permanecer en ella; ni que todo grupo de personas siempre y en todo caso pueda formar una asociación o un sindicato; tampoco dice que la Constitución proteja cualquier tipo de expresión comunicativa. La idea de que las libertades de manifestación, de asociación o de expresión incluyan una expectativa ilimitada de protección a todo tipo de conductas está quizás en las concepciones personales de algunos autores, pero no aparece en la Constitución. Cuando nuestro texto constitucional garantiza el derecho a la integridad corporal no asegura que ningún ciudadano en ningún caso pueda ser tocado por un miembro del poder público. Lo mismo que el derecho a la huelga no permite entender como tal a cualquier acto reivindicativo, ni el derecho al *habeas corpus* incluye la expectativa de que toda persona privada de libertad pueda ser llevada cada vez que lo solicite ante un juez.

⁹ Cfr. BASTIDA, Francisco, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 126.

Los derechos, en cuanto facultades subjetivas, tienen un contenido muy específico. Otorgan a los ciudadanos un ámbito muy concreto de libertad y autodeterminación. Que haya zonas grises o que la brevedad del texto constitucional no siempre defina detalladamente el ámbito del derecho no permite creer que exista una “expectativa” de protección infinita para conductas que de algún modo se parezcan a las efectivamente garantizadas. Los derechos han de tener un contenido definido e intangible. Por eso son derechos. Y ese contenido jurídicamente garantizado no puede ser restringido por aquellos frente a quienes se garantiza.

Los derechos tienen su razón de ser en la garantía de un espacio de libertad para el ciudadano, inmune frente a las intromisiones del poder. Su eficacia va más allá del mero voluntarismo de las autoridades encargadas de aplicar un principio que pueden armonizar libremente con otros de su elección. Todo derecho fundamental tiene, por el hecho de serlo, un carácter de regla jurídica que implica la aplicabilidad directa y la intangibilidad de su contenido protegido o esencial (art. 53.1 CE). Ese contenido jurídico -que solo es aprehensible mediante una tarea de delimitación¹⁰ en la que concurren decisiones aplicativas y de control jurisdiccional- no agota sin embargo la fuerza constitucional de los derechos fundamentales, que funcionan también como principios ordenadores de todo nuestro sistema jurídico y fundamentos del orden político, en los términos del art. 10.1 CE. En esa calidad, los derechos tienen también un valor institucional que obliga a construir todo el ordenamiento jurídico del modo más favorable a la vigencia de los derechos entendidos como principio. Los derechos fundamentales son, por tanto, regla jurídica en lo que afecta a la intangibilidad de su contenido protegido y principios ordenadores del ordenamiento en lo que hace a los valores y objetivos constitucionales que encarnan.

Así, la libertad de expresión como regla sólo protege la libre exposición de ideas relativas a la sociedad, pero como principio obliga a los poderes públicos a mantener una comunicación pública libre lo más amplia posible en la que tienen cabida otros discursos carentes de ese valor de reflexión social. Mientras que la regla es inalterable y resiste cualquier intromisión, el principio necesita armonización. Y la validez de tal armonización depende de su proporcionalidad. La proporcionalidad no justifica en ningún caso la reducción del contenido esencial del derecho, pero sí es un criterio adecuado para articular la armonización y desarrollo de los derechos entendidos como principios

¹⁰ Cfr. DE OTTO PARDO, Ignacio, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p. 141.

estructurales del ordenamiento: ahí los poderes públicos tienen un amplio margen de libertad de acción y el triple examen de proporcionalidad actúa como garante de que no se produzcan sacrificios injustificados que mermen el valor inspirador de los derechos.

2.3 La naturaleza de la suspensión de derechos

Intuitivamente, suspender un derecho significa privar temporalmente de vigencia a su reconocimiento constitucional. En esencia, mientras el derecho está suspendido es como si no existiera su reconocimiento constitucional: desaparece la eficacia directa y la resistencia al legislador que configuran al derecho como una regla jurídica vigente frente a todos los poderes del Estado.

En contra de esta comprensión intuitiva, se ha defendido que la suspensión no significa desaparición radical y absoluta de los derechos, sino su subordinación a otros principios, sometida siempre a la proporcionalidad¹¹. Desde esta perspectiva -que parte de una muy discutible distinción entre derechos fundamentales absolutos y relativos- la suspensión de derechos sólo facultad para la adopción de las medidas estrictamente necesarias para el restablecimiento de la normalidad. De ello deducen que los derechos suspendidos permanecen en el ordenamiento y que a lo que se afecta realmente durante el período de suspensión es sólo a la vigencia de sus garantías. En esa perspectiva, desaparece el control judicial de las entradas en domicilio, pero sigue siendo necesario justificar cualquier entrada gubernativa en el mismo conforme a la proporcionalidad a la vista del origen y el objetivo de la legislación concreta de emergencia.

