

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE ALARMA. ¿UNA OPORTUNIDAD PARA DESARROLLAR UNA CORRECTA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?*

THE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE STATE OF ALARM: AN OPPORTUNITY TO DEVELOP A CORRECT GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS?

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I + D + i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado “La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político” (referencia PID2020-117503GB-I00), cuyo investigador principal es X. Arzoz.

Abreviaturas y acrónimos: CE: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; GG: Grundgesetz; TCFA: Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Estando el presente artículo a punto de ser publicado se ha anunciado por el Tribunal Constitucional mediante la nota informativa nº 108/2024, de fecha 5 de noviembre, la aprobación de una Sentencia que resuelve la impugnación contra la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, y en la que se afirma rectificar su jurisprudencia anterior, establecida en la STC 148/2021, de 14 de julio, en el sentido siguiente: “[l]a intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad”.

RESUMEN: El presente artículo tiene como propósito enunciar las líneas principales de una teoría general de los derechos fundamentales adecuada a nuestro texto constitucional y examinar los resultados que se habrían derivado de su aplicación si se hubiese utilizado para determinar la constitucionalidad de los confinamientos generales establecidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma. Para ello examina críticamente la teoría general de los derechos fundamentales que subyace a la STC 148/2021 y que se funda en el principio de la intensidad de las restricciones y propone una teoría general alternativa que, se subraya, el propio Tribunal Constitucional habría utilizado en alguna jurisprudencia posterior a 2021 como la referida a la constitucionalidad de la vacunación recogida en la STC 38/2023, de 20 de abril.

PALABRAS CLAVE: teoría general de los derechos fundamentales; delimitación, restricción y suspensión de derechos fundamentales; estado de alarma; contenido esencial; principio de proporcionalidad.

ABSTRACT: This article aims to set out the main lines of a general theory of fundamental rights appropriate to our constitutional text and to examine the results that would have been derived from its application if it had been used to determine the constitutionality of the general confinements established in the Real Decreto 463/2020, of 14 march, which declared the state of alarm. To do so, it examines critically the general theory of fundamental rights underlying STC 148/2021, which is based on the principle of the intensity of restrictions, and proposes an alternative general theory which, as the article stresses, the Constitutional Court itself would have used in some case law subsequent to 2021, such as that referring to the constitutionality of vaccination in STC 38/2023, of 20 April.

KEYWORDS: general theory of fundamental rights; delimitation, restriction and suspension of fundamental rights; state of alarm; essential content; principle of proportionality.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA STC 148/2021, DE 14 DE JULIO: UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BASADA EN LA INTENSIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO CONCERNIDO: 2.1. La intensidad como criterio de determinación del tipo de restricción de los derechos fundamentales; 2.2. La aplicación de un régimen jurídico de control diferenciado dependiendo del concepto de restricción ante el que nos encontremos; 2.3. Principales problemas de la construcción acogida en la STC 148/2021: 2.3.1. El criterio de la intensidad de la restricción o la paradoja de sorites; 2.3.2. Un presupuesto incorrecto: la supuesta necesidad de reconocer al gobierno una potenciación de la capacidad material de restringir derechos bajo el estado de alarma; 2.3.3. La coincidencia entre las características de una suspensión de derechos y la definición jurisprudencial del concepto de contenido esencial.— 3. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS ALTERNATIVA A LA ESTABLECIDA EN LA STC 148/2021: 3.1. El régimen jurídico de los derechos fundamentales: 3.1.1. La necesidad de distinguir entre la operación consistente en la delimitación de un derecho fundamental y la operación consistente en su restricción; 3.1.2. Las condiciones constitucionales a las restricciones de derechos fundamentales: 3.1.2.1. La reserva de ley; 3.1.2.2. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental; 3.2. La suspensión de los derechos fundamentales.— 4. LA APLICACIÓN POR NUESTRO JURISTA PERSA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL SUPUESTO DE LOS CONFINAMIENTOS DOMICILIARIOS.— 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

La declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 realizada en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, proporcionó a nuestro Tribunal Constitucional una ocasión única para desarrollar una teoría general de los derechos fundamentales al hilo de resolver la cuestión jurídica que se le suscitaba con la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad planteados frente a aquel.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional así lo habría tratado de hacer y en la STC 148/2021, de 14 de julio¹, al resolver el primero de aquellos recursos, habría fundado tal teoría general de los derechos fundamentales en lo que podemos denominar el principio de la intensidad. Principio en virtud del cual lo relevante son los concretos efectos restrictivos de las medidas adoptadas sobre los derechos fundamentales. Efectos que, en función del criterio de la intensidad de la restricción producida sobre el derecho fundamental examinado, sirven para determinar, en un primer paso, el tipo de afección/restricción ante la que nos encontramos, que es, a su vez, lo que determina el sometimiento, y en un segundo paso, de los distintos tipos de afección/restricción sobre un derecho fundamental a un régimen jurídico diferenciado.

Así, si se disecciona la STC 148/2021 se concluye que el Tribunal Constitucional habría considerado necesario realizar, en primer lugar, una clasificación de las distintas medidas que se pueden adoptar por los poderes públicos, clasificación que se basa en el criterio de la intensidad de la afección/restricción del derecho concernido, para en segundo lugar, someter cada tipo de medida a un régimen jurídico u otro en función precisamente del tipo de medida de que se trate.

Cabe, sin embargo, desafiar la corrección de tal teoría y tratar de desarrollar una teoría de los derechos fundamentales alternativa y más adecuada a los principios de nuestra norma fundamental, y que tendría en cuenta no tanto los efectos más o menos restrictivos de las medidas sobre los derechos como la causa y el procedimiento utilizado para adoptar tales medidas restrictivas.

Examinaremos en primer lugar la construcción jurisprudencial que, además de fundar el fallo de la STC 148/2021, supone acoger una teoría general de los derechos fundamentales basada en el criterio de la intensidad de las medidas restrictivas (apartado 2), construcción que ciertamente no es evidente, pues es necesario desbrozar los distintos fundamentos jurídicos, para en segundo lugar proponer una teoría general de los derechos fundamentales alternativa a la desarrollada por el Tribunal Constitucional (apartado 3) que en un paso ulterior se aplicaría a la determinación de la constitucionalidad de los confinamientos domiciliarios generales establecidos por el art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (apartado 4).

¹ La posterior STC 183/2021, de 27 de octubre, que también declaró la inconstitucionalidad de algún aspecto del segundo estado de alarma por cuestiones competenciales, acoge en buena medida en lo que se refiere a los derechos fundamentales la construcción realizada por la STC 148/2021.

2. LA STC 148/2021, DE 14 DE JULIO: UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BASADA EN LA INTENSIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO CONCERNIDO

El Tribunal Constitucional, en su STC 148/2021, de 14 de julio, ha fundamentado la inconstitucionalidad del denominado confinamiento domiciliario general establecido en el art. 7 del el Real Decreto 463/2020, en que, a través de este, se habría producido una efectiva suspensión del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE; medida, la de suspensión, solo prevista en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE) y no en el supuesto de declaración del estado de alarma.

Más allá de la concreta conclusión alcanzada —la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado por haber producido unos determinados efectos restrictivos sin seguir el concreto procedimiento constitucional previsto para ello—, lo más relevante de la STC 148/2021, desde un punto de vista dogmático, es el esbozo de teoría general de los derechos fundamentales que en la misma se ambiciona realizar, con la declarada finalidad de enunciar criterios de actuación para el futuro.

Así cabría identificar, en primer lugar, como el Tribunal Constitucional diferenciaría en su doctrina entre tres conceptos de medidas —si no cuatro— que se distinguirían en función de la intensidad de la afección/restricción de los derechos fundamentales que puede llegar a suponer cada uno (que examinaremos en el apartado 2.1.) y a los que, a su vez, y, en segundo lugar, aplica un régimen jurídico de control diferenciado (que examinaremos en el apartado 2.2.).

2.1. La intensidad como criterio de determinación del tipo de restricción de los derechos fundamentales.

Al realizar la exégesis de la doctrina recogida en la STC 148/2021 sería posible diferenciar entre:

1. las restricciones ordinarias, que serían aquellas que establece el legislador ordinario en situaciones de normalidad.
2. las restricciones extraordinarias que serían aquellas que sólo se pueden establecer bajo el estado de alarma.
3. las suspensiones, que serían aquellas restricciones, igualmente extraordinarias, que sólo se pueden establecer bajo el estado de excepción o bajo el estado de sitio cuando son generales o bajo el supuesto previsto en el art. 55.2 CE cuando son individuales.

Además de la diferencia relacionada con cuándo se pueden producir unas y otras restricciones —en situaciones ordinarias las restricciones ordinarias, bajo el estado de alarma las restricciones extraordinarias y bajo los estados de excepción o sitio las

suspensiones—, la diferencia entre los tres conceptos parece vincularse por la doctrina recogida en la STC 148/2021 con el lúbil criterio de la intensidad restrictiva de cada medida.

En efecto, ¿En qué se diferenciaría una restricción extraordinaria decretada bajo el estado de alarma por el Gobierno de una restricción ordinaria establecida por el legislador fuera de las situaciones de excepción a las que se refiere el art. 116 CE?

Según la STC 148/2021 bajo el estado de alarma pueden adoptarse restricciones que no se podrían adoptar en una situación de normalidad. En efecto, para el Tribunal Constitucional, “el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales *que excedan las ordinariamente previstas* en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE)”.

Así, una restricción ordinaria tendría un grado de intensidad menor que el grado de intensidad que tendrían una restricción extraordinaria adoptada bajo un estado de alarma y ello lo justifica el Tribunal en el hecho de que de no ser así no tendría sentido la previsión de tal estado.

Y ¿en qué se diferenciaría una restricción, ya sea ordinaria u extraordinaria, de una suspensión?

Según la STC 148/2021 el concepto de “limitación” (o “restricción”) es más amplio que el de “suspensión”, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada². Los términos “limitación” o “restricción” hacen referencia, en última instancia, a la “acción y efecto” de “reducir a menores límites” algún “derecho o facultad”; mientras que la “suspensión” implica una “cesación” o privación “temporal”, que “impide temporalmente el ejercicio de un derecho”.

Para el Tribunal Constitucional el confinamiento domiciliario por su intensidad ha supuesto la suspensión del derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE y tal suspensión únicamente cabría bajo el estado de excepción, pero no bajo el estado de alarma. En efecto, para la STC 148/2021, el art. 7 del Real Decreto 463/2020 “configura [...] una restricción del derecho a la libre circulación que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma [“la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)]”. Para la STC 148/2021 el confinamiento domiciliario aparece más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Para el Tribunal el confinamiento no delimita un derecho a circular libremente en un

² En este sentido Germán TERUEL LOZANO “Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19 presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional” en *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant Lo Blanch. 2022.

ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio.

La inconstitucionalidad del art. 7 se funda en una concepción material del concepto constitucional de suspensión que se determina mediante la comprobación de la intensidad de la restricción del derecho fundamental concernido, en este caso de la restricción del derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE³.

Para la STC 148/2021, “los distintos estados previstos en el artículo 116 comportan —al margen de las específicas circunstancias que los justifiquen— un distinto grado de intensidad en cuanto a las medidas adoptadas” (FJ 11)⁴.

Si el confinamiento domiciliario decretado por el art. 7 del Real Decreto 463/2020 es según el Tribunal Constitucional una suspensión por su *altísima* intensidad ¿Qué restricciones serían restricciones extraordinarias que, sin llegar a ser suspensiones, no pueden, sin embargo, ser adoptadas en situación de normalidad por el legislador ordinario y requieren para ser adoptadas de la declaración del estado de alarma?

La diferencia entre aquellas restricciones ordinarias y aquellas extraordinaria que no llegan, sin embargo, a constituir una suspensión se cifraría, como se ha señalado, igualmente en su intensidad, pero el Tribunal Constitucional no llega a explicitar supuestos concretos de unas u otras.

Así, de asumirse la construcción del Alto Tribunal, cabría especular que quizás los confinamientos individuales adoptados con fundamento en lo previsto en el art. tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁵, podrían ser una restricción ordinaria que habría sido establecida por el legislador ordinario, mientras que quizás los toques de queda o los cierres peri-

³ Una concepción material de la suspensión se sostiene igualmente por Manuel ARAGÓN REYES “El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma” en *El País* de 4 de agosto 2021, cuando señala que lo esencial para diferenciar entre la limitación y la suspensión de un derecho es distinguir entre la regla general y la excepción. “Habría limitación si la regla general es el libre ejercicio del derecho, aunque dicha libertad se encuentre restringida por algunas y tasadas excepciones y, por el contrario, hay suspensión si la regla general es el no ejercicio del derecho, aunque excepcionalmente se reconozcan algunas y tasadas excepciones a esa ausencia general de libertad”.

Sin embargo, ello supondría que, por ejemplo, una privación de libertad sería una suspensión de derechos. Para Aragón también se suspendió la libertad de empresa, con el agravante de que ese derecho ni siquiera puede suspenderse en el estado de excepción.

Una concepción material del concepto suspensión igualmente lo encontramos en Juan Fernando DURÁN ALBA, “Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma” en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. 2020.

⁴ Para la STC 148/2021 en el estado de alarma “las restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE”

⁵ “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

metrales, por su generalidad, pudieran ser considerados restricciones extraordinarias que sólo pueden ser adoptadas bajo el estado de alarma, pues no llegan al grado de intensidad de un confinamiento domiciliario general que sólo puede ser adoptado, según el Tribunal, bajo el estado de excepción o el de sitio por ser considerado una suspensión⁶.

La intensidad de la restricción de un derecho fundamental determina, por tanto, para el Tribunal Constitucional los referidos tres conceptos —restricciones ordinarias, restricciones extraordinarias y suspensiones—, pero la STC 148/2021 identifica además una cuarta situación que vendría igualmente caracterizada por el grado de la intensidad de la restricción de la libertad que la misma supone.

4. Se trataría de aquella situación en la que si la intensidad de la restricción de la libertad de movimientos es muy penetrante estaríamos ante la afección de un derecho distinto al derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE, pues nos encontraríamos ante la afección del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 CE.

La intensidad sería, por tanto, —y siguiendo en este concreto punto la STC 148/2021 la línea de la jurisprudencia del TEDH— un elemento clave para identificar el concreto derecho restringido.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del TEDH, recogida en su decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheș c. Rumanía*, una restricción muy intensa de la libertad deambulatorio supondrá que se transite desde una afección del derecho a la libre circulación reconocido en el artículo 2 del Protocolo No. 4 del CEDH⁷ (el equivalente a nuestro art. 19 CE) a una afección del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 5 § 1 del CEDH⁸ (el equivalente a nuestro art. 17 CE).

En particular, para el TEDH para determinar si una persona está “privada de su libertad” en el sentido del artículo 5.1 de la Convención (el equivalente al de nuestra libertad personal del art. 17 CE), es necesario partir de su situación concreta y tener en cuenta un conjunto de criterios como el tipo, la duración, los efectos y las

⁶ Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2021, dictada, por tanto, unas semanas antes de que el Tribunal Constitucional adoptase su STC 148/2021, de 14 de julio, ha considerado que no sería necesario que medidas como los toques de queda o los confinamientos perimetrales, se adoptasen bajo el estado de alarma, pues asume que restricciones tan intensas de los derechos fundamentales se pueden adoptar por el legislador ordinario, en este caso con fundamento en una ley orgánica, sin necesidad de declarar el estado de alarma.

