

Los casos difíciles en el Estado de derecho

Antonio Manuel Peña Freire

El interés por los que denomino casos difíciles del Estado de derecho surge en el marco de una línea de trabajo que me ocupa desde hace algún tiempo y que parte de la premisa siguiente: es preciso pensar en el derecho desde el punto de vista de la legalidad para concebirlo no solo como un sistema de normas, sino también como un orden social; es decir, como un modo en el que los seres humanos pueden relacionarse entre sí y con quienes los gobiernan, definido en función de la necesidad de que su comportamiento esté gobernado por reglas —esto es, precisamente, lo que convierte a una relación en una relación de legalidad—. Un orden jurídico existirá cuando la relación de legalidad sea el tipo de relación dominante en aquellas cuestiones que habilitan a una reacción formal de las autoridades a manera de respaldo o reproche de los comportamientos y pretensiones de los individuos, en función de que se correspondan con las normas establecidas.

La adopción de esa premisa hace que problemas que se creían resueltos o que parecían tener solo un abordaje teórico se vean ahora desde una perspectiva distinta. Eso es precisamente lo que ocurre con la distinción entre casos fáciles y difíciles. En el origen del interés de la filosofía del derecho por esa distinción, como es sabido, está el trabajo de Herbert Hart (1961) acerca de la indeterminación jurídica y la textura abierta del derecho, contenido en el capítulo VII de *El concepto de derecho*, a partir del cual se popularizó la referencia a casos fáciles —que son aquellos para los que el derecho ofrece una solución clara—

y difíciles —que son aquellos en los que el derecho se muestra indeterminado—.

El planteamiento fue muy influyente con posterioridad entre quienes sostenían una concepción positivista del derecho, que se interesaron, de modo fundamental, por dos tipos de casos difíciles: 1) los casos normativamente difíciles, en los que el derecho, por contener antinomias, lagunas o indeterminaciones, no ofrecía la información necesaria para afirmar de manera concluyente cuál era la calificación jurídica de una acción —en qué condiciones exactas estaba prohibida o permitida, por ejemplo— y 2) los casos epistemológicamente difíciles, que son aquellos en los que el derecho sí ofrecía esa calificación, si bien su identificación no era una tarea sencilla en lo intelectual, pues requería de un cierto esfuerzo integrador, sistematizador o interpretativo del material jurídico, cuyo resultado, no obstante, era siempre la única respuesta jurídica correcta para el caso.

Esos últimos son, dicho de otro modo, casos que no están resueltos en un artículo concreto de un texto legal claro y determinado, si bien ello no significa que estén jurídicamente indeterminados, pues el derecho les tiene una solución, aunque encontrarla exige una integración de diversos textos legislativos o una lectura concienzuda de sus disposiciones, de la cual, al final, llegamos siempre a una solución que, justificada de manera debida, se prueba como la única jurídicamente correcta.

En cualquier caso, el positivismo hartiano se interesó por esos dos tipos de casos difíciles, con lo que presupone en todo momento una concepción del derecho como sistema jurídico; en concreto, asumir que el derecho es un lenguaje y las normas jurídicas son las proposiciones que lo forman, por medio de las cuales la autoridad comunica directrices de comportamiento a los individuos. Como se observará, ese supuesto explica de manera perfecta por qué el análisis de los iuspositivistas de los casos difíciles estuvo, fundamentalmente, marcado por su preocupación por los problemas de indeterminación que planteaba el lenguaje del derecho, es decir, que tuvo, ante todo, una dimensión semántica.

Recientemente, el foco de interés en torno a los casos difíciles ha variado porque el positivismo hartiano entró en un relativo declive, ya que han aparecido nuevas teorías con inquietudes filosóficas distintas

acerca del derecho. Me referiré, en particular, al neoconstitucionalismo y al pospositivismo.