Aunque esta postura voluntarista sigue teniendo adeptos¹² lo cierto es que explica mal la naturaleza misma de la suspensión y, sobre todo, resulta incompatible con una correcta comprensión de la naturaleza de los derechos fundamentales. La distinción entre derechos absolutos (como sería, para estos autores, la libertad de expresión) y derechos relativos que se plasman en una garantía específica establece una gradación de efectos que carece de cualquier justificación en el texto constitucional. Más allá parece obviar la realidad de que cada derecho tiene un contenido protegido que es necesario identificar y delimitar pero que resiste absolutamente cualquier intromisión del legislador. Adicionalmente, la eficacia directa de los derechos fundamentales implica que no pueden someterse a

¹¹ Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (1983) «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, p 434.

¹² Cfr. ARROYO GIL, Antonio, «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido Lopez, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021, p. 33.

recortes que alteren su contenido y valor jurídico sin perder la categoría misma de derecho.

Detrás de esta visión late con frecuencia una comprensión de los derechos como principios antes que como reglas jurídicas. En la misma, resulta coherente entender que la fuerza vinculante del principio se modula en cada ocasión y tiene diversa intensidad en razón de los principios con los que se enfrenta. Se pretende, pues, denominar suspensión a lo que en realidad sería la sumisión del principio a determinados valores que temporalmente se consideran prevalentes y constituyen el fundamento de la excepcionalidad.

En realidad, la suspensión de un derecho implica sin duda su derogación temporal. Así se desprende no sólo de la lógica constitucional e histórica sino incluso de los tratados internacionales que se refieren a ella¹³. Sin embargo, esta derogación se refiere esencialmente a los derechos entendidos como regla jurídica. Así se desprende tanto del tenor del art. 55.1 CE que hace una descripción pormenorizada de los apartados concretos susceptibles de suspensión (en materia de libertad de expresión, por ejemplo, es suspendible la prohibición de secuestro administrativo pero no la de censura previa), como del hecho que el art. 10 CE y el resto de los que -como el 1.1 CE- recogen los principios inspiradores de nuestro ordenamiento no pueden ser suspendidos.

De ese modo, vigente un estado excepcional, es posible suspender los derechos entendidos como reglas jurídicas pero se mantiene la vigencia de su valor inspirador e institucional como principios que impregnan todo el sistema jurídico¹⁴. Eso significa que también se mantiene la vigencia del principio de proporcionalidad en cuanto mecanismo regulador de la armonización de principios contrapuestos. Efectivamente, cualquier reducción del espacio hipotético que podría alcanzar el derecho como principio inspirador debe venir justificado por el principio de proporcionalidad. La suspensión del derecho no implica también la desaparición de esa vinculación. Si el principio de proporcionalidad sirve (lo que resulta cada día más discutible, aunque esa es otra cuestión) para justificar que la eficacia del mandato de optimización no abarque a conductas que eventualmente quedar cubiertas por él, ello es necesario incluso cuando el derecho “matriz” esté suspendido en cuanto regla jurídica.

¹³ Notablemente, el art. 15 CEDH se refiere a “derogación” para la inaplicación de algunos de los derechos reconocidos en el Convenio durante las situaciones excepcionales.

¹⁴ Vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, «Desactivando conceptos constitucionales. La suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

La suspensión de la vigencia implica, por tanto, que no desaparece la necesidad de esa justificación implícita en la aplicación del principio de proporcionalidad. Ello se traduce, a efectos prácticos, en que es posible “derogar” la regla jurídica ignorando su contenido¹⁵ pero ha de hacerse de manera motivada, justificando la proporcionalidad de la medida. Así, la suspensión de la prohibición absoluta de secuestro administrativo de publicaciones implicaría que la autoridad gubernativa puede ordenar el secuestro de publicaciones incluso ya distribuidas pero al hacerlo ha de justificar que dicha medida sea necesaria y adecuada para alcanzar fines vinculados con la causa que justificó la declaración del estado excepcional.

Eso no significa que durante la suspensión las conductas habitualmente garantizadas como espacios de libertad por el derecho fundamental en tanto que regla pierdan necesariamente toda protección jurídica. Ausente la garantía constitucional, algunas de esas conductas pueden quedar protegidas por otro tipo de normas: especialmente las leyes en vigor en tanto no se cambien, pero también otras normas reglamentarias que reconozcan derechos. Lo que desaparece es el reconocimiento constitucional con la fuerza vinculante que ello implica frente a todos los poderes estatales.

Resulta, por tanto, ontológicamente erróneo entender que entre suspensión del derecho y limitación de su contenido adicional hay una relación de intensidad, por más que recientemente ciertos sectores doctrinas se vienen sumando a esta teoría que algunos denominan gradualista¹⁶. El concepto mismo de restricción legítima de los derechos fundamentales resulta contradictorio con la afirmación de su eficacia jurídica como regla. Normalmente, quienes hablan de limitaciones de derechos fundamentales parten de un concepto amplio de derechos, con contenido difuso, a la forma de los principios y no de las reglas. Se dice entonces, por ejemplo, que cuando se castiga a alguien por proferir un insulto (ya sea civilmente, ya por concurrir un delito de injurias, ya mediante la aplicación de normas administrativas sancionadoras) se le está limitando la libertad de expresión. La realidad es que los insultos no forman parte de la libertad de expresión. Tampoco se incluye en la protección constitucional del art. 20.1.a) el proferir amenazas, inducir a alguien a cometer un delito o crear pánico deliberado. No existe en nuestro ordenamiento un derecho genérico a la palabra, de modo que los discursos que no buscan la difusión pública de una idea para aportar una visión a la reflexión social no forman parte del