⁷ “Artículo 2. Libertad de circulación.

1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”.

⁸ “Art. 5 Derecho a la libertad y a la seguridad

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos y según las vías legales:

(...)

e) si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un demente, de un alcohólico, de un drogadicto o de un vagabundo;

(...)“

modalidades de ejecución de la medida en cuestión, cuyos efectos deben examinarse de manera “acumulada y combinada”. Para el TEDH por su grado de intensidad un confinamiento domiciliario como el que se decretó en Rumania durante la pandemia —equivalente en sus efectos al que se estableció en España—, no puede asimilarse a una medida de arresto domiciliario y por ello no se encontraba afectada la “libertad” en el sentido del artículo 5 de la Convención.

Bajo la jurisprudencia del TEDH la intensidad de la restricción no convierte una restricción en una suspensión del derecho a la libre circulación, sino que lo convierte en una restricción de la libertad personal.

En esta misma línea para el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, los toques de queda nocturnos que se decretaron durante la pandemia en el país germano supusieron una afección muy intensa de la libertad personal recogido en el art. 2(2) segunda frase GG en relación con el Art. 104(1) GG⁹ que protege la libertad física real de movimiento (el precepto equivalente a nuestro art. 17 CE), y descartó, por tanto, que se estuviese restringiendo únicamente la libre circulación reconocida en el Artículo 11 de la Constitución alemana que recoge la libertad de circulación y de residencia¹⁰ (el precepto equivalente a nuestro art. 19 CE).

Por lo tanto, para el TCFA los toques de queda interferirían por su grado de intensidad con el derecho fundamental a la libertad física, pero tal intensidad no supuso para el Alto Tribunal alemán una suspensión de aquel derecho, sino que se constituyó en el factor que permite la correcta identificación del derecho restringido.

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, en línea con la doctrina expuesta apenas tres meses antes por el TEDH a la que explícitamente se remite —

⁹ “Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”.

“Artículo 104

[Garantías jurídicas en caso de privación de libertad]

(1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescritas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente”.

¹⁰ Artículo 11 de la Constitución alemana [Libertad de circulación y de residencia]

(1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal.

(2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y sólo en los casos en los que no existiesen medios suficientes de subsistencia y, por ello, surgiesen cargas especiales para la comunidad, o cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos”.

que había considerado que una medida de confinamiento domiciliario en Rumanía no suponía una medida de privación de libertad— descarta expresamente que en el caso de un confinamiento general como el establecido en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 nos encontremos ante una restricción del art. 17.1 CE cuando señala que “los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no infringen el artículo 17.1 CE, pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva. La libertad garantizada por este precepto es “la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción” y solo puede hablarse de su privación, en el sentido del artículo 17.1 CE, cuando “de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita”. Para el Tribunal no es este el caso del precepto controvertido; para el Tribunal Constitucional el art. 7 restringe la licitud de los desplazamientos a determinados supuestos, fuera de los cuales la persona no queda privada de esta libertad que la demanda invoca, y añade “como subraya —lógicamente, en otro contexto— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheş c. Rumanía*, § 42 y 43”.

La STC 148/2021 para descartar que con el confinamiento general se haya afectado a la libertad personal del art. 17 CE se remite al TEDH que descarta que se afecte al derecho equivalente del Convenio con fundamento en la intensidad de la restricción. Es decir, y de acuerdo con la doctrina establecida por el TEDH; como el confinamiento decretado en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 no restringía tan intensamente la libertad personal, pues había excepciones (ir a trabajar, a comprar, a la farmacia...) no estaríamos ante una restricción de la libertad personal reconocida en nuestro ordenamiento en el art. 17 CE —que se daría por ejemplo en caso de un arresto domiciliario en el que tales excepciones no se dan¹¹—. Sin embargo, y separándose a continuación de la doctrina del TEDH, el Tribunal Constitucional considera que como se restringía intensamente la libertad de circulación estaríamos ante un supuesto de suspensión del derecho reconocido en el art. 19 CE y no de mera restricción del mismo.

Para la STC 148/2021, el confinamiento domiciliario no era lo suficientemente intenso como para determinar una afección de la libertad personal (art. 17 CE), pero era lo suficientemente intenso para suponer una suspensión del derecho a la libre circulación (art. 19 CE). Algo que ontológicamente es complicado de explicar y que lle-

¹¹ En este punto la STC 148/2021 se separa, seguramente inducido por la concepción del TEDH en relación con un confinamiento domiciliario por la pandemia, de su doctrina previa en la que en el caso de los arrestos en el ámbito de las fuerzas armadas, tras recordar que una sanción de arresto domiciliario no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquella, habría señalado que “ese carácter de sanción privativa de libertad no lo pierde ni siquiera en el caso de que se imponga sin perjuicio del (cumplimiento del) servicio (por el militar arrestado), porque la persona no recupera su situación de libertad porque se le autorice a acudir a su trabajo habitual, ya que, “es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 C.E.)” [STC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 4]. Así con carácter previo a la STC 148/2021, para la doctrina del Tribunal la existencia de algunas excepciones a la restricción de la movilidad no privaría a esta de su carácter privativo de la libertad.

varía al absurdo de considerar que, si el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 hubiese procedido a realizar una suerte de arresto domiciliario en lugar de un confinamiento con excepciones, nos moveríamos en el ámbito de la restricción de la libertad personal del art. 17 CE en lugar de en el ámbito de la suspensión de la libre circulación del art. 19 CE y por tanto no se podía haber declarado su inconstitucionalidad con fundamento en que la alarma no permitía la suspensión, pues tal suspensión, en este caso del art. 17, no se habría producido¹².

Recapitulando lo tratado, dentro de la gradación de la intensidad que se realiza por parte del Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 cabría distinguir entre las siguientes situaciones ordenadas de un menor a un mayor grado de intensidad en relación con la restricción de los derechos fundamentales que las mismas suponen:

Una restricción ordinaria que cabe que sea prevista por el legislador ordinario como podría ser, por ejemplo, una medida sanitaria individual para evitar la propagación de una enfermedad infecto-contagiosa como la que dispone el art. tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (1).

Una restricción extraordinaria del derecho a la libre circulación que únicamente cabría establecer bajo el estado de alarma como podrían ser, por ejemplo, un toque de queda o un confinamiento perimetral (2)¹³.

Una suspensión del derecho a la libre circulación que sólo cabría establecer bajo el estado de excepción o bajo el estado de sitio como podría, por ejemplo, ser un confinamiento general como el previsto en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 (3).

Una restricción ordinaria de la libertad personal reconocida en el art. 17 CE como podría ser, por ejemplo, el arresto domiciliario de un militar o un internamiento de un extranjero sin papeles por un máximo de 60 días en un CIE previsto en el art. 62 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (4).

La intensidad es, por tanto, el criterio fundamental para identificar, según la STC 148/2021, ante qué tipo de restricción nos encontramos, lo cual es, a su vez, el elemento fundamental para determinar, como procederemos a examinar en el siguiente apartado 2.2., qué tipo de régimen de control es el aplicable a cada situación.

¹² De considerarse que cualquier privación de la libertad personal es por su intensidad una suspensión del derecho del art. 17 CE no cabría que el legislador ordinario pudiese establecer situaciones de privación de libertad que son habituales en aplicación del derecho penal, del derecho sanitario o incluso del derecho administrativo de fronteras y que se encuentran avalados por el propio art. 17 CE cuando dispone que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

¹³ Si bien ambas medidas habían sido consideradas por el Tribunal Supremo, con carácter previo a la STC 148/2021, como restricciones ordinarias de derechos como el de libre circulación, intimidad familiar, o reunión (STC de 3 de junio de 2021)

2.2. La aplicación de un régimen jurídico de control diferenciado dependiendo del concepto de restricción ante el que nos encontremos.

Una vez examinado como en función de su nivel de intensidad es posible encontrarse ante un tipo de restricción u otro, la doctrina recogida en la STC 148/2021 parece desarrollar el diferente régimen jurídico de control que cabría aplicar a cada uno de tales tipos.

En el caso de las restricciones ordinarias (1), las mismas se someterían al límite de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Esto es, las restricciones ordinarias de los derechos fundamentales que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho. Para la STC 148/2021 “la fórmula constitucional ‘en todo caso’ [recogida en el art. 53.1 cuando se refiere al contenido esencial] encierra un núcleo indisponible” en el contenido de ese derecho.

Sin embargo, en el caso de las restricciones extraordinarias decretadas bajo el estado de alarma (2), las mismas no se someten, según afirma la STC 148/2021, a los límites dispuestos en el art. 53.1 CE, no se someten al límite del contenido esencial¹⁴. Según el Tribunal Constitucional el límite del contenido esencial es una fórmula propia del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, y por lo tanto no es apta para actuar como parámetro constitucional de control de la reducción del contenido y alcance del derecho a circular libremente (art. 19 CE) que se opera en virtud del art. 7 del Real Decreto que declara el estado de alarma. Para la STC 148/2021, este precepto se ubica en una norma de emergencia y por ello su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales y no bajo la categoría del contenido esencial.

¿Y cuáles serían tales categorías propias del régimen extraordinario? Pues según el Tribunal el parámetro constitucional de control de las restricciones extraordinarias decretadas bajo el estado de alarma sería el principio de proporcionalidad¹⁵. Diferencia así la STC 148/2021 entre el contenido esencial, recogido en el art. 53.1, y el principio de proporcionalidad, como parámetros diferenciados de control. El prime-

¹⁴ Es más, para la STC 148/2021 si se sometiesen al límite del contenido esencial no lo superarían pues el artículo 7, restringe de modo drástico el derecho a la libre circulación, “hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial. Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE)”

¹⁵ Así lo señala la STC 148/2021 cuando considera que la resolución de la controversia “habrá de considerar, en primer lugar, si tal constrictión excepcional impuesta por los apartados 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 se acomoda a lo previsto en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES). En caso de que así sea, procederá analizar si su alcance puede ser calificado como una “suspensión” del derecho, vedada para el estado de alarma. Finalmente, y solo en el caso de que el derecho no haya quedado suspendido, cabrá analizar si la limitación respeta las exigencias de la proporcionalidad”.

ro no se aplicaría a las restricciones extraordinarias que se adopten bajo el estado de alarma, pero sí el segundo¹⁶.

En el caso de las suspensiones (3), para el Tribunal el derecho cesa *pro tempore* en su contenido protector y tampoco se le aplicaría el límite del contenido esencial. Para el Tribunal ello se desprende de la ubicación de tal contenido esencial en el art. 53 CE, dentro de la regulación general que la Constitución hace de los derechos fundamentales y por ello mismo ajeno al capítulo V del título I que, bajo la rúbrica “Suspensión de los derechos y libertades”, disciplina junto con el art. 116 CE los supuestos en que rigen las atribuciones de poderes extraordinarios a los poderes públicos.

Para la STC 148/2021 en el caso de las suspensiones, “los derechos (o sus facultades concretas) a los que se refiere el artículo 55.1 CE no oponen otra posible resistencia que la derivada del necesario respeto a lo establecido en la ley a la que remite el artículo 116.1 CE, sin perjuicio naturalmente de que los actos singulares de ejecución de las medidas autorizadas hayan de atenerse siempre al principio de proporcionalidad (art. 1.2, último inciso, LOAES)” [FJ 3].

Sin embargo, a la STC 148/2021 no le es necesario acudir al parámetro constitucional de control identificado para el caso de las restricciones extraordinarias realizadas bajo el estado de alarma, el principio de proporcionalidad, pero tampoco al parámetro propio de los estados de excepción o sitio, el recogido en la ley a la que se remite el art. 116.1 CE, pues con carácter previo a aplicar tales parámetros, la STC 148/2021 determina, aplicando el criterio de la intensidad de la restricción, que no nos encontramos ante una restricción extraordinaria sino ante una suspensión del derecho a la libre circulación¹⁷.

¹⁶ El TEDH en la sentencia *Terheş c. Rumanía* tras considerar que el confinamiento general decretado en Rumanía durante la pandemia —con unas condiciones muy similares al decretado en España—, no era susceptible de ser considerado una privación de la libertad personal en el sentido del artículo 5 § 1 del Convenio, considera innecesario examinar la cuestión de si la medida impugnada estaba justificada en virtud del párrafo e) del artículo 5 § 1. Pero tampoco examina la compatibilidad de la restricción en relación con el artículo 2 del Protocolo nº 4 que garantiza a toda persona el derecho a la libertad de circulación en un territorio determinado, pues no se le había planteado tal cuestión en la demanda —“el demandante no invocó el artículo 2 del Protocolo No. 4 del Convenio ante la Corte y más bien se esforzó por demostrar que la medida de confinamiento general no es simplemente una limitación del derecho a la libertad de circulación, sino una privación del derecho a la libertad”-. De haberlo hecho es presumible que hubiese aplicado su jurisprudencia consolidada de acuerdo con la cual cualquier medida que restrinja el derecho a la libertad de circulación debe ser conforme con la ley, perseguir uno de los objetivos legítimos mencionados en el tercer párrafo del artículo 2 del Protocolo nº 4 y debe guardar un justo equilibrio entre el interés público y los derechos de la persona [por todas *De Tommaso c. Italia* ((GC), no 43395/09, § 104 y ss, 23 de febrero de 2017)].

¹⁷ Tal y como señalan Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCIA MAJADO “Derechos fundamentales, derecho de excepción y derecho administrativo de excepción”. *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 61. 2022. p. 18, “en vez de limitarse al test tradicional que permite enjuiciar la licitud de las medidas limitativas de derechos fundamentales —existencia de cobertura jurídica y principio de proporcionalidad— el Tribunal introduce en este caso un tercer elemento —el juicio sobre la ausencia de suspensión— para examinar la constitucionalidad de aquéllas. La introducción de esta tercera variable viene motivada, al menos en parte, por la propia concepción que el propio Tribunal tiene de la suspensión de derechos fundamentales”.

La restricción de la libre circulación consignada en el artículo 7 del Real Decreto que declara el estado de alarma es declarada inconstitucional, por entrañar, debido a su intensidad, una cesación de este derecho fundamental que solo podría haberse adoptado mediando tal suspensión de vigencia del mismo a través de la declaración del estado de excepción¹⁸.

La STC 148/2021 no somete, por tanto, al confinamiento domiciliario al parámetro de control propio de las suspensiones de derechos, pues estas únicamente son posibles en los estados de excepción o sitio y, en este caso, no se han declarado, pero en su FJ 11 parece asumir que las medidas adoptadas podrían ser consideradas necesarias para hacer frente a la pandemia cuando señala que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales”. Es decir, las medidas podrían ser proporcionadas, pero el instrumento jurídico utilizado, la declaración del estado de alarma, determina su inconstitucionalidad sin necesidad de someterlas al parámetro de control material.

Finalmente, en el caso de aquellas restricciones a la libertad de movimientos que por su intensidad no son restricciones, ordinarias o extraordinarias, del derecho a la libre circulación (art. 19 CE), pero que asimismo tampoco son suspensiones de tal derecho, pues su grado de restricción tiene una intensidad mayor y se transforman, según la doctrina recogida en la STC 148/2021, en restricciones de la libertad personal (art. 17 CE) que llegan al punto de su privación (4), el parámetro de control de las mismas sería el propio de las restricciones ordinarias de los derechos fundamentales.