Son teorías del derecho que surgieron cuando se popularizó la convicción de que el derecho está formado por principios, además de por reglas. Los principios, originariamente morales, pasaron a ser parte del derecho, bien por estar previstos de manera expresa en las constituciones, bien por estar implícitos en los razonamientos con los cuales los juristas aplicaban las normas jurídicas, sobre todo en los casos difíciles. En cualquier caso, según los neoconstitucionalistas y pospositivistas, la incorporación al derecho de un cierto contenido moral —en forma de principios, insisto— tiene consecuencias teóricas importantes y afecta las razones por las cuales la filosofía del derecho debe interesarse por los casos difíciles.

Para dichas teorías, los casos difíciles aparecen no solo porque el derecho está indeterminado desde un punto de vista lingüístico; la existencia en el derecho de principios originariamente morales da lugar a la aparición de una nueva categoría: los casos moralmente difíciles. Son casos moralmente difíciles aquellos en los que el modo en que está calificada de manera legislativa una acción no resulta moralmente aceptable. Y a diferencia de lo sostenido por el iuspositivismo, desde el punto de vista del neoconstitucionalista o pospositivista, esto no es un asunto ajeno o externo al derecho, sino un problema con una dimensión jurídica importante.

Si nos atenemos a la tesis que Alfonso García Figueroa expone en su obra *Criaturas de la moralidad* y en algún trabajo posterior (2009, 2011), existen casos difíciles en el derecho, cuya dificultad no surge, por así decirlo, por razones endógenas —es decir, lingüísticas o semánticas—, sino por la complejidad de la relación entre el derecho y la moralidad. García Figueroa refiere, en primer lugar, la existencia de casos moralmente difíciles y legalmente fáciles; es decir, casos moralmente difíciles que el derecho hace fáciles: dichos casos presuponen nuestra discrepancia a propósito de la calificación moral de ciertas prácticas o acciones, que es una consecuencia del hecho de vivir en sociedades éticamente pluralistas, en las cuales no existe una moral homogénea con la que todos estemos alineados de manera uniforme y que resuelva, en un sentido único, todos aquellos asuntos que nos resultan moralmente controvertidos.

Los casos difíciles en el Estado de derecho

Como es común que cada uno de nosotros tenga su opinión moral acerca de la legitimidad o ilegitimidad de todo tipo de prácticas y acciones, el derecho es una herramienta útil para permitirnos convivir y coordinar nuestras acciones. Sus normas, en medio de esa confusión moral, estarían llamadas a señalar soluciones fáciles y a proveer a los operadores jurídicos, fundamentalmente a los jueces, de referentes claros para poder zanjar las disputas que se planteen entre los individuos sobre todos esos asuntos en los que la moral no ofrece una respuesta única. Sin embargo, no es verdad que la moral sea un terreno en el que reinan de forma exclusiva la controversia y la confusión, que solo se ve iluminado cuando lo alumbra el derecho, y, por eso, García Figueroa también refiere la existencia de casos moralmente fáciles pero legalmente difíciles; son casos en los que la solución jurídica se muestra moralmente inapropiada, por lo general, cuando esa solución legal que parecía moralmente acertada en abstracto se complica en un caso específico en el que se demuestra inmoral.

Quizá el mejor ejemplo de los casos legalmente difíciles y moralmente fáciles sea el caso Noara, un asunto judicial que se planteó en Sevilla, España, en 2007. Ocurrió cuando una bebé nació con un problema hepático grave que amenazaba su vida y se constató que necesitaba un trasplante de hígado urgente para sobrevivir. Pronto se encontró un donante médicamente apropiado: el hígado de la madre era compatible de manera plena con el de la bebé y, por supuesto, la madre accedió a la donación. Pero existía un problema legal: la madre no había cumplido 18 años —le faltaban apenas unos meses— y, según la ley española de trasplantes, está prohibido que los menores de edad donen sus órganos, incluso si la donación es voluntaria. De forma legal, ninguna autoridad podía autorizar la donación de un pequeño trozo de hígado de la madre de la bebé a su hija ni ningún médico llevarla a cabo, pese a que eso supondría la muerte de la pequeña.