¹⁵ Vid. ALÁEZ CORRAL Benito, «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA y ESPÍN TEMPLADO (coord), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 243. (la suspensión es la desaparición)

¹⁶ DOMENECH PASCUAL, Gabriel, «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N°4 - 2021 p. 379 y ss.

contenido intangible de dicha libertad. Denominar técnicamente ‘limitación’ del derecho a cualquier restricción de la palabra sólo contribuye a aumentar la confusión en el debate público: crea inseguridad jurídica y termina por negar el valor mismo de los derechos. Si un cartel que prohíbe el cante es una limitación de la libertad de expresión, y las reglas relativas a la publicidad de tabaco otra, ciertamente resulta complicado que la libertad de expresión termine por ser nada con valor jurídico directo.

Frente a esta ligereza terminológica, parece mucho más correcto aceptar que el contenido protegido como regla jurídica no puede ser limitado de ninguna forma y es -por ello- resistente a cualquier ataque del poder público. En cambio, el mandato genérico de optimización que conlleva cada derecho fundamental (en la libertad de expresión, ya se dijo, se concretaría en el mantenimiento de una comunicación pública lo más libre posible) sí que puede modularse en aras a la protección de otros bienes o valores constitucionales de relevancia con el único requisito de la motivación que, seguramente, puede controlarse mediante la proporcionalidad. Si existe algo parecido a la limitación de derechos es evidente que sólo puede afectar a aquellos contenidos adicionales añadidos legislativamente al contenido esencial intangible o, más posiblemente, al valor expansivo del derecho entendido como mandato general en su carácter de principio institucional.

Pese a lo dicho, desafiando las categorías jurídicas esenciales, en el debate público en nuestro país se llegó a identificar una restricción severa del contenido no esencial del derecho con la suspensión del mismo¹⁷. Seguramente se trataba de una manera impropia de expresar un juicio de valor sobre la ilegitimidad constitucional de dichas restricciones o incluso a violaciones constitucionales. Cuando las autoridades restringen un derecho de manera desproporcionada o vulneran directamente su contenido protegido estarían suspendiendo el derecho. Realmente, toda restricción inconstitucional del contenido de un derecho por parte de los poderes públicos implica que éstos actúen como si el derecho no existiera o estuviera suspendido. Del mismo modo que cualquier acto inconstitucional puede presentarse como una “pretensión de suspensión” del texto de nuestra norma fundamental. Quien, de un modo u otro, actúa ignorando la existencia de los derechos fundamentales en cualquiera de sus manifestaciones están operando como si la norma estuviera suspendida.

¹⁷ Vid. ARAGÓN REYEZ, Manuel, «Hay que tomarse la Constitución en serio», El País, 9 de abril de 2020, que entiende que en el caso de la aplicación de los estados de alarma de 2020 se había producido esta limitación suspensiva. También SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en BIGLINO y DURÁN (ed.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 12, que defiende que las limitaciones no alcanzan tal intensidad y por tanto no llegan a ser suspensión.

Sin embargo, denominar suspensión a toda inconstitucionalidad es como señalar que cualquier ley inconstitucional es una ley de reforma constitucional que no ha seguido el procedimiento prescrito en la Constitución. La inconstitucionalidad es una violación del orden jurídico del Estado. La suspensión, en cambio, es un mecanismo previsto por las normas constitucionales vigentes como válvula de escape ante situaciones de excepcionalidad. En ese sentido la suspensión de un derecho en los términos del art. 55 CE supone la aplicación de las previsiones constitucionales. Es un acto plenamente constitucional siempre y cuando se respeten los límites formales y materiales establecidos en la Constitución.

De ese modo, la delimitación restrictiva en exceso de un derecho fundamental jamás puede considerarse como suspensión del mismo. Si esa delimitación aparece en un Decreto de estado de alarma debidamente adoptado (y, eventualmente, ratificado parlamentariamente) puede suceder que se trate de una norma inconstitucional, pero en ningún caso podrá entenderse que el Decreto ha operado una suspensión del derecho fundamental.

2.4 Suspensión de derechos en la STC 148/2021

La primera vez que el Tribunal Constitucional tuvo que enfrentarse a la cuestión del “exceso” en la suspensión de derechos fue a propósito de la suspensión individual de garantías prevista en el art. 55.2 CE durante la investigación de delitos relacionados con el terrorismo. La STC 199/1987 anuló diversos preceptos de la ley orgánica dictada en desarrollo de este artículo porque suponían una auténtica suspensión de derechos no incluidos en el ámbito del precepto. Se trataba de la aplicación de la llamada “ley antiterrorista” a quienes “hicieran apología” de los delitos de terrorismo. El Abogado del Estado defendía la corrección de esta inclusión ante la posibilidad de que no se tratase de un delito independiente en sus motivaciones o en su relación con las organizaciones terroristas. Señalaba, pues, la conveniencia en aras de la eficacia aplicar especiales medidas de investigación en los casos de apología. Frente a ello el Tribunal señala que “el problema planteado no es el de la razonabilidad de tal inclusión, sino el de si el legislador estaba habilitado para ello por el art. 55.2 de la Constitución. La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos que menciona el Abogado del Estado de posible concierto o relación de los apologistas con organizaciones terroristas, son precisamente supuestos en

los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el art. 1.2 k) de la propia Ley Orgánica 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984”.