Así, en efecto, las privaciones de la libertad personal que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho que ha quedado reconducido en la jurisprudencia constitucional más reciente al cumplimiento del principio de proporcionalidad cuando se señala que “el art. 17.1 remite a la Ley la determinación de los ‘casos’ en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad”¹⁹.

Es esta la línea de resolución de la cuestión de las restricciones de derechos derivadas de la pandemia que se acoge por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, al considerar que los toques de queda y las

¹⁸ Para el Tribunal “una vez apreciada la existencia de tal suspensión y la ausencia de cobertura legal suficiente, la conclusión no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad señalada en nuestro fundamento jurídico 5 respecto de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 de la disposición impugnada”.

¹⁹ Por todas STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 4.

restricciones de contacto impuestos como medidas para combatir la pandemia debían satisfacer las normas constitucionales generales aplicables a las restricciones de los derechos fundamentales. Para el TCFA las restricciones impugnadas eran constitucionales, pues servían de manera proporcionada a una finalidad legítima como era la de proteger a la población de los riesgos sanitarios en relación con el virus.

2.3. Algunos problemas de la construcción acogida en la STC 148/2021

Antes de examinar una teoría general de los derechos fundamentales alternativa a la teoría general desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 conviene señalar algunas cuestiones problemáticas que se derivan de esta última²⁰.

2.3.1. *El criterio de la intensidad de la restricción o la paradoja de sorites*

La primera cuestión problemática tiene que ver con el criterio de la intensidad como criterio para determinar ante qué tipo de restricción nos encontramos.

Tal y como se señala en alguno de los votos particulares a la STC 148/2021 el principio de la intensidad como elemento para determinar el tipo de restricción ante el que nos encontramos, y por tanto como criterio para determinar su concreto régimen jurídico, no genera por sí mismo la suficiente certeza, “pues se funda en la paradoja de sorites atribuida a Ebulides de Mileto que demostró la dificultad de determinar cuántos granos de arena hacen un montón”.

En el caso de la construcción recogida en la STC 148/2021 cabría decir que reflejaría la dificultad para determinar cuántos granos hacen hasta 4 tipos de montones diferenciados, que se corresponden con los 4 tipos de restricciones a los que se refiere aquella sentencia.

Esta indeterminación se manifiesta internamente en la propia STC 148/2021 cuando se refiere a la concreta medida de *suspensión* (pues tal es el concepto que se utiliza en la propia norma de declaración de la alarma) de determinadas actividades económicas adoptada en el art. 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Así para el Tribunal Constitucional “no hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen *intensísimamente*, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos”. Sin embargo, considera que se trata de limitaciones *muy intensas*, pero no de una suspensión del derecho a la libertad de empresa, pues la “suspensión de actividades” no es general, se afirma, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos “minoristas”, que no se

²⁰ Crítica con la doctrina que subyace a la STC 148/2021 se muestra igualmente Yolanda LÓPEZ NIETO “El régimen jurídico de la libre circulación: conceptualización del derecho a propósito del confinamiento domiciliario contemplado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”. *Revista general de derecho constitucional*, núm. 40. 2024.

encuentren incluidos entre “las numerosas excepciones previstas”. O en relación con las “actividades de hostelería y restauración” no se puede considerar una suspensión, pues se pueden realizar “servicios de entrega a domicilio”.

Puesto que era posible abrir algunos establecimientos, como los de alimentación, o se podía hacer entregas a domicilio, en el caso de la hostelería, la prohibición general de abrir los comercios nos dice la STC 148/2021, no era una suspensión del derecho a la libertad de empresa por no ser una restricción de carácter tan general sino una restricción a secas a la que, por cierto, se somete al principio de proporcionalidad para determinar finalmente su constitucionalidad.

Ciertamente, que la restricción de un derecho sea general o no, no debería ser relevante para caracterizar tal restricción como una suspensión, pues los derechos fundamentales son derechos subjetivos individuales.

Nuestra Constitución reconoce la existencia de suspensiones individuales en el art. 55.2 y por tanto que sea general será relevante, en su caso, para caracterizar una suspensión como general o como individual, pero no para caracterizarla como suspensión frente a restricción. Caracterizar una suspensión como individual o general es relevante, pues una y otra tienen contextos distintos y pueden afectar a concretos derechos (apartados 1 y 2 del artículo 55).

Sea como fuere y como señala el voto particular del magistrado Conde Pumpido el criterio de la intensidad aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación, pues la STC 148/2021 “realiza afirmaciones apodícticas en relación con cuantas excepciones — numerosas, según la sentencia, en el caso de la libertad de empresa o escasas, parece, en el caso de la libre circulación—, son necesarias para que se transite desde una restricción a una suspensión”²¹.

La dificultad para utilizar el criterio de la intensidad ha vuelto a plantearse en la reciente STC 61/2023, de 24 de mayo, en la que el voto particular de los magistrados Enríquez, Arnaldo y Espejel considera que la prohibición de una manifestación fundada en la protección de la salud no sería una limitación o restricción más o menos intensa del derecho de reunión, del que la manifestación es una vertiente, sino, directamente, se trataría de la supresión misma de ese derecho fundamental en el caso concreto. Para los magistrados discrepantes resulta que la administración optó por la medida más restrictiva posible, la prohibición de la manifestación, el sacrificio absoluto del derecho²². Tal concepción de los magistrados discrepantes, coherente, sin duda

²¹ Para Carlos GARRIDO LÓPEZ “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Teoría y realidad constitucional*. núm 46. 2020, pese a su intensidad ninguna de las restricciones de derechos implicaron su suspensión que implicaría que la norma que reconoce el derecho ha perdido temporalmente su vigencia por mor de la declaración. Para Garrido la limitación de la libertad de circulación tuvo las suficientes excepciones como para considerarla una medida compatible con el régimen jurídico del estado de alarma, al igual que en otros países europeos que, como Italia, Portugal y Francia, adoptaron idénticas medidas restrictivas con figuras similares.

²² De ser ello así no se entiende porque los magistrados discrepantes someten la medida restrictiva al principio de proporcionalidad

con la construcción realizada, y apoyada por alguno de ellos, en la STC 148/2021, es sin embargo contradictoria con la jurisprudencia constitucional en relación con las prohibiciones de manifestaciones que han sido consideradas tradicionalmente una restricción del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE y vienen siendo sometidas a control bajo el escrutinio de su proporcionalidad.

Las mismas dificultades para aplicar la teoría de los derechos fundamentales que subyace a la STC 148/2021 se plantearía en otros muchos supuestos.

Así, cabría plantearse la constitucionalidad de la previsión legal del internamiento de extranjeros en los Centros de Internamiento (CIEs) que se prevé en la Ley Orgánica de extranjería “por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días”. Se trataría de una restricción temporal del derecho a la libertad personal que no cabe negar que tiene un carácter muy intenso y bajo la concepción de la STC 148/2021 cabría sostener que se trata de una supresión del mismo.

Ciertamente tanto en el caso del internamiento en los CIEs como en el caso del derecho de reunión es la propia Constitución la que habría previsto la posibilidad de que se produzca la privación misma del derecho cuando ha dispuesto en el art. 17 CE que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley” o en el art. 21.2 CE que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

En ambos supuestos hay una previsión de que se produzca la privación/prohibición del derecho fundamental, privación que deberá someterse a los límites generales derivados del art. 53.1 CE: debe estar prevista en la ley y respetar el contenido esencial del derecho fundamental.

Con la construcción de la STC 148/2021 tales restricciones intensísimas, pues suponen nada menos que la privación del derecho mismo, tendrían, por tanto, unos efectos similares a lo que se denomina en la misma resolución “suspensiones”, pero se producirían fuera de aquellos supuestos de suspensiones a los que se refiere el art. 55.1 CE.

Así, en efecto, aparentemente cabrían restricciones muy intensas —similares por sus efectos a una suspensión que es definida en función de un criterio de la intensidad—, de los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE, entre los que se encuentran los derechos recogidos en el art. 17 CE y en el art. 21 CE, fuera de los supuestos a los que se refiere el propio art. 55 (estados de excepción y sitio) por haberlo así previsto los propios preceptos constitucionales que reconocen cada uno de esos derechos fundamentales.

La cuestión sería un poco diferente si se tratase, por ejemplo, de una restricción muy intensa de un derecho fundamental cuya privación no se encontrase, sin embargo, explícitamente prevista en el propio precepto que reconoce el derecho fundamental. En tales casos la supresión/privación del derecho sería conforme a la doctrina que subyace a la STC 148/2021 una suspensión del mismo.

Tal sería el supuesto, por ejemplo, de la afección al derecho a la integridad física que se podría derivar de la imposición de una vacunación obligatoria. Así, el que es vacunado contra su voluntad ve coactivamente restringido su derecho a la integridad física por razones de interés general. Tal y como se ha señalado el poder público le impide ejercer su facultad de autodeterminación individual, no le deja ser dueño de su cuerpo porque hay intereses que trascienden el ámbito protegido por la norma de derecho fundamental²³.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el derecho fundamental a la integridad personal, en su concreta dimensión de derecho a la integridad física (art. 15 CE), tiene una primera vertiente protectora como derecho de la persona a su “incolumidad corporal”. Desde esta dimensión inicial, el art. 15 CE “protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”. Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por “toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular”. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

El Tribunal ha considerado, atendiendo al grado de sacrificio que impondría una medida sobre el derecho a la integridad física, que las intervenciones corporales podrían ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

La instauración de un sistema de vacunación obligatoria sería un supuesto de restricción grave del derecho a la integridad física pues puede producir efectos secundarios adversos (no deseados), aunque sean estadísticamente minoritarios, lo que determina un riesgo potencial para la salud²⁴.

²³ Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ “La delimitación y características de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm 126. CEPC. 2022. pp. 128 y ss.

²⁴ Como señala Medina “los potenciales daños personales son una consecuencia colateral que, aunque previsible, se revela solo ex post. El profesional sanitario que administra la vacuna no tiene conciencia o conocimiento cierto de que sacrifica los derechos del paciente porque confía en que se verificará la hipótesis estadísticamente habitual, esto es, que no se producirá una reacción adversa. Esta circunstancia, junto a la magnitud del beneficio social resultante explican posiblemente la tendencia general a dar la vacunación forzosa por buena en términos constitucionales, de lo que es reciente expresión

Bajo la concepción de la STC 148/2021, la vacunación obligatoria sería una restricción intensa del derecho fundamental a la integridad física reconocido en el art. 15 CE que aparentemente conllevaría, precisamente por su grado de intensidad, una suspensión de mismo²⁵.

No es esta sin embargo la perspectiva que ha adoptado el Tribunal Constitucional en la posterior STC 38/2023, de 20 de abril, cuando se ha referido a la cuestión. En efecto, la STC 38/2023 obviando cualquier referencia a la construcción dogmática de la STC 148/2021 ha considerado que “como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad”, recordando que este canon de enjuiciamiento constitucional se corresponde, asimismo, con el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que la conformidad con el convenio de la obligación de vacunarse depende de la existencia de habilitación legal, de la concurrencia de una finalidad legítima y de la necesidad de la injerencia en el concreto contexto que se afronta.

Ni rastro por tanto de un examen de la intensidad de la restricción para determinar si nos encontramos ante una restricción ordinaria, una restricción extraordinaria o una suspensión. En cierta manera la STC 38/2023 supone una abjuración implícita de la doctrina general recogida en la STC 148/2021.

2.3.2. *Un presupuesto incorrecto: la supuesta necesidad de reconocer al gobierno una potenciación de la capacidad material de restringir derechos bajo el estado de alarma*

La segunda cuestión problemática de la doctrina recogida en la STC 148/2021 tiene que ver con la multiplicación de los tipos de restricciones derivadas de la necesidad de reconocer una potenciación de las potestades públicas restrictivas bajo los distintos estados de crisis constitucionalmente reconocidos.

Según la STC 148/2021 la declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos. Mientras que en el supuesto del estado de alarma solo cabe limitar o restringir derechos; en los estados de excepción y sitio, cabe también suspenderlos. Ahora bien, según la STC 148/2021, la Consti-

la STEDH de 8 de abril de 2021, asunto *Vavříčka y otros c. República checa* en Luis MEDINA ALCOZ “Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del Covid-19”. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 6. 2022.

²⁵ Derecho, el de la integridad física, que no cabría que fuese suspendido ni siquiera en los estados de excepción o sitio pues no se encuentra entre los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE

tución, habría atribuido al poder público durante este estado de “menor intensidad”, el estado de alarma, potestades extraordinarias que pueden deparar la constricción temporal de determinados derechos fundamentales, con modificación, por tanto, de su régimen jurídico ordinario.

¿En qué consisten para el Tribunal Constitucional esas potestades extraordinarias bajo el estado de alarma y que no tendría el legislador ordinario?.

Para la STC 148/2021, el Real Decreto que declare un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas, pues de lo contrario, según el Tribunal, carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis. Bajo esta concepción si la actuación bajo el estado de alarma hubiera de respetar siempre y en todo caso el contenido esencial de los derechos restringidos carecería de sentido la expresa previsión constitucional de este concreto estado de crisis, pues se podría realizar la restricción del derecho en situación de normalidad y sin declarar tal estado de alarma.

Sin embargo, tal concepción parte de un presupuesto claramente desenfocado. Lo que en realidad añadiría la previsión constitucional del estado de alarma no es una mayor capacidad restrictiva material, sino una mayor capacidad restrictiva formal desde dos perspectivas:

1. se puede realizar bajo el estado de alarma una restricción de los derechos fundamentales que debido a la urgencia de la situación no ha sido prevista por aquel que tiene de ordinario la capacidad de restringir los derechos fundamentales: los representantes de los ciudadanos mediante una norma parlamentaria. La previsión de la posibilidad de restringir los derechos bajo el estado de alarma permite sortear, por explícita previsión constitucional recogida en los arts. 116, la reserva de ley para las normas restrictivas de derechos que se exige en el art. 53.1 CE.

2. se puede realizar bajo el estado de alarma una restricción de los derechos fundamentales que debido a la urgencia de la situación debe poder ser realizada por el Gobierno de la Nación y no por el órgano primariamente competente, el autonómico. Desde esta perspectiva, afirma Bacigalupo, que el valor añadido del estado de alarma no sería una mayor capacidad sustantiva de limitación de los derechos fundamentales respecto de la que puede ofrecer la legislación ordinaria, sino que sería la concentración competencial a favor del Estado y el alcance nacional de las medidas habilitadas por la legislación ordinaria²⁶ (en el caso de la pandemia la sanitaria que, por ser ordinariamente de competencia autonómica, no podrán tener alcance supra-autonómico en ausencia de un estado de alarma) .

No son por tanto el tipo de restricciones de derechos que se pueden adoptar en una situación de crisis lo que singulariza al estado de alarma, sino la alteración del órgano u órganos competentes para adoptarlas²⁷.

²⁶ <https://almacenederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19>

²⁷ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Estado autonómico y lucha contra la pandemia” en *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. 2020.

Alteración de la separación de poderes tanto horizontal, dándole de manera temporal la competencia ordinaria para restringir atribuida a la Cortes Generales, al Gobierno de la Nación, como vertical, dándole igualmente al Gobierno de la Nación la competencia ordinaria para restringir que tendrían los poderes públicos autonómicos.

Allí donde el Gobierno considere que la situación requiere una intervención por completo extraordinaria, con alteración profunda de todo el sistema constitucional de fuentes y de distribución territorial del poder, cabrá la declaración del estado de alarma (art. 116 CE).