Tal caso, según el análisis de García Figueroa, es moralmente fácil: si nos preguntasen qué deberíamos hacer *moralmente* en ese supuesto, creo que todos responderíamos que la vida de la bebé es un bien moral básico y que hay que evitar, como sea posible, que se pierda. En una situación como esa, en la que hay un hígado disponible de una persona que no tiene ni la más mínima duda de que quiere donarlo y que, además,

es la madre de la bebé que lo recibirá, la verdad es que moralmente el asunto no plantea demasiada dificultad.

En origen, la solución legislativa, según la cual esa donación estaba prohibida, era fácil, pero, en el caso en cuestión, devino compleja. Una prohibición taxativa —se prohíbe que los menores donen sus órganos en todo caso—, que parecía justificada en abstracto, se tornó intolerable cuando, en un caso concreto, llevarla a la práctica supondría la muerte de una bebé que podría salvarse mediante un procedimiento quirúrgico relativamente sencillo.

A partir de esa idea, de una solución legal fácil en abstracto, pero que, cuando se tiene que aplicar a circunstancias específicas, se torna moralmente intolerable, los neoconstitucionalistas han llegado a la conclusión de que en un Estado constitucional, con derechos fundamentales y cuya Constitución contiene principios morales —bien expresos o implícitos—, toda norma jurídica, por clara que sea y por determinantes que sean sus previsiones, es derrotable; es decir, contiene determinadas excepciones implícitas que no pueden enumerarse de antemano.

Toda ley, por así decirlo, estaría sujeta a una excepción moral. La ley, en el caso antes referido, vendría a decir algo así como “se prohíbe a los menores donar órganos” —esa sería su parte expresa—, a no ser que, en circunstancias específicas, se compruebe que la prohibición es moralmente insostenible o intolerable, en cuyo caso la solución legislativa puede alterarse y la prohibición, convertirse en un permiso —y esta la parte implícita—.

Dicha conclusión ha permitido a un neoconstitucionalista como García Figueroa afirmar que los ordenamientos jurídicos —al menos de los estados constitucionalizados— son sistemas de normas que aspiran a ser optimizados moralmente o que el razonamiento jurídico se caracteriza por contener una cierta disposición a la corrección moral. Ello es una forma de decir que jurídicamente no es correcto resolver de manera injusta, por lo que en algún sentido se habría demostrado que el derecho y la justicia están conceptualmente conectados.

Hasta aquí el análisis que el positivismo, por un lado, y cierto neoconstitucionalismo, por otro lado, han hecho de los casos difíciles.

Como dije, los casos difíciles me interesan desde la perspectiva del Estado de derecho, es decir, desde la concepción del derecho que to-

Los casos difíciles en el Estado de derecho

ma en serio la idea de legalidad. Desde esa óptica, lo que propongo es volver a pensar esos casos presuponiendo que el derecho es, además de un conjunto de reglas más o menos autónomo de la moral, un modo de gobierno o de control social en el cual lo que se pretende es someter al gobierno de normas el comportamiento de los individuos. Eso debería llevarnos a repensar casos como el de Noara, para considerar en qué medida el hecho de que los solucionemos de una manera o de otra afecta a la integridad del Estado de derecho; es decir, perjudica la realización del propósito del derecho de lograr el gobierno mediante reglas del comportamiento humano.

Según ese punto de vista, el derecho existe cuando los seres humanos vivimos en un Estado de derecho; es decir, cuando nuestras acciones están gobernadas por reglas y cuando somos responsables de nuestros actos o se nos sanciona si se demuestra que hemos incumplido alguna de las reglas. Ese modo de convivir o gobernar, desde mi punto de vista, en sí es moralmente valioso. El Estado de derecho es un bien moral como tal y no solo cuando lo que dispone es bueno. El derecho no solo es justo cuando las disposiciones que lo forman son justas, porque, entendido como manera de gobernar las sociedades humanas o modo de relacionarse de los miembros de las sociedades humanas, presenta una dimensión de justicia en la medida en que es una expresión del intento de realización de ciertos valores morales que definen su forma.