Así, concluye que cuando la ley suspende derechos de personas no incluidas en la habilitación constitucional se está ante una evidente inconstitucionalidad. El precepto en cuestión se anula sin necesidad de razonar si habría sido posible tal suspensión aplicando o no otra figura de derecho excepcional.

Sorpresivamente, no ha sido esa la perspectiva utilizada por el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, de 14 de julio, donde por vez primera aborda la cuestión. En esta decisión nuestro juez constitucional comienza proclamando que efectivamente “la suspensión —que es, sin duda, una limitación— parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho”. Sin embargo, cuando entra a examinar la constitucionalidad de las medidas concretas incluidas en el Decreto de estado de alarma impugnado, el Tribunal señala que la categoría ‘contenido esencial’ del derecho (y otras fórmulas similares como “contenido absoluto”, “contenido indisponible”, “contenido central” etc.) sólo son utilizables en el régimen ordinario de definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En vez de ello, cuando se examina el contenido de normas de emergencia, “su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales”. Estas categorías diferentes van a concretarse en analizar la intensidad de cada medida para concluir si entraña una *cesación del derecho fundamental*, que solo pudiera adoptarse mediando la suspensión de vigencia del mismo.

Esta construcción, sin duda imaginativa, incurre en una contradicción grosera toda vez que resulta imposible decidir si se ha producido tal cesación sin utilizar un concepto jurídico de cuál es el contenido del derecho fundamental. Si el Tribunal renuncia a analizar el contenido esencial del derecho a la libertad deambulatoria (que es el que está aquí en juego) no puede saber si en el caso concreto se ha actuado como si no existiese, vulnerando la regla jurídica que impide incidir en determina esefra reservada a la libertad propia de cada ciudadano.

De hecho, a renglón seguido, el Tribunal Constitucional afirma que “es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las vías o espacios de uso público”. Ahí está intentando delimitar el contenido del derecho (de manera muy poco convincente, por cierto, a la vista de que en la vida cotidiana son

numerosas las restricciones posibles a la libertad “irrestricida” de circular en la vía pública). La mayor incongruencia se da cuando afirma que la norma impugnada -que efectivamente convertía en regla la que sólo se pudiera circular en determinados casos configura “una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido”. En definitiva, vuelva a la idea de que la intensidad de la limitación que sufre un derecho al que ha denominado irredento determina si se está o no ante una suspensión. La suspensión vendría a ser un vaciamiento de hecho del derecho que resulta absolutamente imposible de distinguir de la mera vulneración del mismo.

La argumentación material resulta muy discutible. Cualquier limitación de circulación de personas y vehículos no supone, ni de lejos, la lesión del derecho a la libertad deambulatoria del art. 19 CE. Si así se entendiera, la primera consecuencia sería la inconstitucionalidad flagrante de la propia LO 4/1981 que entre las medidas previstas para el estado de alarma incluye la de “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. Siendo así, también es cierto que no es la ley -sea orgánica u ordinaria- la que debe determinar la extensión de unos derechos que se caracterizan por su resistencia al legislador. Un trabajo más detenido de delimitación del contenido esencial de la libertad deambulatoria, identificando las facultades intangibles de decisión que atribuye a la ciudadanía, habría llevado a la conclusión de que no se protege como regla jurídica un supuesto “derecho a decidir autónomamente por dónde moverse”, que sería equivalente al falso ‘derecho a decidir cualquier cosa’ incluido en la libertad de expresión. La realidad de la vida cotidiana demuestra que son numerosas las situaciones en las que el estado y otros ciudadanos establecen restricciones de movimiento¹⁸. Seguramente sería más razonable hallar en el derecho del art. 19 CE un reconocimiento de la autodeterminación espacial que ampara de manera absoluta la libertad de tomar decisiones personales de trascendencia relativas a la ubicación espacial. Vulneraría el contenido esencial del derecho la privación de esta capacidad trascendental (por ejemplo, prohibir la residencia en determinado territorio) pero no las limitaciones singulares de movimiento. Éstas sólo afectan al derecho entendido como mandato de optimización encaminado a asegurar la máxima libertad de movimientos y su legitimidad constitucional depende exclusivamente de que vengán motivadas y resulten proporcionales para la protección de bienes constitucionales.

Huyendo de la distinción entre contenido esencial y mandato de optimización, el Tribunal Constitucional recurre a un control absoluto. Identifica un contenido amplio del derecho y resuelve que cualquier limitación intensa de este contenido amplio supone una

¹⁸ Vid. COTINO HUESO Lorenzo, *loc. cit.*

suspensión inconstitucional, con independencia de la proporcionalidad de la medida. De este modo lo que hace, en última instancia, es aplicar el modo de razonar reservado por el art. 53.1 CE para el contenido esencial de los derechos también a su aspecto de principio, como mandato a los poderes públicos. Si se impide de manera especialmente intensa el ejercicio del derecho entendido como principio amplio, el derecho estará suspendido. Puede decirse así que, una vez ampliado el contenido protegido, utiliza la categoría ‘suspensión’ para aludir a su vulneración. Esta alteración de categorías básicas lleva a no pocas contradicciones en nuestro régimen constitucional.