Así, ante la pregunta que se hace la STC 148/2021 de para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo —restringir los derechos fundamentales a través de una medida adoptada por el legislador ordinario—, cabe responder que precisamente para poder atribuir el poder de restringir a aquel que de manera ordinaria no es el competente, el Gobierno de la Nación, y sin tener que esperar a que aquel que sí lo es, las Cortes Generales o los poderes autonómicos, adopten una decisión que no es imperativa ni reglada.

Si el art. 53.1 CE establece como condiciones para la restricción de los derechos fundamentales tanto la reserva de ley, entendida como actuación de los representantes de los ciudadanos, como el respeto del contenido esencial, bajo el estado de alarma se permite excepcionar la primera condición, la reserva de ley, pero no la segunda, el respeto del contenido esencial.

Frente a esta concepción, la STC 148/2021 cree necesario justificar, a mi juicio erróneamente, la previsión del estado de alarma en el otorgamiento de una mayor capacidad de restricción que en una situación ordinaria. Y ello le lleva a considerar que bajo el estado de alarma no rige el contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.3.3. La coincidencia entre las características de una suspensión de derechos y la definición jurisprudencial tradicional del concepto de contenido esencial

La STC 148/2021 declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 7 que recoge el confinamiento domiciliario general por tratarse de una efectiva suspensión del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE; medida solo prevista en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE).

La consideración de que se ha producido una suspensión la funda el Tribunal Constitucional en que la restricción ha sido, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual excedería lo que nuestro ordenamiento permite para el estado de alarma. Para la STC 148/2021 tal restricción “aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites”.

Así, de la fundamentación referida se desprendería que las características de una suspensión coincidirían en buena medida con la definición tradicional de una afectación del contenido esencial de un derecho fundamental.

Así, desde la STC 11/1981 se afirmó que “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”. Igualmente destacó que sería “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Precisamente Pomed había abogado por considerar que el confinamiento domiciliario por su intensidad fuese considerado una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a la libre circulación, pues “[no] se trataba [...] de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados» [...], sino de *imponer la permanencia de todas las personas en un lugar determinado y durante todo el tiempo que rigiera el confinamiento domiciliario*. Se negaba con ello la posibilidad de ejercer la libertad de circulación, cuyo contenido esencial no es otro que el de poder desplazarse libremente —esto es, sin necesidad de argüir motivo alguno— por las vías públicas”²⁸.

Sin embargo, recordemos que la STC 148/2021 reniega de la aplicación del contenido esencial al supuesto previsto en el art. 7 del Real Decreto de declaración del estado de alarma, pues para la STC 148/2021, este precepto se ubica en una norma de emergencia, en concreto de estado de alarma, y por ello su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales y no bajo la categoría del contenido esencial.

La STC 148/2021 saca por la puerta el contenido esencial como límite al estado de alarma, pero lo vuelve a introducir por la ventana al utilizar, en buena medida las características propias del contenido esencial, para definir el concepto de suspensión, proscrita en tal estado.

²⁸ Luis POMED SÁNCHEZ “Algunas notas sobre los sucesivos estados de alarma declarados en 2020”, en *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, José Tudela Aranda (coord.), Fundación Giménez Abad. 2021, p. 185. Así hubiesen resuelto la cuestión de los confinamientos Lorenzo COTINO HUESO “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid” en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España I* coord. por Carlos Garrido López. Fundación Giménez Abad. 2021. pp. 178-179, para quién el confinamiento hizo irreconocible la libertad de circulación haciéndola en buena medida impracticable siguiendo los términos de la clásica STC 11/1981 y Germán TERUEL LOZANO, 2022, que considera que habrían vulnerado el contenido esencial que si se impondría bajo el estado de alarma.

En la construcción del Tribunal Constitucional a una restricción bajo el estado de alarma se le impone como límite el principio de proporcionalidad y no el contenido esencial material tal y como se definió por la jurisprudencia recogida en la STC 11/1981, pero en el caso concreto una eventual aplicación del primer límite no parece que desembocase en la nulidad de la restricción, pues la restricción derivada del confinamiento general parece que se adecuaría al principio de proporcionalidad, pues el Tribunal llega a afirmar que, tras considerar que se trata de una suspensión que caso de haberse realizado mediante el procedimiento previsto constitucionalmente para ellas (el estado de excepción), sería posible una interpretación integradora que permita justificar la adopción de medidas tan intensas como las que amparan los reales decretos impugnados²⁹. Pero lo que se “cuestiona no es, ha de reiterarse, las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado”³⁰. ¿Qué hacer? Si no se puede considerar la medida inconstitucional bajo el parámetro del principio de proporcionalidad, el que el Tribunal Constitucional considera aplicable al supuesto de la alarma y al de excepción, y tampoco bajo el parámetro del contenido esencial interpretado como contenido material indisponible, pues no es un límite aplicable al supuesto de la alarma, considera el Tribunal que la medida es inconstitucional por ser una suspensión, que se interpreta con los mismos criterios con los que se venía interpretando el contenido esencial absoluto, no permitida bajo la alarma.

2.3.4. *La construcción del Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 contrasta con la construcción realizada por el Tribunal Supremo unas semanas antes.*

Poco antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma mediante la STC 148/2021, de 14 julio, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre algunas medidas adoptadas por los poderes públicos una vez que aquel estado había concluido. Así de la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Supremo n° 719/2021, de 24 de mayo o n° 788/2021, de 1 de junio, se desprende una concepción que contrasta con la concepción realizada por el Tribunal Constitucional apenas un mes después³¹.

²⁹ Recordemos que la STC 148/2021 igualmente señala que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales”

³⁰ Para la STC 148/021, parece que la situación que produjo la Covid, hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el fundamento jurídico 5) de los derechos fundamentales.

³¹ Durante la pandemia, el sistema limitativo de derechos fundamentales se complementó con un específico sistema de intervención judicial previsto en el art. 10.8 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre,

Así, en efecto, y, en primer lugar, para el Tribunal Supremo la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma.

Señala el Tribunal Supremo como la restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general en el art 53 CE. Para el Tribunal Supremo “la restricción de derechos fundamentales —y más aún su suspensión— en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional”, pues “el medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo (afirma el Tribunal Supremo), superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I”.

En la sentencia nº 719/2021 se juzgaba los posibles problemas atinentes a la restricción o limitación de derechos fundamentales derivada de una norma que limitaba los viajes entre islas en la Comunidad Autónoma de Canarias.

En la sentencia nº 788/2021 se juzgaba los posibles problemas atinentes a la restricción o limitación de derechos fundamentales derivada de una norma autonómica que prohibía la circulación por vías públicas («toque de queda») entre las 24 y las 6 horas, con determinadas excepciones (asistencia sanitaria, desplazamientos laborales, cuidado de personas dependientes, etc.) y fijaba en seis el número máximo de personas en reuniones familiares y sociales en espacios interiores, y en ocho en espacios abiertos, de nuevo con ciertas excepciones (actividades laborales, institucionales, docentes, etc.).

En esta última sentencia la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo entiende que medidas sanitarias como las consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Para el Tribunal ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible.

En efecto, señala el Tribunal Supremo que en el caso de los «toque de queda» entre las 24 y las 6 horas para toda la población de la correspondiente Comunidad Autónoma y de un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la in-

de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y mediante el que se requería la ratificación judicial de las medidas adoptadas. No es objeto de estas páginas el examen de dicho sistema de intervención judicial que fue declarado inconstitucional por la STC 70/2022, de 2 de junio.

timidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible. Reserva a la Ley orgánica que el Tribunal Supremo considerará cumplida con lo recogido en el art. 3 de la Ley orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública.

Frente a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la STC 148/2021, para el Tribunal Supremo la intensidad/severidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales no determinaría si nos encontramos ante una restricción o una suspensión, como considera el Tribunal Constitucional, sino que únicamente tendría relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

En cuanto a la cobertura normativa requerida, el Tribunal Supremo subraya que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial, pues según el Tribunal Supremo la regulación mediante ley orgánica sólo es necesaria cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo.

En cuanto a la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales, la misma debe estar, a la vista de las circunstancias específicas del caso, a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate.

El Tribunal Supremo, contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal y buena parte de la doctrina constitucionalista, no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como los toques de queda o la limitación a un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011.

Por referirnos sólo al «toque de queda», para el Tribunal Supremo sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo pueda la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde, según el Tribunal Supremo, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura. Esta constatación, sin embargo, no conduce al Tribunal Supremo a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Para el Alto Tribunal éste puede

utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias —a la vista de las circunstancias específicas del caso— esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

En el caso concreto el Tribunal Supremo estimará el recurso planteado acogiendo el motivo relativo a que tales medidas no superan el juicio de proporcionalidad, pues ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ni la Sala de instancia han justificado que las mencionadas medidas sanitarias restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar resultasen indispensables a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el territorio autonómico, sino que se apoyan sólo en consideraciones de prudencia.

3. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ALTERNATIVA A LA ESTABLECIDA EN LA STC 148/2021

Supongamos por un momento que el jurista persa al que se refirió en su día Pedro Cruz Villalón³² hubiese llegado a España el 16 de marzo de 2020 y hubiese podido pasear por una concreta calle de cualquier localidad de nuestro país. Nuestro jurista habría observado que todas las personas residentes en esa calle se encontraban confinadas en sus casas.

El jurista persa, que no era en ese momento conocedor de la existencia de una pandemia mundial, hubiese deseado conocer cuál sería la razón jurídica para tal afectación de los derechos fundamentales de esas personas, y para tratar de saciar su curiosidad le habríamos aclarado que no era un confinamiento voluntario sino jurídicamente obligatorio y le habríamos facilitado un ejemplar de nuestra Constitución, y quizás de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para que se entregase concienzudamente a su lectura.

¿Qué es lo que nuestro investigador farsi habría sacado en limpio una vez hubiese conseguido poner un relativo orden en sus ideas?

Pues, seguramente después de haberse leído la Constitución y la LO 4/1981 habría concluido que necesitaría conocer alguna información adicional para comprender las razones jurídicas de tal confinamiento, y sobre todo y concretamente la siguiente: por un lado, necesitaría conocer la causa por la que esas personas han sido confinadas y, por otro, necesitaría conocer el concreto instrumento jurídico por el que tal confinamiento había sido establecido.

³² Pedro CRUZ VILLALÓN “La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 4. 1981.

Así, nuestro amigo persena nos explicaría que, en principio, una misma medida, el confinamiento de personas, puede traer causa en el ordenamiento jurídico español de hasta de tres supuestos distintos:

1. de una delimitación de sus derechos,
2. de una restricción de sus derechos
3. o de una suspensión de sus derechos.

Para comprender la cuestión jurídica planteada por un confinamiento domiciliario en sus correctos términos sería necesario aclarar la diferencia entre estos tres conceptos.

Y aquí debemos señalar que, en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, el que sea un supuesto u otro, no dependería de la intensidad de la medida, pues la medida es exactamente la misma, el confinamiento domiciliario de unas personas, sino que dependería de las circunstancias y el modo en el que se haya determinado tal confinamiento. Así es la causa³³ y es el modo lo que determinaría el supuesto, de los tres señalados, ante el que nos encontremos.

Como nuestro jurista farsi, nuestro Tribunal Constitucional para comprender la cuestión planteada en sus correctos términos hubiese necesitado diferenciar entre los supuestos de delimitación, restricción y suspensión de derechos, para lo cual es necesario determinar, en primer lugar, el régimen jurídico de los derechos fundamentales.

3.1. El régimen jurídico de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978 tienen como característica esencial la de ser preceptos directamente aplicables por los jueces y tribunales ordinarios. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución, con independencia de su desarrollo por el legislador, tienen una aplicabilidad inmediata o directa de acuerdo con el contenido expresado por su propio enunciado constitucional, vinculando con ello a los poderes públicos. Así los derechos y libertades fundamentales son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos³⁴.

Sin embargo, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pueden llegar a ser restringidos y limitados cuando el legislador promueve determinados bienes o principios igualmente recogidos en la norma fundamental. Restricción que

³³ Sobre la causa Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO “La terrible confusión entre limitar y suspender derechos” en *Agenda Pública* de 5 de julio de 2021. <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos>

³⁴ En la doctrina española destacan las obras generales de Luis María Díez Pícazo Giménez *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. 2013; e Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requero Rodríguez, Benito Aláez Corral, Ignacio Fernández Sarasola, Francisco Bastida Freijedo y Miguel Presno Linera *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. 2004.

ciertamente no es incondicional, sino que se encuentra sometida, a su vez, a determinados límites y condiciones.

Con carácter previo a examinar como opera el control jurisdiccional del legislador cuando mediante su actuación restringe el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos con la finalidad de promover determinados principios o bienes, entre los que destacan aquellos que caracterizan al Estado social³⁵, conviene aclarar algunos conceptos de la teoría general de los derechos fundamentales.

3.1.1. *La necesidad de distinguir entre la operación consistente en la delimitación de un derecho fundamental y la operación consistente en su restricción*

El análisis de aquellas condiciones bajo las cuales sería posible que mediante la acción del legislador se produjese la restricción de un derecho fundamental reconocido en la Constitución tiene como presupuesto determinar la manera mediante la que se define constitucionalmente ese derecho que posteriormente puede ser objeto de aquella.

Así, nos encontraríamos ante dos operaciones jurídicas distintas: por un lado, aquella que se refiere a la definición misma del derecho constitucionalmente reconocido, y por otro, aquella que se refiere a la posibilidad de restringir o limitar *ex post* ese derecho previamente definido en atención a una decisión legislativa de promover determinados bienes constitucionales.

En este sentido, doctrinalmente se ha señalado la necesidad de distinguir entre, por un lado, los denominados “límites inmanentes” de los derechos fundamentales -también designados como “límites internos”-, y, por otro, los denominados “límites en sentido propio” de los derechos fundamentales -también designados como “límites externos”-. Diferencia que ha quedado igualmente concretada en la distinción entre dos conceptos no siempre correctamente identificados ni en la jurisprudencia ni en la doctrina: el concepto de *delimitación* de un derecho, esto es su definición, y el concepto de *limitación* o *restricción* del mismo, esto es el apoderamiento, normalmente al legislador, para restringir un derecho previamente definido o delimitado.

Así, la *delimitación* de un derecho fundamental sería la actividad hermenéutica que pretende hallar o concretizar el ámbito de aplicación del derecho fundamental que resulta del propio texto constitucional, prescindiendo de toda alteración normativa —la *restricción*—, que haya podido ser introducida *ex post* por una autoridad competente³⁶.

³⁵ Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons. 2022.

³⁶ Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. 2022.

Es en el contexto de la delimitación de los derechos fundamentales en el que se ha hablado de “límites internos o inmanentes”, para designar aquellos que resultan de la propia Constitución, sea de la propia disposición que reconoce el derecho fundamental, sea de otra disposición constitucional distinta, pero de la misma naturaleza con la que un concreto derecho fundamental entra en aparente colisión como son el resto de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el derecho de reunión reconocido en el art. 22 CE no amparará una reunión *armada*, pues el propio precepto constitucional que reconoce aquel derecho ha excluido tal tipo de reuniones del contenido mismo del derecho fundamental.

Tampoco la información que no sea *veraz* estará incluida dentro del derecho a la libertad de información reconocido en el art. 20.1 d).