Explicar por qué esto es así no resulta fácil, ya que exige dar cuenta de una concepción del Estado de derecho y de la aplicación judicial del derecho que es muy compleja y que está alejada de algunos de los planteamientos dominantes acerca del tema. Intentaré hacerlo resumiendo sus planteamientos fundamentales y, luego, pasar a ilustrarla como referencia a un ejemplo con el que espero que queden aclaradas las tesis que deseo comunicar.

Como he dicho, desde mi punto de vista tiene valor moral que, de ordinario, los jueces resuelvan los casos conforme a las normas anunciadas y no a otros referentes —por ejemplo, por determinación moral directa—, incluso cuando recurrir a dichas soluciones permitiría alcanzar unas más justas que las que se siguen de la aplicación de las normas en algún caso específico. La razón es que la construcción del orden social, de acuerdo con el principio de que ha de aplicarse regu-

larmente la ley, es un valor moral como tal. Se percibe esa relevancia moral cuando se comprueba que el Estado de derecho es una forma de organizar la convivencia cuya existencia es una expresión del respeto a los siguientes valores morales:

- 1) Reducción de la violencia. Donde hay derecho, la violencia está monopolizada y no está extendida socialmente, ya que solo pueden recurrir a ella las autoridades oficiales que reclaman para sí el monopolio de su ejercicio legítimo y que es tanto más real cuanto más efectiva sea la pretensión formulada por los poderes públicos y sus agentes.
- 2) Constitucionalización del ejercicio de la violencia. Las autoridades que reclaman su monopolio legítimo no pueden hacer un uso arbitrario de la violencia, ya que su despliegue está constitucionalizado, en el sentido de que esas autoridades no pueden proyectarla hacia los individuos por capricho o conveniencia, sino solo cuando se han incumplido las normas establecidas y en las condiciones determinadas en esas normas.
- 3) Limitación del poder del gobernante. Los gobernantes están limitados por las normas que les autorizan la aplicación de la coacción sobre los individuos, pues, al estar la legitimidad de esa reacción condicionada a que se demuestre que el individuo incumplió las normas, también está prohibida para el caso de que las hubieran cumplido, lo que crea zonas de inmunidad frente al poder coactivo del Estado, en las que los individuos pueden llevar su vida con seguridad.
- 4) En un Estado de derecho, además, el gobernante se interesa exclusivamente por el modo en el que nos comportamos, pues pretende gobernar nuestras acciones mediante reglas; no se interesa por lo que somos ni debería sancionarnos por lo que han hecho otros si no tenemos capacidad rectora en sus actos.
- 5) En un Estado de derecho, en la medida en que dependamos de las reglas, no dependemos —directamente al menos— de la voluntad de nadie; no podremos ser condenados o absueltos en función del apoyo social que la causa de nuestra acción recabe o de lo que convenga a quien nos juzga o del interés de quien gobierna, sino que nuestra conducta merecerá respaldo o reproche exclusivamente en función de que se corresponda con una regla anunciada, que es

algo distinto tanto de la voluntad de quien la dio como de la de quien está llamado a apreciar su infracción.

Todos esos valores se ven realizados cuando se gobierna, mediante reglas, el comportamiento humano y cuando se solucionan los conflictos y las pretensiones de los individuos conforme a lo que las normas disponen.