De una parte, deja sin solución la posibilidad de que en un Decreto de estado de alarma se vulneren otras libertades más allá de las previstas en el art. 55 CE. Efectivamente. Si el decreto vulnerara, por ejemplo, la prohibición de censura previa ahí no cabría hablar de suspensión, porque la prohibición de censura no es suspendible. Algo así señalan algunos autores a propósito de la libertad de empresa, que a tenor de los recurrentes se habría lesionado en aquel caso mediante las medidas de cierre de establecimientos abiertos al público¹⁹. El Tribunal Constitucional prefiere obviar las alegaciones sobre este derecho sin aplicarles su teoría sobre la suspensión. Evidentemente, de haber entendido que se imponían -en su terminología- limitaciones tan intensas que suponían una cesación del derecho, habría tenido problemas para dictar que se había suspendido tal derecho garantizado en el art. 38 CE. Al contrario, al no hacerlo, evita el control de proporcionalidad al que en principio debería someter cualquier restricción del contenido institucional de este derecho en su faceta de principio ordenador.

Toda esta complicación doctrinal resulta innecesaria. Al final el juez constitucional necesita delimitar un contenido protegido del derecho y un mandato de optimización intrínseco al mismo, pues de otro modo carecería de parámetro alguno de constitucionalidad de las medidas. La única innovación de esta decisión radica en la apodíptica referencia a la intensidad de las limitaciones y la utilización de la categoría ‘suspensión’ para aludir a la vulneración de derechos. Parece que el único sentido de toda esta complejidad es poder concluir que en el caso concreto las autoridades habrían debido recurrir a la declaración del estado de excepción.

Nada, desde el punto de vista jurídico, justifica que el Tribunal Constitucional entre a valorar la posibilidad de que se hubiera optado por otra de las figuras previstas en el art. 116 CE y desarrolladas por la LO 4/1981. No le corresponde al juez constitucional construir alternativas a las opciones políticas, sino que debe limitarse a juzgar la legitimidad de las decisiones que se tomaron. Sin embargo, en este caso, gran parte de la argumentación de la sentencia intenta justificar que, pese a la literalidad de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, la gravedad de la crisis hubiera podido justificar la

¹⁹ Vid, DOMENECH, *op. cit.*, 2021, p. 383.

declaración del estado de excepción, aunque para ello hubiera sido necesario una interpretación imaginativa de la ley y la Constitución. Al entender que los derechos vulnerados han sido en realidad “suspendidos”, tratándose de derechos suspendibles conforme al art. 55 CE, se busca reforzar la idea de que existía una figura alternativa, que habría sido la del estado de excepción.

La argumentación relativa al estado de excepción incurre, además, en una visión puramente gradual de los estados excepcionales. Efectivamente, el Tribunal Constitucional insiste en la necesidad de “superar una distinción radical entre las circunstancias habilitantes” de cada uno de los estados del art. 116 CE y parece inclinarse en última instancia por la opción de que el Gobierno, a la vista de las medidas que necesita tomar, puede inclinarse por una u otra modalidad de excepcionalidad. No es posible abordar aquí los riesgos de este planteamiento, que pone en duda al sentido mismo de la excepcionalidad constitucional, de modo que basta apuntar estas cuestiones.

3. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA

Ya en la STC 83/2016, el Tribunal Constitucional parte de la idea de que la declaración del estado de alarma permite “la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”. Esta idea de la “limitación” de derechos supondría que -aún siendo imposible su suspensión- la declaración del estado de alarma incide sobre el régimen ordinario de los derechos fundamentales permitiendo que pierdan eficacia. Se trata de una afirmación apodíctica que implica una buena dosis de relativismo a la hora de reconocer eficacia a los derechos fundamentales.

Efectivamente, al hilo de la aprobación del estado de alarma en octubre de 2020 y, sobre todo, de su finalización en mayo de 2021 se alzaron algunas voces académicas defendiendo que la restricción de movimientos con motivo de una epidemia es una medida que sólo puede adoptarse durante la vigencia del estado de alarma²⁰. La tesis de fondo viene a ser que la declaración de este estado excepcional permite unas limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales que de ordinario no son posibles en nuestro ordenamiento constitucional. Así planteada, esta tesis resulta difícilmente compatible con una teoría jurídica de los derechos fundamentales que los entienda como reglas de derecho y, en última instancia, podría llegar a poner en duda la noción misma de contenido esencial e intangible de los derechos, diluyendo la diferencia entre suspensión y limitación. Ciertamente, a menudo se presenta como preludio de la idea de la suspensión como limitación de especial intensidad: la alarma permite limitar mucho el

²⁰ CARMONA CONTRERAS, Ana, «Pandemia y restricción de derechos fundamentales», El País, 24 de octubre de 2020.

derecho pero sin que dicha limitación llegue al extremo de la suspensión. Así la valoración de si hay o no suspensión se convierte en una cuestión subjetiva en razón de lo intensamente que se haya restringido el contenido inicial o posible del derecho.