Igualmente el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a) no incluirá en su seno el derecho al insulto, pues según ha señalado el Tribunal Constitucional “no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental”. Para el Tribunal, “el derecho al honor, no sólo es un límite a las libertades del art. 20.1a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el número 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce, ni admite el derecho al insulto” [STC 85/1992, FJ 4].

Lo mismo ocurriría cuando es necesario delimitar el derecho fundamental de propiedad de un individuo en relación con ese mismo derecho fundamental de otro, lo que puede ocurrir en las relaciones de vecindad y que puede suponer la existencia de límites internos deducibles por un juez o tribunal independientemente de que exista o no una regulación legal restrictiva, por ejemplo, urbanística, que imponga restricciones o límites, en este caso externos, en atención a la necesidad de promover otros bienes.

En todos los casos referidos nos encontramos ante la operación de *delimitación* de los respectivos derechos y no de *restricción* de los mismos; pues las conductas excluidas del ámbito de protección del respectivo derecho —una reunión armada, una información que no sea *veraz*, un insulto, o aquellos límites internos al derecho de

propiedad de alguien en atención a la existencia de ese mismo derecho de otro—, nunca formaron parte del contenido constitucionalmente reconocido.

Como en su día señaló De Otto determinadas conductas han de considerarse excluidas de la protección del derecho fundamental no por obra de una limitación de este, sino por no formar parte de su contenido³⁷.

El contenido constitucional de un concreto derecho fundamental resulta de la interpretación del propio precepto constitucional que lo reconoce, pero también resulta de la articulación de ese precepto con los restantes preceptos constitucionales que tienen su misma naturaleza jurídica; esto es, aquellos otros preceptos constitucionales en los que se recogen el resto de los derechos fundamentales, y que pueden incidir sobre la definición constitucional del contenido del propio derecho concernido.

Sin embargo, se hace necesario subrayar, frente a lo que se ha sostenido por buena parte de la doctrina y por la propia jurisprudencia constitucional, que no todos los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos actúan por sí mismos como *límites inmanentes* de las normas de derecho fundamental³⁸. Mientras que el reconocimiento constitucional de los distintos derechos fundamentales sí exige realizar una articulación entre todos ellos, incidiendo tal articulación sobre la definición constitucional del contenido de cada uno, no ocurre lo mismo en relación con el resto de bienes constitucionales que no son derechos fundamentales que si bien pueden constituirse en la

³⁷ Ignacio DE OTTO Y PARDO *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas. 1988.

³⁸ Es así común en la doctrina considerar que los límites internos de un derecho derivan de su coexistencia con otros derechos fundamentales, pero también con las restantes normas con rango constitucional.

Y puesto que los límites internos suponen la exclusión de determinadas expectativas de conducta del ámbito de protección constitucional dispensada por el derecho fundamental correspondiente, para esta concepción de no admitirse que el contenido del derecho fundamental también se configura a partir de normas constitucionales distintas al resto de derechos fundamentales, como son otros bienes constitucionales, habría que admitir que el derecho fundamental que contiene esa expectativa de conducta, suspende de vigencia a otra norma, la que reconoce el bien jurídico, igualmente constitucional cuyo objeto entra en contradicción con la *iusfundamental*, o viceversa. Una conclusión que se ha considerado contraria a la igualdad de rango de ambas normas recogidas en la Constitución. Así se recoge en Benito ALAEZ CORRAL “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales” en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch. 2004, p. 107, o en Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA “Los límites de los derechos y el sistema normativo”. *Derecho Privado y Constitución*. núm 17. 2003, p. 453, que apela al principio de unidad de la Constitución y al carácter normativo de toda ella, la efectividad de todas sus partes, y no sólo de la de los derechos.

Bajo las teorías llamadas internas todos los bienes jurídicos constitucionales actúan por sí mismos como límites inmanentes de las normas de derecho fundamental.

Sin embargo, no cabe compartir tal construcción, pues no es una cuestión de rango sino de aplicabilidad inmediata de las normas que reconocen derechos constitucionales frente a aquellas otras que reconocen bienes. Creemos que es más correcta aquella concepción que considera que el reconocimiento de los bienes constitucionales supone una habilitación al legislador para restringir los derechos, pero aquellos al carecer del rasgo de ser inmediatamente aplicables no son variables que formen parte de la operación de delimitación de los derechos fundamentales ver Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2022a).

justificación para una restricción externa por parte del legislador de un derecho constitucionalmente reconocido, no delimitan, en principio, el contenido mismo de los derechos, salvo que así se disponga por el propio precepto que lo reconoce al definirlo³⁹.

En efecto, los bienes jurídicos colectivos carecen de los rasgos de fundamentalidad que caracterizan a los derechos constitucionales y, por tanto, carecen de la capacidad de aplicación inmediata, y es por ello por lo que requieren para su promoción de la mediación legislativa que es la que determina, a su vez, la posibilidad de restringir los derechos fundamentales mediante una operación que es del todo distinta a la de su delimitación. En el caso de los bienes jurídicos constitucionales, estos están aún pendientes de que el legislador democrático le asigne una protección jurídica, quizá en detrimento (mediante su restricción) de los derechos fundamentales⁴⁰.

A diferencia de lo que ocurre en relación con los bienes constitucionales⁴¹, el resto de los derechos fundamentales sí se encuentran dotados también de una protección jurídica inmediata (de una *posición originaria*), lo que implica que los preceptos que reconocen derechos fundamentales son directamente aplicables y son fuente directa de obligaciones de conducta, y ello determina que sí tengan que ser tenidos recíprocamente en cuenta para la delimitación de cada derecho.

Por tanto, sólo una vez se ha delimitado un derecho fundamental, una vez se ha definido su contenido constitucional, será posible entrar a examinar la posibilidad de limitarlo o restringirlo externamente.

Frente a los denominados límites inmanentes, toda reducción del ámbito constitucional de aplicación del derecho fundamental impuesta exteriormente por una autoridad competente recibiría el nombre de *restricción* del derecho fundamental. Se trata de la imposición por el legislador de limitaciones/restricciones externas sobre el contenido de un derecho constitucionalmente definido, limitaciones/restricciones que de otro modo no tendría tal derecho.

Así, como señaló De Otto, un límite, en el sentido propio del término, a un derecho fundamental “es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de

³⁹ Frente a ello Alexy, por ejemplo, admite que no sólo el legislador sino también el aplicador de los derechos fundamentales pueda inferir restricciones externas al ámbito normativo o posición *prima facie* (enunciada como principio) siempre que esas restricciones se deriven claramente de la ponderación del peso de los bienes jurídicos implicados. Robert ALEXY *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC. 2017, p. 284.

⁴⁰ Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a:248

⁴¹ Si bien el hecho de que no sean directamente aplicables no significa que la promoción de tales bienes no sea vinculante para los poderes públicos. La negación de aplicabilidad inmediata y directa, por ejemplo, a los principios rectores del capítulo III únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden desposeídos de su carácter vinculante para los poderes públicos. Así, de todo principio rector se derivan determinadas exigencias que son la manifestación de su vinculatoriedad como son la exigencia de interpretar las restantes normas del ordenamiento de conformidad con los principios o la exigencia de revisar la constitucionalidad de las normas tomando como parámetro los principios.

determinados supuestos fuera del ámbito de protección (del derecho fundamental) en virtud de una expresa habilitación constitucional”⁴².

Mientras que la operación de restricción sólo se realiza por el habilitado constitucionalmente para ello: normalmente el legislador parlamentario —órgano con legitimidad democrática directa al que se le atribuye así la capacidad de promover otros bienes y fines constitucionales a través de la posibilidad de negar aquellas facultades que el reconocimiento constitucional del derecho supone⁴³—; la operación de delimitación, que reiteramos es la consistente en la interpretación de lo ya definido por la Constitución, corresponde realizarla a cualquier poder público que deba interpretar cual es el contenido del derecho constitucionalmente reconocido. Así todo operador jurídico que deba aplicar el derecho fundamental, norma directamente aplicable, está llamado a realizar la pertinente operación delimitadora. La intervención del legislador para delimitar el derecho es posible pero no es necesaria, pues la misma, en realidad, resulta de la propia norma constitucional.

Partiendo de tales premisas, cabe desarrollar una teoría general de las restricciones con la que se pretende conciliar la especial fuerza normativa de los derechos fundamentales, concretada en la vinculación inmediata o eficacia directa de los mismos sin necesidad de *interpositio legislatoris*, con la amplia capacidad reconocida en nuestro ordenamiento al legislador democrático para, en cumplimiento de la caracterización constitucional de nuestro Estado como un Estado social, sacrificar, de resultar preciso, contenidos normativos originariamente protegidos por una norma de derecho fundamental.

Así, la Constitución al caracterizar nuestro Estado como un Estado social, en el art. 1.1, y reconocer, en desarrollo de tal caracterización, toda una serie de bienes constitucionales como son, por ejemplo, aquellos recogidos como principios rectores en el capítulo III del Título I o establecer un mandato de promoción de la igualdad y la libertad para que sean reales y efectivas en el art. 9.2, contiene “el esbozo de un ambicioso programa normativo para la mejora de las condiciones reales de vida de los individuos, lo que lleva irremediabilmente aparejada la reconfiguración y actualización de la libertad originaria (configurada por el reconocimiento de los derechos fundamentales), que ha de resultar, inevitablemente, restringida”⁴⁴ mediante una decisión del legislador.

⁴² Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988. En esta línea señala Arroyo Jiménez como “los límites a los derechos suponen la privación de protección a situaciones o modos de ejercicio que en principio se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho del derecho”. Luis ARROYO JIMÉNEZ *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC. 2004, p. 117. La restricción frente a la delimitación consiste, en esencia, en la supresión, para un supuesto de hecho determinado, de la protección originariamente prevista por la disposición que reconoce y define un derecho fundamental

⁴³ Así la STC 76/2019, de 22 de mayo señalaba que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, pues el legislador puede imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales.

⁴⁴ Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a.

Por tanto, nos adscribimos en las presentes páginas a aquella concreta concepción que considera que no todos los bienes jurídicos constitucionales actúan por sí mismos como límites inmanentes de las normas de derecho fundamental, pero, sin embargo, aquellos bienes jurídicos sí se pueden constituir en el presupuesto para que el constitucionalmente habilitado para ello, el legislador, proceda a restringir los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Así, en aquellos supuestos en los que no se trata de límites inmanentes —pues no nos encontramos ante la aparente colisión de dos derechos fundamentales o no se trata de límites explícitamente recogidos en la norma fundamental al definir el propio derecho fundamental—, se hace imprescindible la existencia de una norma legislativa de restricción para hacer efectiva la protección —en detrimento del contenido constitucional de los derechos fundamentales—, de esos otros bienes jurídicos de relevancia constitucional que no están protegidos en preceptos de la norma fundamental con los rasgos propios de los derechos fundamentales.

En estos supuestos, los bienes jurídicos constitucionales se encuentran aún pendientes de que los poderes públicos, y más concretamente el legislador, les asignen una determinada protección normativa en función de su respectiva importancia en un contexto dado⁴⁵.

Pero, estos límites en sentido propio, límites externos o restricciones a los derechos existirán sólo y exclusivamente cuando el poder público habilitado por la Constitución, el legislador parlamentario en el art. 53.1 CE, haga uso de ese apoderamiento para crear el referido límite o restricción al derecho fundamental. De este modo, la expectativa de conducta que se deriva del reconocimiento constitucional de un determinado derecho, y que pudiere ser el objeto de ese límite externo, sigue gozando de protección constitucional mientras el poder público competente, el legislador parlamentario, no haga uso de su habilitación para crearlo. Así pues, los límites en sentido propio o límites externos no son, en principio, aplicables directamente por los operadores jurídicos⁴⁶ mientras que los límites internos o inmanentes son necesarios.

⁴⁵ Rodríguez Fernández se muestra crítico con aquellas doctrinas que propugnan “la conversión de los derechos fundamentales en principios y desarrollan su aplicación circunstancial mediante juicios ponderativos lo que sirve, en definitiva, para sacar a los derechos de su particular armazón constitucional y para devolverlos al amplio estanque común en el que están sumergidos todos los bienes jurídicos constitucionales que se encuentran aún pendientes de que los poderes públicos les asignen una determinada protección normativa en función de su respectiva importancia en un contexto dado”. Para Rodríguez “una vez en ese estanque, el derecho fundamental se convierte en un bien jurídico más, de gran peso, pero susceptible de ser directamente desplazado por cualquier otro bien —aunque carezca de desarrollo legislativo— en cada concreta circunstancia. Los bienes jurídicos previstos en normas que no gozan de los rasgos de fundamentalidad limitan, de este modo, al derecho fundamental sin necesidad de una *ley de restricción* que exprese una ponderación del legislador democrático”. Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a.

⁴⁶ Ello en ningún caso quedaría desmentido por el hecho de ser preceptos en los que se impone mandatos de protección al legislador, pues el legislador debe promoverlos, pero mientras no lo haga no cabe deducir límite alguno al alcance del contenido del derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

La posibilidad de restringir los derechos constitucionalmente reconocidos en atención a la promoción de otros bienes constitucionales provendría de la previsión recogida en el art. 53.1 CE del que resultaría, como señala De Otto, una habilitación no sólo para regular el ejercicio de los derechos sino también para limitarlos/restringirlos en cuanto lo justifique la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente reconocidos⁴⁷.

Así, la restricción de los derechos constitucionales mediante la actuación del legislador parlamentario será posible también, aunque ello no se prevea explícitamente en el concreto precepto constitucional que reconoce el derecho fundamental, con la finalidad de promover otros bienes constitucionales.

Únicamente cuando el propio precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental lo haya excluido expresamente no será posible establecer una restricción por causas distintas a las explícitamente previstas en el mismo. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el art. 18.1 CE en el que tras disponer que el domicilio es inviolable, el precepto constitucional dispone que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”, lo que supone que no quepa establecer más excepciones a la inviolabilidad del domicilio sin consentimiento o autorización judicial que la explícitamente recogida en el propio precepto en relación con el flagrante delito. No cabe en estos supuestos que el legislador, con la finalidad de promover otros bienes constitucionales, establezca otros supuestos de entrada en el domicilio sin consentimiento o autorización judicial. Así ocurre, igualmente, en el supuesto del art. 15 CE que tras establecer que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, dispone que ello se reconoce “sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Tal como señala la STC 34/2008, FJ

En este sentido para García de Enterría, E., “delimitar es configurar los límites dentro de los cuales se produce el contenido normal de los derechos; limitar (hay un cierto equívoco verbal en castellano entre los términos delimitación y limitación, pero los conceptos no parecen dudosos) es restringir, producir una restricción o ablación de las facultades que entran en el ámbito delimitado o definido previamente como propio de ese contenido normal. Delimitar un derecho es inexcusable; limitarlo es una eventualidad que, además de producirse o no, afecta solo a algunos supuestos y no a todos dentro de la generalidad de las aplicaciones del tipo de derecho de que se trate”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, abril-junio. 1974, p. 81. Para Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988: 152, “lo que se quiere expresar al calificar la limitación como operación llevada a cabo desde el exterior del derecho es el carácter *constitutivo* del límite, y no meramente *declarativo* de un límite preexistente”.

⁴⁷ Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988: 109. Como señala el propio De Otto, ello contrasta con el supuesto de la Constitución alemana donde el precepto que establece el límite del contenido esencial no atribuye por sí mismo ningún poder de restricción al legislador y no hace otra cosa que limitar el poder que eventualmente tenga de limitar en virtud de reservas específicas.