No ocurre así, sin embargo, si resolvemos de otro modo, por ejemplo, cuando nos parece conveniente para lograr un objetivo dado, o como deseáramos caso por caso, o como se reclama socialmente en supuestos específicos. Cuando vivimos en un Estado de derecho, lo hacemos en un marco en el que esos bienes morales citados se respetan y nos beneficiamos de esa situación. Y de eso nos vemos privados cuando nos relacionamos o nos gobiernan de un modo distinto. En ese marco, lo que me parece reprochable del modo en que se presentan casos, como el de Noara, es que los planteamientos neoconstitucionalistas y pospositivistas no han tomado suficientemente en consideración la dimensión moral implícita a la legalidad misma.

Volvamos al caso Noara. ¿Todo lo anterior quiere decir que yo me habría negado a que a Noara se le hubiese practicado el trasplante? Rotundamente, no. Lo único que sugiero es que cuando resolvemos un caso así con esa concepción del Estado de derecho en mente, nos damos cuenta de que hay más principios en conflicto que los inicialmente sugeridos en la presentación del caso; no se trata solo de garantizar la protección de los menores, en general, impidiéndoles tomar decisiones para las que no podrían ser maduros acerca de sus propios órganos, sino de proteger el derecho a la vida de toda persona y, en particular, del bebé.

Hay un tercer principio en juego implícito en el valor de la legalidad mismo: es importante tener en cuenta también que la aplicación de la norma establecida es en sí moralmente valiosa, muy independiente del valor moral que su solución abstracta o su aplicación a un caso concreto nos merece. Dicho de otro modo, la solución del caso, según lo señalado de manera precisa por la regla, tiene un valor moral con independencia de lo que esa norma disponga o suponga. Cuando, en lo que llamo un caso difícil del Estado de derecho, nos vemos en la necesidad de inaplicar una norma legal, distorsionándola o suspendiéndola,

para evitar causar un injusto, tenemos que ser conscientes de que estamos lesionando un bien moral —el valor del Estado de derecho— para evitar un daño superior a otro bien distinto que en ese caso ha entrado en conflicto con el valor de la legalidad.

Intentaré ilustrar aún mis tesis refiriéndome a otro caso que fue muy mediático en España y que se conoció como el caso La Manada, en el que se juzgó a cinco jóvenes que fueron condenados por la Audiencia Provincial de Navarra por abusar sexualmente de una chica, con la pena de 9 años de prisión, que luego fue elevada hasta los 15 años por el Tribunal Supremo español, el cual consideró que existió agresión y no solo abuso.

Numerosos opinadores y “expertos” criticaron las sentencias, sobre todo la primera. Objetaron las resoluciones judiciales y propusieron soluciones alternativas a las que, según los tribunales, se seguían de las normas establecidas. Señalaron desde el principio, a los pocos minutos de conocido el primer fallo, que los jueces no habían decidido de forma correcta y que los acusados merecían un reproche mayor que el declarado judicialmente. El fundamento de esas pretensiones era variado: estaban quienes apuntaban a la necesidad de tomar en consideración el modo de vida de los condenados y quienes señalaban la necesidad de atender al enorme rechazo social que el caso había suscitado y a las proclamas de las multitudes congregadas a las puertas de las sedes de los tribunales de justicia.

Me pareció paradigmático el argumento de Rafael Mateo Ros,¹ jurista que afirmó resueltamente que la primera calificación penal era errónea y la pena, insuficiente, porque, a su juicio, los hechos eran constitutivos de agresión sexual, ya que

en un país en el que en 2017 se han confirmado 44 asesinatos de mujeres por violencia de género, el tribunal podía haber interpretado perfectamente que se cumplía el elemento de la agresión sexual (violencia o intimidación) previsto.