Frente a ello hay que volver a recordar el sentido de los derechos fundamentales. Las concepciones relativistas que presentan los derechos como aspiraciones sociales sometidas siempre a la posibilidad de que los poderes públicos las pasen por alto si justifican la concurrencia de otros bienes desprecian el valor fundador de los derechos como sustento de la democracia. El respeto a los derechos fundamentales garantiza a los ciudadanos la disposición de un espacio de libertad en el que tomar libremente decisiones y autodeterminarse sin posibilidad de injerencias externas. No son meros principios orientativos que deban guiar a los poderes públicos, sino que al delimitar el espacio intangible a disposición de cada ciudadano protegen a la minoría frente a las decisiones de la mayoría y convierten la democracia en un sistema en el que es absolutamente imposible violentar la esencia de la persona, más allá del método mayoritario de toma de decisiones. Esta garantía democrática exige que los derechos tengan un contenido absolutamente resistente a cualquier intromisión, que construye la noción jurídica de libertad. Esa libertad resulta además determinada por la seguridad jurídica a la hora de su ejercicio.

3.1 La posibilidad de limitar derechos

Más allá de la discusión ontológica acerca de la naturaleza de los derechos, la teoría de los derechos fundamentales se centra sobre todo en la cuestión de sus supuestos límites. Los límites de los derechos fundamentales serían, según se admite acríticamente, las acciones que permiten “una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”²¹. Es decir, cuando se habla de límites se suele aludir a la posibilidad de que en determinadas circunstancias los poderes públicos restrinjan el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución. Es una idea que a menudo se acepta sin más, aunque supone aceptar que la eficacia jurídica de los derechos es eternamente variable, más allá de cualquier atisbo de seguridad jurídica.

Esta idea, de influencia iusnaturalista, pretende destacar que los derechos fundamentales son mucho más que simples derechos subjetivos. Al asignarles un valor ético, a menudo se ve a los derechos fundamentales como un ideal inalcanzable. Esa posición como elementos inspiradores de la democracia crea una dicotomía entre los derechos como ideal filosófico y su eficacia real que se articula a través de la idea de que los derechos

²¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Los límites de los derechos fundamentales», Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 14, 1993, p. 10.

fundamentales, incluso en su vertiente de derecho subjetivo, son limitables. La teoría de los derechos fundamentales gira demasiado a menudo en torno a los límites, sin plantearse siquiera si los derechos tienen límites. El mantra de que todos los derechos son limitados es seguramente una coletilla poco razonada, válida en términos coloquiales pero inaceptable jurídicamente²².

En realidad, la doctrina científica tampoco parece tener claro qué significa exactamente limitar un derecho. La mayoría parece defender un vago criterio de intensidad según el cual la limitación supone una restricción de su ejercicio que no tiene tanta intensidad como para entender que el derecho ha desaparecido²³. Ese tipo de afirmaciones resultan poco útiles en sentido práctico y normalmente llevan sencillamente a la desaparición del derecho como regla jurídica indisponible y su sustitución por un principio sometido a proporcionalidad²⁴. Es decir, algo muy parecido a la suspensión. De hecho, en la jurisprudencia constitucional es habitual el uso de la expresión “limitación de derechos” como equivalente al de vulneración²⁵. Otras veces, sin embargo, ciertamente el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de determinados límites externos²⁶ en una posición muy criticada por la doctrina²⁷.

El único pronunciamiento constitucional al respecto se produce al hilo, precisamente, de las libertades de la comunicación. En el art. 20.4 CE se habla de que “tienen su límite” en los demás derechos constitucionales, las leyes y, especialmente los derechos al honor, la imagen y la protección de la infancia. Es evidente que la generalidad y amplitud de esta declaración impide darle un valor jurídico literal. Está claro que no se trata de un precepto técnicamente perfilado y desde muy pronto la jurisprudencia constitucional se encargó de aclarar que si algún derecho limita a otro es siempre de manera recíproca y que dicha

²² Así, SANCHÍS PRIETO, Luis, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, 5, 2000, p. 430.

²³ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Teoría vs. práctica del Estado de alarma en España», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012, p. 1501. habla de negación transitoria de ejercicio que no implica la “completa desaparición” del contenido del derecho; GARRIDO, *loc. cit.*, se refiere a “una constrictión en el ejercicio del derecho, no en su regulación”.

²⁴ Cfr. COTINO HUESO Lorenzo, «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020, respecto a las limitaciones de la libertad de circulación en 2020 durante la pandemia, dice que “*pese a que pueden incidir sobre el contenido esencial, estas graves restricciones de la circulación aún siguen posibilitando niveles importantes de movilidad y circulación*”. La idea de que se puede reducir el contenido esencial del derecho implica que éste se convierte en un principio que queda sometido sólo a la proporcionalidad.

²⁵ Son paradigmáticas las SSTC 131/2016, de 18 de junio, FJ 6 y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7. También SSTC 71/2020, de 29 de junio, Fj 3; 42/2020, de 9 de marzo, Fj 4; 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 2; 14/2017, de 30 de enero, FJ 5.

²⁶ Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996., sobre el abuso de derecho y la moral como límites en la jurisprudencia constitucional.

²⁷ Cfr. DE OTTO, Ignacio, *op. cit.* 1988, p. 115.