Precisamente el hecho de que en el ordenamiento alemán no exista un poder de restricción general es lo que ha generado allí la necesidad de desarrollar la doctrina de los límites inmanentes mediante la cual se pretenden conciliar los derechos fundamentales con otros bienes constitucionales, pues dado que no siempre cabe contar con una habilitación constitucional expresa para limitar/restringir los derechos, la limitación/restricción no podría fundamentarse más que en la tesis de que los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho.

5), la prohibición de la tortura «se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales».

En todos estos supuestos es el propio precepto constitucional que define el contenido del derecho el que ha excluido la posibilidad de su restricción externa en atención a la promoción de otros bienes constitucionales⁴⁸, pero de no existir una explícita exclusión, la restricción de los derechos constitucionales mediante la actuación del legislador parlamentario será posible con la finalidad de promover otros bienes constitucionales.

3.1.2. *Las condiciones constitucionales a las restricciones de derechos fundamentales*

Ciertamente, la capacidad legislativa de restringir los derechos fundamentales, cuando tal posibilidad de restricción no está explícitamente proscrita en la propia Constitución, no es, en todo caso, incondicionada.

⁴⁸ No obstante lo anterior encontramos en la propia jurisprudencia alguna aparente excepción a tal construcción cuando el Tribunal tras recordar que el art. 21.2 CE establece que la autoridad “solo podrá [prohibir las reuniones en lugares de tránsito público] cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”, considera que además de los límites explícitos establecidos en la norma constituyente, el ejercicio de los derechos fundamentales “no solo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se inferan de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales”. La cuestión es que el art. 21.2 CE no se refiere al orden público como un límite más posible al derecho de reunión, sino que se refiere a aquel como el único límite posible. Para tratar de superar tal obstáculo, la jurisprudencia constitucional vincula la interpretación de nuestro precepto constitucional con el art. 10.2 CE y con la literalidad del art. 11.2 CEDH en tanto que admite la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que “sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”. En interpretación y aplicación de esta norma del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (STEDH asunto *Cisse c. Francia*, de 9 de abril de 2002, § 51).

Así, para la STC 61/2023, de 24 de mayo los bienes jurídicos implicados en una crisis sanitaria, como es el caso de la protección de la salud pública y del derecho a la vida, constituyen bienes de relevancia constitucional que pueden, llegado el caso, justificar que la autoridad gubernativa disponga la limitación del ejercicio del derecho de reunión en un determinado supuesto.

Bajo la concepción sostenida en estas páginas si con la prohibición se preservase el derecho a la vida nos encontraríamos ante un supuesto de delimitación de derechos, perfectamente posible, y no de restricción en atención a la promoción de un bien o valor constitucional sin el rango de fundamentalidad como sería la protección de la salud pública, muy discutible que pudiese aplicarse por la propia dicción del art. 21.1 CE.

Como se ha señalado ya, un límite externo a un derecho fundamental, una restricción al mismo, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar, de no existir aquel límite externo, en el objeto o contenido del derecho fundamental, en la posición originaria constitucionalmente reconocida.

Pero para que sea constitucionalmente viable modificar puntualmente la referida posición originaria de libertad que se reconoce en la norma fundamental como contenido de un derecho fundamental, la propia Constitución impone el cumplimiento de ciertas condiciones formales y materiales⁴⁹.

En concreto, de acuerdo con el art. 53.1 CE las restricciones a los derechos fundamentales que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho⁵⁰.

3.1.2.1. La reserva de ley

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional a través de la reserva de ley se asegura que la restricción de los ámbitos de libertad que la Constitución ha reconocido a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo⁵¹ y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.

En este punto se suscita como una primera cuestión relevante la existencia de la doble reserva de ley recogida en los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional la reserva a la Ley Orgánica del art. 81.1 CE “tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites”⁵². Para el Tribunal la imposición de límites a un derecho fundamental⁵³ es una actividad normativa reservada a la ley orgánica (art. 81.1 CE), mientras que la regulación del ejercicio del derecho es una tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1

⁴⁹ Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a: 23.

⁵⁰ En este sentido la reciente STC 38/2023 ha recordado que “como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad”.

⁵¹ Por todas las SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4 o 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 6 a).

⁵² SSTC 101/1991 FJ 2, 135/2006, FJ 2

⁵³ En este punto conviene recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la reserva de Ley Orgánica se refiere sólo a los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del Título I de la Constitución [por todas STC 116/1999, FJ 4], por lo que los derechos fundamentales de la sección segunda podrán ser restringidos por Ley ordinaria.

CE⁵⁴. Ciertamente, la diferencia entre lo que sea desarrollo de un derecho y lo que sea regulación de su ejercicio no parece sencilla, pero la doctrina constitucional parece incluir las restricciones bajo el concepto de desarrollo del derecho.

Sin embargo, interpretando la jurisprudencia constitucional, para el Tribunal Supremo la restricción o limitación de derechos fundamentales de la Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según el Tribunal Supremo ello sólo es necesario cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Por tanto, para el Tribunal Supremo, la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Así, para el Tribunal Supremo, como se ha examinado anteriormente, la intensidad y la extensión de las restricciones tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, ley orgánica o ley ordinaria, como la justificación sustantiva de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Sea como fuere, el principio de reserva de ley, ya sea orgánica u ordinaria, no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que circunscriban efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Este criterio aparecería contradicho con evidencia cuando en las cláusulas legales de remisión se produjese una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir⁵⁵. Así la reciente STC 38/2023 se ha referido a la necesidad de “la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias”⁵⁶.

⁵⁴ STC 135/2006, FJ 2

⁵⁵ Por todas STC 83/1984, FJ 4.

⁵⁶ En relación con la posibilidad de decretar durante la pandemia de Covid-19 pero ya fuera del estado de alarma toques de queda o confinamientos perimetrales por las autoridades autonómicas el Tribunal Supremo, como ya se ha visto infra, en su sentencia de 3 de junio de 2021 consideró que no creía “que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar

Por tanto, según reiterada jurisprudencia constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas —unas veces— de predeterminación normativa y —otras— de calidad de la ley, que en esa regulación el legislador parlamentario, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales [por todas STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8].

Establecidos los límites al reglamento cabe subrayar que no es sólo el rango de una norma lo que determina su capacidad de restringir los derechos, pues lo que la Constitución ha querido con las reservas de los arts. 53.1 y 81.1 es que sea la voluntad de los representantes de los ciudadanos la que determine la restricción de los derechos. Así se confirma cuando el art. 86.1 CE prohíbe al Real Decreto Ley, norma dictada por el Gobierno con rango de ley, la afección de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

Sin embargo, la propia Constitución ha establecido una sola excepción a la exigencia de que las restricciones de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes sentados en el legislativo. En efecto, cabe una restricción temporal de los derechos fundamentales por una norma que no sea del Parlamento⁵⁷ en el supuesto dispuesto en el art. 116 CE en relación con el estado de alarma que debe ser declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días. En este supuesto, cabe que la restricción de derechos fundamentales que eventualmente se pueda producir con la declaración del estado de alarma sea establecida en una norma gubernamental a la que ciertamente la jurisprudencia constitucional, de manera discutible, ha otorgado rango de ley⁵⁸, pero que en todo caso no es una

cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011”

⁵⁷ El estado de alarma es el único estado de los tres previstos en el art. 116 CE cuya adopción descanza unilateralmente en el Gobierno, sin intervención previa del Congreso de los Diputados. Intervención que sí se requiere para la declaración del resto de estados, pues la Constitución exige la autorización parlamentaria para la declaración del estado de excepción y exige que la propia declaración del estado de sitio la realice el Congreso.

⁵⁸ ATC 7/2012, FFJJ 3 y 4 y STC 83/2016, FJ 10. Frente a tal doctrina consideramos que, en el caso de la declaración inicial del estado de alarma, es la propia Constitución la que ha afirmado, por un lado, su naturaleza estrictamente gubernativa, y, por otro, la que ha eludido atribuirle expresamente a la actuación gubernamental rango o valor de ley al prever que sea adoptada “mediante decreto acordado en Consejo de Ministros”. Cuando la Constitución ha querido otorgar a un acto del Gobierno el rango o valor de la Ley, lo ha hecho explícitamente como cuando establece en el artículo 82 CE que “las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley” que recibirán el título de Decretos Legislativos o cuando permite en el artículo 86 CE que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes”. En ambos supuestos se trata de disposiciones del Gobierno a las que la propia Constitución les dota expresamente del rango o valor de la ley. Esa posibilidad debería, sin embargo, ser interpretada restrictivamente, pues se configura constitucionalmente como una excepción al procedi-

norma, al menos en los primeros quince días, adoptada por los representantes de los ciudadanos.

3.1.2.2. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental.

En lo que se refiere al respeto del contenido esencial, éste se configura como un límite a los límites/restricciones. Es lo que los alemanes denominan «Schränken-Schranke», un límite a la capacidad legislativa de restringir el contenido constitucional de los derechos en atención a la promoción de otros bienes constitucionales⁵⁹. El destinatario de la obligación de respetar el contenido esencial es, por tanto, el legislador, quien encuentra un límite infranqueable a su acción restrictiva del contenido constitucional de un derecho fundamental en un “contenido esencial” de aquel derecho que la Constitución no precisa en mayor medida, pues es una tarea, la de precisión, que corresponde realizar al Tribunal Constitucional⁶⁰.

En relación con cómo se determina el alcance del referido límite a las restricciones, con cómo se determina el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental, es posible encontrar en la doctrina diversas teorías que pueden ser agrupadas en dos grandes familias.

miento ordinario de elaboración de las leyes; pues no conviene olvidar que la Constitución reconoce a las Cortes Generales como “las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario”, ya que son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE). Ello se encuentra desarrollado en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI. “Sobre el rango de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma” en el libro colectivo *Las fuentes del derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón* (CEPC 2022). Fundación Manuel Giménez Abad. 2024

Ciertamente, la naturaleza infralegal que aquí se propugna del Real Decreto de declaración del estado de alarma, no sería óbice para que la declaración de aquel estado, y las disposiciones subsiguientes que el Gobierno pueda dictar, puedan afectar temporalmente a normas de rango legal. El poder constituyente ha habilitado al poder ejecutivo para que adopte, cuando concurre el supuesto de hecho previsto en la LO, disposiciones que sin dejar de ser infralegales pueden afectar temporalmente a normas de rango legal, pues la capacidad de aquellas de afectar, siquiera sea temporalmente, a las normas legales no se la da su rango, que permanece inalterado, sino la propia Constitución.

Así, en el estado de alarma la distribución de competencias y funciones entre los poderes del Estado, legislativo y ejecutivo, se ve transitoriamente afectada, “pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados [de excepción] es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante “los poderes ordinarios” la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias” (ATC 7/2012, FJ 4); sin que ello implique, sin embargo, la alteración del sistema jurisdiccional de garantías y controles de los actos y disposiciones adoptados. Una alteración de tal sistema, en nada favorecería el objetivo querido por el constituyente de dar rápida respuesta a la situación excepcional ocasionada en el supuesto de la alarma, pues el control judicial *ex post* en nada limita la capacidad de acción del ejecutivo para adoptar tempestivamente aquellas decisiones que dentro del marco jurídico existente permitan hacer frente a la excepcional situación.

⁵⁹ Juan Carlos GAVARA DE CARA *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, CEPC. 1994.

⁶⁰ Pedro CRUZ VILLALÓN y Javier PARDO FALCÓN “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. *Boletín mexicano de derecho comparado* n° 97. 2000.

Aquellas que interpretan que el contenido esencial es un contenido material “absoluto” e indisponible⁶¹, y aquellas que interpretan que el contenido esencial es un concepto “relativo” que se vincula con que las restricciones no sean desproporcionadas⁶².

Para las primeras, las denominadas teorías absolutas, el contenido esencial puede identificarse como una parte determinada y determinable del contenido total de un derecho reconocido por la Constitución. Se trata, por tanto, de un contenido material indisponible para el legislador y que supone por tanto el reconocimiento de una barrera material infranqueable a su capacidad de restricción⁶³.

La concepción absoluta fue tempranamente asumida por la jurisprudencia constitucional que ya en la STC 11/1981 trató de establecer criterios para poder definir ese contenido material indisponible de cada derecho.

Así, desde la STC 11/1981 se afirmó que “para tratar de aproximarse a la idea de «contenido esencial» cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesas-

⁶¹ Partidarios de la teoría absoluta, entre otros, son Luciano PAREJO ALFONSO “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. 1981; Manuel MEDINA GUERRERO *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill. 1996; Javier JIMÉNEZ CAMPO *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta. 1999; Luis ARROYO JIMÉNEZ, 2004; Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108. 2014; o Francisco Javier DÍAZ REVORIO “Desactivando conceptos constitucionales: la supresión de derechos y los estados excepcionales”, en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* | coord. por Carlos Garrido López, Fundación Giménez Abad. 2021.

⁶² Partidarios de la teoría relativa, entre otros, son Jesús ALFARO ÁGUILA REAL y Cándido PAZ ARES “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Civitas. 2002; Ignacio RODRIGUEZ FERNANDEZ, 2022^a; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2022. En este sentido parece que podría ir el Magistrado Xiol cuando en su voto particular a la STC 148/2021 afirma que “el contenido esencial de los derechos fundamentales no es inmutable, pues pueden existir circunstancias que justifiquen que el legislador, con el fin de proteger otros valores o bienes constitucionales y respetando las exigencias del principio de proporcionalidad, establezca restricciones a ese contenido”.

⁶³ No es infrecuente, sin embargo, tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia la confusión entre la identificación del contenido constitucional de un derecho y su contenido esencial.

rias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

La apelación a la reconocibilidad que se realiza en la referida resolución no es sino una suerte de evocación a la escena de la novela de Lewis Carroll *Alicia a través del espejo* en la que Humpty Dumpty discute con Alicia acerca del significado de las palabras, pues la definición del contenido esencial a través de la reconocibilidad y de la respuesta que a ello den los especialistas en Derecho, supondría que el referido contenido esencial sería lo que los juristas, y en último extremo el propio Tribunal Constitucional, dicen que es⁶⁴. Así lo señala el voto particular de Ollero a la STC 148/2021 cuando se refiere a un peculiar “derecho de profesores”⁶⁵.

De acuerdo con la STC 11/1981 “el segundo. posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

No obstante lo anterior, frente al riesgo de que se reduzca la garantía constitucional a sólo el núcleo del derecho, a sólo esa parte del contenido constitucional total de un derecho que se identifica como el contenido esencial en sentido material, se ha concebido, doctrinal y jurisprudencialmente, el referido contenido esencial como un límite que se yuxtapone con aquel otro límite que exige, además, que toda restricción del contenido de un derecho constitucionalmente reconocido esté justificada⁶⁶. Así,

⁶⁴ “Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

— La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

— La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el que manda..., eso es todo”.

En el libro *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí* de Lewis Carroll (1871)

⁶⁵ Crítico con la concepción absoluta se muestra igualmente el voto particular de Xiol a la STC 148/2021 cuando critica “la concepción esencialista del Derecho, mediante la cual trata de buscarse un contenido inamovible delimitado a priori de los derechos fundamentales y se rechazan las posiciones constructivistas que predominan en el mundo jurídico contemporáneo”.

⁶⁶ Así se ha acogido en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, recientemente en relación con el derecho de propiedad, la STC 112/2021 afirmaba que “el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida”.

si lo protegido fuese sólo el núcleo duro —el referido contenido esencial—, el resto del contenido del derecho tal y como es reconocido por la Constitución sería penetrable por el legislador sin limitación alguna.

Es por ello por lo que algunos de aquellos que sostienen la concepción absoluta de la garantía del contenido esencial recogida en el art. 53.1 CE han considerado, asumiendo así lo que se ha dado en llamar una teoría mixta, que tal garantía sería distinta de la garantía que se deriva del principio de proporcionalidad, pues la primera sería una técnica dirigida a excluir a aquellas restricciones que ya han sido consideradas proporcionadas⁶⁷.

En esta línea, señala Rubio Llorente que el contenido esencial es un límite absoluto, pero no es el único límite que protege los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, pues cada derecho está igualmente garantizado por la exigencia de que cada restricción del mismo, y de lo que se podría considerar contenido no esencial del derecho fundamental, se adecue al principio de proporcionalidad⁶⁸.

Por lo tanto, para buena parte de las teorías absolutas, una restricción del derecho fundamental solo sería constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada por no vulnerar el referido principio de proporcionalidad y, además, y en segunda instancia, no afecta al contenido esencial del derecho⁶⁹.

Bajo esta perspectiva, asumida en buena medida por nuestra jurisprudencia constitucional, el contenido esencial como límite de los límites cuenta con entidad propia frente al principio de proporcionalidad, pues aquel supone la existencia de un conte-

⁶⁷ Pues “una vez respetado el contenido esencial, el legislador no es libre para establecer límites a los derechos fundamentales, sino que sólo puede hacerlo para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y aplicando el principio de proporcionalidad” en Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, 2014: 23. En esta línea Luis PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate. 1990, y Manuel MEDINA GUERRERO, 1996. En esta concepción absoluta, el contenido esencial actúa como un límite propio y distinto del principio de proporcionalidad.

Frente a ello para Jiménez Campo si se ha respetado el contenido esencial, «la Constitución no tolera constricciones añadidas sobre el legislador» Javier JIMENEZ CAMPO, 1999: 78.

⁶⁸ Francisco RUBIO LLORENTE “La libertad de empresa en la Constitución”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas. 1996, p. 442. En este sentido Ignacio DE OTTO, 1988: 132, señala como de acuerdo con la teoría absoluta “el contenido esencial se concibe no como el único límite de los límites, sino como un límite que opera en yuxtaposición con el que consiste en la exigencia de que la limitación del derecho este justificada: una limitación del derecho fundamental sólo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho”.

De asumirse la construcción que estamos examinando, de la misma se derivaría que mientras que el contenido esencial ha recibido sanción constitucional, el otro límite, el principio de proporcionalidad, solo implícitamente puede entenderse consagrado en la Constitución. Considera Medina que en nuestro país siguiendo la estela alemana, el Tribunal Constitucional lo habría considerado un principio inherente del Estado de derecho en STC 85/1992, FJ 4. Manuel MEDINA GUERRERO, 1996.

⁶⁹ Subraya Cidoncha como el contenido constitucional del derecho fundamental se dividiría en dos partes “como si de un melocotón se tratara: una parte dura —el hueso—, y una parte blanda —la carne—, esta última es restringible por el legislador [respetando el principio de proporcionalidad], no así la primera, la que constituye en puridad el contenido esencial, la parte infranqueable, su núcleo indisponible o irreductible”. Antonio CIDONCHA MARTÍN *La libertad de empresa*, Civitas. 2006, p. 281.

nido material que implica la exclusión de cualquier restricción del derecho, aunque la misma persiga un fin legítimo y sea proporcionada.

Por el contrario, para las teorías relativas el juicio acerca de los límites al legislador cuando establece una restricción a un derecho se vincula con la prohibición de las restricciones injustificadas. El contenido esencial se identifica con la necesidad misma de justificación de la restricción. Y la falta de justificación de la restricción se determinaría precisamente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Por tanto, el contenido esencial no es concebido como un predeterminado contenido material indisponible para el legislador, como en la teoría absoluta, sino que tal contenido esencial tiene carácter relativo. Sólo se vulnerará el contenido esencial de un derecho fundamental si la restricción del contenido constitucional del mismo, del contenido previo a la actuación restrictiva del legislador, no se ajusta al principio de proporcionalidad⁷⁰. El contenido esencial como límite de límites sería una garantía procedimental y no material, pues sólo se quebranta el contenido esencial cuando el contenido constitucional de un derecho experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el legítimo fin que la motiva. La garantía del contenido esencial queda así subsumida en el principio de proporcionalidad.

Bajo la concepción relativa, que ciertamente es la que consideramos más correcta y la que responde a lo que en realidad aplica normalmente el Tribunal Constitucional, cabe entender que no existiría un contenido material mínimo predeterminable e indisponible del derecho. El contenido esencial sería un límite al legislador, pero no se trataría de la imposición a su capacidad de restricción de ninguna barrera material sino de una barrera procedimental: el principio de proporcionalidad. Cuando el constituyente ha querido explicitar un contenido material indisponible para el legislador que promueve la restricción del derecho en atención a la promoción de bienes constitucionales lo ha hecho explícitamente como en el caso de la proscripción de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes o la proscripción de las entradas en domicilios salvo autorización judicial o flagrante delito.

La mayor crítica que se ha tratado de hacer a las teorías relativas es que, cumplido el principio de proporcionalidad, se podría producir el entero sacrificio del derecho⁷¹.

Sin embargo, buena parte de la doctrina que se adscribe a las teorías absolutas ha reconocido cómo la dificultad para definir materialmente cual sea la parte esencial de

⁷⁰ Así se sostendría en algunos de los votos particulares a la STC 148/2021 entre los que destacan el de Ollero cuando señala que “el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial”, o el de Xiol cuando señala los parámetros que han de tomarse en consideración para analizar las limitaciones que conforman el contenido esencial de los derechos fundamentales: previsión legal, fin constitucionalmente legítimo y respeto del principio de proporcionalidad.

⁷¹ Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, 2014: 22.

Arroyo considera que la concepción relativa conduce a dos alternativas inaceptables: la inutilidad — por redundante— de la exigencia constitucional de protección del contenido esencial, o la inaplicación del principio de proporcionalidad a las restricciones sobre el contenido constitucionalmente protegido, pero no esencial, en Luis ARROYO JIMÉNEZ, 2004: 119.

un derecho fundamental habría desembocado en la escasa relevancia que ha tenido en la práctica la garantía del contenido esencial —entendido como garantía material— en cuanto verdadero instrumento de control de las restricciones de los derechos fundamentales. Así Medina subraya como el Tribunal Constitucional recuerda con insistencia la exigencia de respetar el contenido esencial, pero como instrumento puramente discursivo cuya influencia real como *ratio decidendi* de sus decisiones es prácticamente inexistente⁷².

En la práctica el Tribunal Constitucional procede a realizar un juicio de proporcionalidad sin entrar a analizar a continuación una eventual vulneración del contenido esencial entendido como garantía material. Por tanto, a pesar de afirmar seguir una concepción absoluta del contenido esencial, el Tribunal Constitucional acaba aplicando en la práctica una concepción relativa, pues únicamente controla el cumplimiento del principio de proporcionalidad como límite a las restricciones establecidas por el legislador⁷³.

Sea como fuere, la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del control jurisdiccional de los poderes públicos, bien como un límite diferenciado y yuxtapuesto al del contenido esencial bien como un límite coincidente en sí mismo con ese contenido esencial, se realiza para juzgar si una regulación cuyo propósito es promover un interés público restringe de tal forma un derecho fundamental que la regulación deviene contraria al texto fundamental.

Una vez se han examinado los rasgos fundamentales de una teoría general de las restricciones de los derechos fundamentales, y antes de tratar de aplicar tal teoría a los confinamientos domiciliarios decretados por el Real Decreto de declaración del estado de alarma, se hace necesario examinar un último concepto, el concepto de suspensión de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ninguna de las dos alternativas parece fundada, pues para la concepción relativa una y la misma cosa son el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, por lo que no hay redundancia ni inutilidad.

⁷² Manuel MEDINA GUERRERO, 1996: 160 y ss.. En la misma línea Paz Ares y Alfaro señalan como “resulta muy significativo que, aunque los Tribunales Constitucionales se aferran formalmente a la doctrina absoluta y afirman la existencia de un contenido esencial de los derechos, en su argumentación actúan como si fueran partidarios de la doctrina relativa” Cándido PAZ ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA REAL, 2002.

⁷³ Tal y como se ha subrayado la garantía del contenido esencial de un derecho recogida en el art. 19(2) de la Constitución alemana nunca ha desempeñado un papel importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El mundo académico apenas ha prestado atención a esta disposición. Nils SCHAKS “Democracy and (the essential content of) fundamental rights: marching in line or precarious balancing act?” *Law, Democracy and Development* vol. 23 Cape Town, 2019. p. 318. En estas páginas se sostiene, sin embargo, que el contenido esencial es reconducible al principio de proporcionalidad.

3.2. La suspensión de los derechos fundamentales

Frente a lo afirmado en la STC 148/2021, la suspensión de derechos fundamentales consistiría en la cesación temporal de la eficacia de la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental y este efecto se produce como consecuencia de una expresa declaración que así lo establezca, y no por la intensidad de la restricción que puedan imponerse al ejercicio del derecho que la norma constitucional consagra⁷⁴.

Esta pérdida de eficacia de la norma iusfundamental conlleva que el precepto constitucional que consagra el derecho fundamental durante el tiempo en que está suspendido no produzca efectos en el territorio en el que está declarado el estado de sitio o el estado de excepción (art. 55.1 CE).

Como señala Requejo Rodríguez la suspensión es una supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional que acoge esos derechos, de tal modo que los poderes públicos podrían afectar a esos ámbitos de libertad sin respetar su contenido esencial, regulándolos como consideren, e incluso eliminándolos por completo, como si no contaran con el respaldo de una norma iusfundamental porque ha perdido transitoriamente su operatividad⁷⁵.

De este modo, como se ha señalado cuando el derecho fundamental se encuentra suspendido el derecho se desconstitucionaliza, por lo que el régimen jurídico de ese derecho y su propio contenido no será el constitucionalmente establecido —la norma iusfundamental está temporalmente privada de eficacia—, sino el previsto en la disposición que declara la suspensión.

El art. 116 interpretado a la luz del art. 55 supone la remisión a la norma que declara la suspensión, —en el caso del estado de excepción el Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados y en el caso del estado de sitio el acto del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno— de la determinación del régimen jurídico de los derechos fundamentales suspendidos por ella misma. La esencia de los estados de excepción es el establecimiento de un procedimiento perentorio para adoptar medidas temporales para hacer frente a situaciones que ponen en riesgo el estado constitucional. El art. 116 CE habilitaría así al poder de excepción para que dote a determinados derechos constitucionales de un régimen jurídico extraordinario, donde su contenido o sus garantías constitucionales se pueden ver alteradas respecto del régimen ordinario,

⁷⁴ Benito ALAEZ CORRAL, 2004.

⁷⁵ Paloma REQUEJO RODRIGUEZ “Teoría vs. Práctica del estado de alarma en España” en *Constitución y democracia: ayer y hoy Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Vol. 2. 2012 y Benito ALAEZ CORRAL, 2004. En esta línea para Velasco la suspensión es la “derogación provisional o no-vigencia temporal de ciertos derechos fundamentales” para responder a quiebras del orden público-político. Francisco VELASCO CABALLERO “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)*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2020, p. 89.

sin tener que respetar los límites que la Constitución dispone a las restricciones de derechos en situación de normalidad.

La remisión constitucional, frente a lo que se haya podido doctrinalmente señalar, no es siquiera al régimen jurídico que se establece en la Ley orgánica que regula el estado de excepción o el de sitio. En efecto, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de suspensión individual en los que el art. 55.2 sí ha remitido en cuanto a la regulación de las medidas a adoptar a “una ley orgánica” —que “podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”—, en el supuesto de las suspensiones generales de aquellos derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE, las medidas de suspensión de los derechos se producirán cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.

La concreta determinación del régimen jurídico de los derechos suspendidos de forma general (art. 55.1 CE) corresponde, directa e inmediatamente, al acto normativo que declare tal suspensión al declarar el estado de excepción o el estado de sitio⁷⁶. En consecuencia, cuando está suspendido el derecho fundamental, este derecho no existe como tal y solo tendrá el alcance que le otorgue la propia disposición que declare la suspensión⁷⁷.

⁷⁶ Ciertamente, para la STC 148/2021 y una buena parte de la doctrina académica es la normativa de excepción —la LOAES, que reemplaza a las disposiciones constitucionales relativas a aquellos derechos fundamentales que de acuerdo con el art. 55.1 CE pueden ser suspendidos—, la que, en su caso, puede someter la suspensión de un determinado derecho al cumplimiento de concretos requisitos y condiciones que pasan así a constituirse en las garantías temporales de tal derecho mientras rija el correspondiente periodo de excepción que permite la suspensión. La decisión relativa a cuáles son las garantías de los derechos una vez suspendidos queda así, bajo esta concepción, en manos del legislador orgánico al que se remite el art. 116 CE, que es el que tiene la capacidad de sustituir de manera temporal el régimen de los derechos en situación de normalidad por el régimen de los derechos en situación de excepción. Así, ese legislador orgánico de excepción puede decidir que el régimen jurídico de los derechos en tales situaciones se someta al cumplimiento de determinadas condiciones como puede ser la de que las medidas a adoptar sean las estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOAES). Se trata, en este caso, del establecimiento por el legislador de excepción al que se remite el art. 116 CE de una condición legal, que no constitucional. Condición contingente, que no constitucionalmente necesaria, se ha señalado por la doctrina, pues no se deriva de la propia Constitución que precisamente habilita a aquel legislador para determinar, de manera temporal, el concreto régimen jurídico de determinados derechos en aquellas situaciones de excepción en las que se permite por previsión constitucional, ex art. 55.1 CE, su suspensión.

⁷⁷ Paloma REQUEJO RODRIGUEZ, 2012, señala que, a pesar de que constitucionalmente la suspensión permitiría optar por eliminar transitoriamente los derechos suspendidos, la LOAES ha establecido el régimen jurídico de los derechos suspendidos obligando a un juicio de proporcionalidad de las medidas suspensivas. Cabe plantearse la constitucionalidad en este punto de la LOAES, si se considerase que la Constitución remite el régimen jurídico de los derechos suspendidos a la propia disposición que declare la suspensión.

Resulta, por tanto, que cuando el derecho fundamental está suspendido su régimen jurídico no es el “regular y ordinario”, esto es, no es el precepto constitucional que lo garantiza porque la norma iusfundamental se encuentra temporalmente privada de eficacia, sino “uno distinto”, el previsto en el acto normativo de declaración⁷⁸ o bien el previsto en la ley orgánica a la que se refiere el art. 116.1 CE en relación con el art. 55.2 CE para las suspensiones individuales, pues el régimen jurídico del derecho suspendido se establecerá en una u otras normas dependiendo de que nos encontremos en el supuesto previsto en el art. 55.1 CE (suspensión general) o el 55.2 CE (suspensión individual).

La suspensión es un acto formal, por lo que exige una decisión expresa por la que se prive de eficacia a la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental. No caben suspensiones de hecho o implícitas.

La garantía de un derecho suspendido ya no es su contenido esencial⁷⁹ y quedaría sustituida por el cualificado control parlamentario que la Constitución y la LOAES han dispuesto sobre la declaración y gestión gubernamental, de tales estados excepcionales.