“limitación” tiene más de técnica interpretativa a la hora de delimitar su contenido protegido que de límite en el sentido absoluto.

3.2 El valor institucional de los derechos

La idea del doble carácter de los derechos fundamentales es una constante en todos los estudios y declaraciones en torno a la naturaleza de estos derechos y libertades. Sin embargo, lo cierto es que rara vez se sacan todas las consecuencias normativas implícitas en la categoría en cuestión.

El carácter institucional de los derechos fundamentales supone que la Constitución diseña un modelo específico de Estado en el que la estructura institucional y el funcionamiento de los poderes públicos se oriente a facilitar la máxima vigencia de todos ellos. No se trata de un modelo único y cerrado: en su vertiente institucional los derechos adquieren carácter de principios y funcionan como mandato de optimización que, por su propia naturaleza, han de ser armonizados a través de elecciones de carácter político. En efecto, el valor institucional de los derechos desborda con mucho la visión defensiva de su contenido esencial protegido. Se trata de entender los derechos no ya como facultades subjetivas protegidas mediante posiciones jurídicas normativas resistentes a toda intromisión sino como aspiraciones sociales indefinidas.

Así, la libertad de información en cuanto derecho subjetivo protege la transmisión de hechos noticiosos que sean veraces y relevantes socialmente. En cuanto principio inspirador del ordenamiento constituye un mandato a los poderes públicos para que faciliten la máxima circulación posible de información y que afecta a áreas tales como la existencia de medios suficientes de comunicación, la garantía del pluralismo o la facilidad de acceso a la información. De ese principio se desprende también seguramente un mandato *pro informatione*, que actúa como presunción de legitimidad de toda información.

Los mandatos implícitos en el valor institucional de los derechos fundamentales van muchísimo más allá de su contenido esencial protegido. De hecho tienen tendencia al infinito y por eso es fácil que entren en colisión con otros mandatos derivados de otros derechos y que tienen esa misma naturaleza principal de maximización. Por eso, los poderes públicos deben elegir y priorizar entre diversos principios constitucionales, eligiendo dar prevalencia a los que consideren más necesarios. Esa tarea es esencialmente política, o ideológica si se quiere. Y encuentra su límite no ya en la prohibición de anular por completo los principios enfrentados, sino en la de establecerles sacrificios innecesarios. Esa obligación de respeto se garantiza mediante el sometimiento de la acción pública de selección de unos principios y su priorización sobre otros al principio de proporcionalidad.

3.3 Una teoría operativa de la limitación de derechos durante el estado de alarma

Ante el silencio del texto constitucional, no resulta posible defender que la declaración del estado de alarma altere la eficacia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. La excepcionalidad, entendida como vigencia de un sistema constitucional alternativo al actual, está estrictamente limitada a los supuestos y la extensión previstos en la Constitución. Su misma existencia se basa en que se sea la Constitución en vigor u ordinaria la que prevea los casos y la manera en que resulta posible inaplicarla. Cualquier interpretación extensiva de los supuestos o efectos de la excepcionalidad supone alterar la vigencia del texto constitucional sin habilitación para ello. En definitiva: la afirmación jurisprudencial de que los derechos fundamentales pueden ser limitados de manera intensa a causa de la declaración del estado de alarma necesita ser interpretada para integrarla adecuadamente en lo previsto en la Constitución.

Si por limitación entendemos la reducción de su contenido protegido es evidente que resulta constitucionalmente vedado. La declaración del estado de alarma no permite, por ejemplo, sancionar a quien se limita a expresar una opinión política. Tampoco permite prohibir una manifestación en la que no hay peligro para las personas o los bienes. Ni faculta para detener a una persona sin que haya indicios de que ha cometido un delito o supone un peligro; ni entrar en un domicilio, intervenir una comunicación o secuestrar una publicación sin intervención de la autoridad judicial. Todo eso constituye el contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión, que no se ve alterado ni un ápice por la declaración del estado de alarma.

En términos generales, la idea de “limitar” derechos sólo puede usarse referida a su contenido institucional como principio inspirador del ordenamiento. En ocasiones, sin embargo, también se usa impropriamente para referirse a la apreciación de los elementos definidores (requisitos de ejercicio) del contenido protegido. Así, por ejemplo, si el derecho de manifestación del art. 21 CE ampara la reunión de personas en lugares públicos con fines de trascendencia social siempre que no supongan un riesgo cierto para las personas o los bienes, es necesario apreciar caso por caso cuándo concurre dicho riesgo. La tarea -realizada inicialmente por la administración y revisable por los tribunales- de valorar si una reunión comporta un riesgo para las personas no es estrictamente limitar el derecho, sino comprobar sus requisitos de ejercicio. Sin embargo, en la práctica se trata de una operación en la que puede darse cierto margen de apreciación por parte de los operadores jurídicos. En este sentido, la situación que da origen a la declaración de estado de alarma puede influir en la apreciación de la concurrencia de

estos requisitos de ejercicio. Así, en el ejemplo citado, una situación de pandemia puede utilizarse para valorar el riesgo para las personas de una concentración. Eventualmente se puede llegar a prohibir una pretensión de ejercer el derecho de manifestación porque durante la pandemia la concentración de personas implique un riesgo especialmente grave de contagios. En este caso, en términos técnicos, no se trata de que se haya limitado el derecho de manifestación por el estado de alarma, sino de que la situación que actúa como presupuesto habilitante contribuye a delimitar los requisitos habituales de ejercicio²⁸.