Por ello, no puede considerarse que existe una suspensión del derecho fundamental porque, en ausencia de declaración de unos de los estados excepcionales que permiten la suspensión, se haya restringido el derecho fundamental, incluso aunque la restricción impuesta sea de tal entidad que impida su ejercicio. En este caso, no nos dejamos de encontrar ante una restricción de derechos fundamentales cuyo régimen jurídico es, como se ha señalado, distinto del de la suspensión.

4. LA APLICACIÓN POR NUESTRO JURISTA PERSA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES REFERIDA AL SUPUESTO DE LOS CONFINAMIENTOS DOMICILIARIOS.

Una vez expuesta aquella teoría general de los derechos fundamentales que se considera más adecuada a lo dispuesto en nuestro texto constitucional, cabe tratar de

⁷⁸ Para Francisco BASTIDA FREIJEDO “La cuarentena de los derechos”, *La Nueva España*, 9 de abril de 2020, suspender un derecho «es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el decreto declarativo del estado de excepción (o de sitio)»

⁷⁹ De acuerdo con Benito ALÁEZ CORRAL, 2004:244, si el derecho fundamental suspendido está desconstitucionalizado —se ha suprimido temporalmente la vigencia de la norma iusfundamental— parece que solo sería posible aplicar un mero juicio de razonabilidad, orientado a comprobar si las medidas acordadas guardan un mínimo de coherencia con el fin de superar la situación de crisis de que se trate. Para Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCÍA MAJADO, 2022:20, se trataría, únicamente, de verificar la ausencia de arbitrariedad por parte del poder público y no, por el contrario, la proporcionalidad de las medidas suspensivas adoptadas, pues la aplicación del principio de proporcionalidad habría decaído con la desconstitucionalización del derecho fundamental.

aplicarla al supuesto planteado por el confinamiento general decretado en el art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Como ya ha subrayado nuestro jurista persa una misma medida, el confinamiento de una persona, puede traer causa en el ordenamiento jurídico español hasta de tres supuestos distintos:

1. de una delimitación de sus derechos,
2. de una restricción de sus derechos
3. o de una suspensión de sus derechos.

Nuestro jurista farsi, señalaría, en primer lugar, que, en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, el que sea un supuesto u otro, no dependería de la intensidad de la restricción que supone la medida adoptada, pues la medida es exactamente la misma, el confinamiento domiciliario de unas personas, sino que dependerá de las circunstancias y el modo en el que se haya determinado tal confinamiento. Así es la causa y es el modo los que determinarían el supuesto de los tres señalados ante el que nos encontremos.

Nuestro jurista persa señalaría, en segundo lugar, que, en el caso concreto de lo ocurrido en marzo de 2020, y en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, no estaríamos ante un supuesto de suspensión del derecho a la libre circulación, pues tal suspensión exige una expresa declaración que así lo establezca, y tal expresa declaración, que sólo se puede producir en el marco de una declaración de estado de excepción o de una declaración de estado de sitio, no se habría producido⁸⁰.

Es en este punto en el que cabría plantearse, en primer término, si en el supuesto de la afección de la movilidad de una persona por el hecho de que sea portador de una enfermedad infectocontagiosa mediante su confinamiento, se está delimitando su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) o a la libre circulación (art. 19 CE) o, por el contrario, se le están restringiendo tales derechos.

Bajo la primera perspectiva no formaría parte del contenido constitucional mismo de los derechos a la libertad personal o a la libertad de circular el deambular por la calle cuando se tiene tal enfermedad, pues uno no tiene derecho a dañar el derecho a la vida o a la integridad física de los demás.

Es por ello por lo que el confinamiento de un infecto contagioso podría ser un supuesto de delimitación de su derecho fundamental a la libre circulación o a la libertad personal en relación con los derechos a la vida y a la integridad física de los demás y no un supuesto de restricción de aquellos derechos. Es por ello por lo que la decisión de confinar a una persona, caso de aceptarse que no se trata de restringir un derecho sino de delimitarlo en relación con los derechos de los demás se podría

⁸⁰ Y cabría sostener, igualmente en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, que tampoco podría haberse producido tal declaración, pues el art. 116 CE ha remitido a una Ley Orgánica la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio y esta ley orgánica, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, habría establecido que para el supuesto de una pandemia el estado al que se debe recurrir es al de alarma. Sobre ello Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (2021).

adoptar por el juez incluso en ausencia de previsión legislativa. La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales permitiría a los operadores jurídicos realizar tal delimitación.

Por el contrario, si considerásemos que lo promovido con el confinamiento es un bien jurídico, y no tanto un derecho fundamental, como es el correcto funcionamiento del sistema nacional de salud o si considerásemos que no hay certeza alguna en relación con quién se encuentra infectado se trataría, más bien, de una restricción al derecho fundamental en atención a la promoción de otros bienes o valores. En este caso tanto si lo realiza el legislador ordinario (orgánico) como si se realiza bajo el estado de alarma por el Gobierno se trataría de una restricción sometida al límite del contenido esencial establecido en el art. 53 CE, aunque no a la reserva de ley en el caso de que la restricción se produzca mediante la declaración del estado de alarma⁸¹.

En marzo de 2020 y ante la concurrencia de dos circunstancias: la primera: el desconocimiento de quién era portador de la enfermedad, y la segunda: la ausencia en la normativa orgánica de una previsión referida a los confinamientos generales que se considerase con una suficiente calidad⁸², se decidió por el Gobierno proceder a restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante la declaración del estado de alarma.

De acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales desarrollada en las presentes páginas, para determinar la constitucionalidad de la restricción realizada por

⁸¹ Consideramos que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una reserva al procedimiento del estado de alarma para poder realizar determinadas restricciones de derechos Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2020. En esta línea, para Velasco, el estado de alarma no sería la única respuesta que da nuestro ordenamiento ante una transmisión “no individualizable” de la COVID-19 que exija el confinamiento general de la población. El estado de alarma sería una respuesta alternativa a las medidas individuales o generales que se pueden adoptar con las normas sanitarias ordinarias. Francisco VELASCO CABALLERO “Medidas “individualizables” frente a medidas “generales” en la lucha contra la COVID-19: una respuesta a Javier Barnes” en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/> 2020. No son el tipo de restricciones de derechos que se pueden adoptar en una situación de crisis sanitaria lo que singulariza al estado de alarma, sino la alteración del órgano competente para adoptarlas. Esta sería la respuesta que cabe dar a la pregunta ¿Para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo? Precisamente para atribuir el poder de hacerlo a aquel que de manera ordinaria no es el competente y sin tener que esperar a que el que lo es, adopte una decisión que no es imperativa.

En esta línea señala Boix que “la gran diferencia entre una gestión de la situación por medio del estado de alarma y la que utiliza los instrumentos ordinarios del Derecho sanitario tiene que ver en última instancia, sobre todo, con quién es el responsable último de la adopción de medidas —en un caso, el gobierno del Reino de España; en el otro, los de las Comunidades Autónomas—. Andrés BOIX PALOP “COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma ‘territorializados” en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722>, 2020.

⁸² En mayo de 2020 la vicepresidenta del Gobierno Carmen Calvo anunció que el Gobierno estaba pensando en modificar la ley de salud pública para permitir al Gobierno tomar decisiones sobre confinamientos, lo que implica limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin necesidad de decretar la alarma. <https://elpais.com/espana/2020-05-13/calvo-confirma-una-reforma-legal-para-no-tener-que-recurrir-a-la-alarma-si-hay-rebrotos.html>

el art. 7 del Real Decreto 463/2020 cuando establece el confinamiento general, el Tribunal Constitucional habría tenido que determinar si dicho confinamiento general respetaba el contenido esencial del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE, pues frente a los sostenido en la STC 148/2021, las condiciones del art. 53.1 CE también se deben exigir a las restricciones establecidas bajo el estado de alarma.

Es posible que bajo una concepción absoluta del concepto de contenido esencial el Tribunal Constitucional hubiese considerado que el confinamiento domiciliario vulneraba el contenido esencial de aquel derecho fundamental. Así se desprendería de lo argumentado por el propio Tribunal en la STC 148/2021, cuando señala que el artículo 7, no se queda en la acotación del ámbito de la libertad de circulación, como ocurre con otras reglas previstas para situaciones de normalidad; sino que la limita o restringe de modo drástico, “hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial. Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE)”⁸³. Tal concepción supondría la inconstitucionalidad del confinamiento general por vulneración del contenido esencial del derecho a la libre circulación⁸⁴.

Sin embargo, bajo una concepción relativa del concepto de contenido esencial, que es la que consideramos constitucionalmente más adecuada, sólo se vulneraría el mismo si la restricción del contenido constitucional del derecho fundamental —del contenido previo a la actuación restrictiva del legislador—, no se ajustase al principio de proporcionalidad. En este caso hubiese sido más complicado que el Tribunal Constitucional hubiese declarado la inconstitucionalidad del art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Así parece desprenderse nuevamente de lo afirmado en la propia STC 148/2021, en su FJ 11, cuando señala que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, *cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado*, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales” (FJ 11)⁸⁵.

⁸³ Como señala Germán TERUEL LOZANO, 2022, los argumentos para justificar la inconstitucionalidad del confinamiento son válidos tanto si se recurre a la idea de contenido esencial como a la de suspensión material.

⁸⁴ En contra de la concepción absoluta del contenido esencial se muestran los votos particulares del Magistrado Ollero Tassara y del Magistrado Xiol Ríos.

⁸⁵ Para la STC 148/2021 “las constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el artículo 7 (apartados 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud en su documento «Actualización de la estrategia frente a la COVID-19» (14 de abril de 2020), exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES)”. Es decir, las medidas promoverían un objetivo legítimo y serían adecuadas y necesarias, otra cosa es que el ins-

Precisamente, la utilización del principio de proporcionalidad como parámetro de control de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales bajo la situación de pandemia habría sido la técnica aplicada por el Tribunal Constitucional Federal alemán que tras considerar que los toques de queda o las restricciones de contacto interferirían por su grado de intensidad con el derecho fundamental a la libertad física (el equivalente al derecho recogido en nuestro art. 17 CE), razonó en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, que eran constitucionales, pues servían de manera proporcionada a una finalidad legítima como era la de proteger a la población de los riesgos sanitarios en relación con el virus.

Esta última es la perspectiva que sostendría nuestro jurista farsi como una teoría general de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada y es la perspectiva acogida por nuestro propio Tribunal Constitucional en alguna de las sentencias posteriores a 2021 cuando se ha tenido que enfrentar a cuestiones como, por ejemplo, la vacunación, pues siendo una injerencia muy intensa en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna quedaría supeditada, según la STC 38/2023, al cumplimiento de los diversos requisitos que rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, “en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad”. Esta parece que sería, asimismo, la perspectiva desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia anunciada en la nota informativa nº 108/2024, de fecha 5 de noviembre, y en el momento de publicación de estas páginas todavía no publicada, en la que se señala que el Tribunal rectifica “su doctrina anterior, establecida en la STC 148/2021, de 14 de julio, en el sentido siguiente: “[l]a intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad”.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA.

Benito ALAEZ CORRAL “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales” en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch. 2004.

Robert ALEXY *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC. 2017.

Jesús ALFARO ÁGUILA REAL y Cándido PAZ ARES “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Civitas. 2002.

trumento jurídico no haya sido el apropiado por considerar la STC 148/2021 que la intensidad de la restricción ha supuesto una suspensión.

- Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108. 2014.
- Manuel ARAGÓN REYES “El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma” en *El País*, 4 de agosto 2021. <https://elpais.com/opinion/2021-08-04/el-tribunal-constitucional-cumplio-con-la-sentencia-sobre-el-estado-de-alarma.html>
- Luis ARROYO JIMÉNEZ *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC. 2004.
- Francisco BASTIDA FREIJEDO “La cuarentena de los derechos”, *La Nueva España*, 9 de abril de 2020.
- Andrés BOIX PALOP “COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma ‘territorializados’” 2020. <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722>
- Antonio CIDONCHA MARTÍN *La libertad de empresa*, Civitas. 2006.
- Lorenzo COTINO HUESO “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid” en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López. Fundación Giménez Abad. 2021.
- Pedro CRUZ VILLALÓN “La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 4. 1981.
- Pedro CRUZ VILLALÓN y Javier PARDO FALCÓN “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. *Boletín mexicano de derecho comparado*. n.º 97. 2000.
- Ignacio DE OTTO Y PARDO *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas. 1988.
- Francisco Javier DÍAZ REVORIO “Desactivando conceptos constitucionales: la supresión de derechos y los estados excepcionales”, en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López, Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.
- Luis DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. 2013.
- Juan Fernando DURÁN ALBA “Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma” en Bigliano Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad. 2020.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, abril-junio. 1974.
- Carlos GARRIDO LÓPEZ “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 46. 2020.
- Juan Carlos GAVARA DE CARA, J.C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, CEPC. 1994.
- Javier JIMÉNEZ CAMPO *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta. 1999.
- Yolanda LÓPEZ NIETO “El régimen jurídico de la libre circulación: conceptualización del derecho a propósito del confinamiento domiciliario contemplado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”. *Revista general de derecho constitucional*, núm. 40. 2024.
- Luis MEDINA ALCOZ “Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del Covid-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 6. 2024.
- Manuel MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill. 1996
- Luciano PAREJO ALFONSO “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. 1981.
- Luis POMED SÁNCHEZ “Algunas notas sobre los sucesivos estados de alarma declarados en 2020”, en *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, José Tudela Aranda (coord.), Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.
- Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCÍA MAJADO “Derechos fundamentales, derecho de excepción y derecho administrativo de excepción”. *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 61. 2022.
- Luis PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate. 1990.

- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (2021) “La terrible confusión entre limitar y suspender derechos” en Agenda Pública de 5 de julio de 2021. <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos>
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO “Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos” en *Estado de alarma y Constitución*. CEPC. 2022.
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Estado autonómico y lucha contra la pandemia” en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons. 2022.
- Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI. “Sobre el rango de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma” en *Las fuentes del derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón* (CEPC 2022). Fundación Manuel Giménez Abad. 2024.
- Paloma REQUEJO RODRIGUEZ “Teoría vs. Práctica del estado de alarma” en *España en Constitución y democracia: ayer y hoy Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitat, Vol. 2. 2012.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. 2022.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ “La delimitación y características de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 126. CEPC. 2022.
- Francisco RUBIO LLORENTE “La libertad de empresa en la Constitución”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas. 1996.
- Nils SCHAKS “Democracy and (the essential content of) fundamental rights: marching in line or precarious balancing act?”, *Law, Democracy and Development* vol. 23 Cape Town. 2019.
- Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA “Los límites de los derechos y el sistema normativo”. *Derecho Privado y Constitución* núm 17. 2003.
- Germán TERUEL LOZANO “Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19 presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional” en *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant Lo Blanch. 2022.
- Francisco VELASCO CABALLERO “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)*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2020 a.
- Francisco VELASCO CABALLERO “Medidas “individualizables” frente a medidas “generales” en la lucha contra la COVID-19: una respuesta a Javier Barnes”. 2020 b en <https://franciscovelascocaballero.wordpress.com/>
- Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, Benito ALÁEZ CORRAL, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, Francisco BASTIDA FREIJEDO y Miguel PRESNO LINERA *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. 2004.