Es lo mismo que sucede si por ejemplo -en el caso de la libertad de información- a la hora de decidir sobre la legitimidad constitucional de una información alarmista difundida durante una pandemia se utiliza la abundancia de datos médicos fiables proporcionadas por los poderes públicos para valorar su veracidad. En nuestro sistema constitucional al difusión de hechos está sometida al límite de la veracidad que ha de apreciarse caso por caso. Según la jurisprudencia la veracidad se aprecia a partir de la diligencia profesional, teniendo en cuenta lo noticioso del hecho difundido, las posibilidades reales de contrastarlo y la fiabilidad de las fuentes utilizadas (por todas, STC 240/1992, de 21 de diciembre). De este modo, la existencia de información abundante y constante por parte de las autoridades que sin duda ha de ser conocida por quien difunde la información influiría en la apreciación de la veracidad. En cierto modo cabría entonces decir que la acción de los poderes públicos en el marco de la pandemia ha limitado la libertad de información de quien no puede ya acogerse a la ignorancia de determinados datos. Sin embargo, como no está suspendido el derecho a transmitir información veraz, durante el estado de alarma es del todo imposible prohibir la difusión de ninguna información veraz, en el sentido que le da la jurisprudencia, cosa que sí podría suceder vigente los estados de excepción o sitio. El derecho mantiene incólume su contenido esencial, pero la valoración de sus requisitos de ejercicio opera de manera diferente.

Otra cosa es, como se ha dicho, el contenido institucional de los derechos como principios inspiradores del ordenamiento. Ahí, la armonización de los mandatos de optimización, que tienen siempre ilimitada vocación expansiva, exige continuamente sacrificar o postponer determinadas orientaciones para priorizar otras. En ese juego de elecciones no hay más límite que la proporcionalidad; incluso ésta se manifiesta más a menudo como exigencia de una motivación determinada que como auténtica garantía material. En ese modelo, resulta posible y seguramente inevitable que las circunstancias fácticas que

²⁸ Se trata del supuesto abordado en el ATC 40/2020, de 30 de abril, relativo a la prohibición de una manifestación conmemorativa del 1 de mayo durante la vigencia de un estado de alarma a acusa de una epidemia.

sirven de presupuesto habilitante para los estados de alarma o excepción sean tomadas en cuenta y determinen las prioridades a la hora de armonizar derechos (no sólo de los mencionados en el art. 55 CE) y valores constitucionales. Ése es el único sentido jurídicamente razonable en el que puede hablarse de limitación de derechos con ocasión de la declaración de estado de alarma. Un ejemplo de este uso podría estar en la limitación de la publicidad de determinados tratamientos médicos. En cuando el sentido de este tipo de anuncios no es aportar ideas al debate social, ni transmitir datos veraces, ni mostrar un contenido científico o artístico sino convencer al consumidor para que adquiera un producto, no es libertad de expresión. Sin embargo, el principio rector que podemos denominar como ‘favorecimiento de la comunicación pública libre’ hace que no se puedan limitar este tipo de mensajes si no es para la protección de otros bienes constitucionales y de manera proporcionada. Pues bien, durante el estado de alarma con ocasión de una pandemia, la eficacia de la lucha contra la enfermedad resulta un bien de entidad suficiente como para que estas restricciones se entiendan *prima facie* como proporcionadas.

En definitiva, el contenido protegido de los derechos permanece inalterable, pero el estado de alarma puede incidir en la apreciación de los requisitos de ejercicio conforme a la realidad social y puede oponerse como un valor relevante que se priorice sobre manifestaciones del derecho en tanto que principio expansivo.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 14, 1993.

ALÁEZ CORRAL Benito, “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ GUERRA y ESPÍN TEMPLADO (coord), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALEXY, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2ª. reimp.), 1986.

ARAGÓN REYEZ, Manuel, “Hay que tomarse la Constitución en serio”, *El País*, 9 de abril de 2020

ARROYO GIL, Antonio, “La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante”, en Garrido Lopez, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021.

BASTIDA, Francisco, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004,.

CARMONA CONTRERAS, Ana, “Pandemia y restricción de derechos fundamentales”, *El País*, 24 de octubre de 2020.

COTINO HUESO Lorenzo, “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus”, *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

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

DE OTTO PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Ignacio de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Desactivando conceptos constitucionales. La suspensión de derechos y los estados excepcionales”, en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N°4 - 2021.

DWORKIN, Ronald M. *The Model of Rules*, *University of Chicago Law Review*: Vol. 35 : Iss. 1, 1967, Article 3.

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción”, en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales”, en GARRIDO LÓPEZ, Carlos. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

PRESNO LINERA, Miguel, en Francisco BASTIDA y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “Teoría vs. práctica del Estado de alarma en España”, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012, p. 1501.

SANCHÍS PRIETO, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y Libertades*, 5, 2000, p. 430.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José “Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma”, en BIGLINO y DURÁN (ed.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.