Permitan detenerme en este último argumento: implica que sostener que el reproche judicial que ha de corresponder a unos hechos

¹ <http://agendapublica.elpais.com/la-manada-la-hora-de-las-responsabilidades/>.

puede depender de la frecuencia con la que otros miembros del grupo cometen hechos como los juzgados; es decir, que si uno ha de ser condenado por abuso o agresión sexual, o a 5 o 10 años de prisión, dependerá no de la correspondencia entre su acción y la descrita en un tipo penal taxativo, sino del número de delitos similares al que uno ha cometido que se vienen perpetrando en el grupo. Si el año ha sido malo y violento, las acciones no violentas podrían ser consideradas violentas, con lo cual merecerían una pena mayor y, en cambio, si el año ha sido bueno, porque, por ejemplo, no hubo demasiados delitos contra la libertad sexual, los jueces estarían habilitados para moderar su rigor justiciero.

Optar por soluciones como las citadas, es decir, atender al clamor social que reclama castigo o una pena más severa para declarar la culpabilidad o cuantificar la pena o tomar esa misma decisión en función del estilo de vida del acusado y no estrictamente de lo que ha hecho o depurar las responsabilidades penales de un individuo según la estadística criminal del año presente o pasado, me parecen dislates jurídicos y políticos.

Quizá cualquiera de dichas soluciones, adoptada según esos cuestionables criterios, nos habría reconfortado puntualmente, al permitirnos alcanzar una solución *justa* en el caso. Pero, incluso en ese supuesto, debemos considerar que esa solución —a primera vista— justa es injusta desde otro punto de vista relevante. Porque es justo que a los individuos se nos condene o se nos absuelva en función de si hemos cumplido o incumplido con las normas establecidas, y no es justo que se nos condene porque somos desagradables o porque así se logra cierto objetivo social o porque de ese modo se satisfacen los deseos *de justicia* de la opinión pública.

Es justo resolver según las normas, porque eso perfecciona el Estado de derecho y realiza los valores que lo constituyen, mientras que cualquier solución alternativa violenta esos valores y nos impide vivir en un marco, el Estado de derecho, que pacifica las sociedades, limita al poder que nos gobierna y garantiza nuestra autonomía e independencia.

Defiendo, por lo tanto, que los llamados casos legalmente difíciles y moralmente fáciles se deben resolver, de modo normal, aplicando la ley, y que si no lo hacemos en alguna ocasión específica, debemos, al menos, ser conscientes del coste moral de no hacerlo. Y lo defiendo por

razones morales: porque es una manera de rendir tributo a los valores morales que constituyen al Estado de derecho y no el efecto de ningún tipo de sacralización de la ley o del poder que la promueve.

Los valores constitutivos del Estado de derecho no existen para mayor gloria del poder, sino para proteger a los individuos de otros y de quienes los gobiernan, al asegurar el exclusivo sometimiento de cómo comportarse al gobierno de reglas. Insisto, no es que yo venero la ley como consecuencia de ningún tipo de legalismo ideológico, según el cual las leyes son justas por definición. Lo único que sostengo es la necesidad de reconocer el valor moral de la legalidad como forma de gobierno, que es independiente del valor moral de las soluciones a las que apuntan las leyes. Lo que se preserva cuando resolvemos casos fáciles o difíciles conforme a las leyes es el Estado de derecho; son los valores que lo constituyen los que fundamentan la afirmación de quien sostiene que las leyes tienen que ser aplicadas.

Incluso así, sigue siendo cierto que, excepcionalmente, podrían ignorarse las leyes para evitar cometer una gran injusticia, conscientes siempre de que estamos provocando un daño al Estado de derecho, que se nos antoja asumible en el caso. Algo así es lo que sucede en el caso Noara, en el que el daño que causa ignorar la solución legal se ve compensado por el hecho de que salvamos a la bebé.

Sin embargo, eso no sucede solo en casos como el de Noara, es decir, en casos difíciles del Estado de derecho, en los que nos vemos en la obligación de elegir entre la legalidad y la justicia. Sucede también en los que denominaré —inspirado por Manuel Atienza (1997)— casos trágicos del Estado de derecho, en los cuales, de nuevo, la ley podría ser ignorada, pero no para realizar algún valor que asociamos con la justicia general, sino para no infligir daño a los valores del Estado de derecho; esto es, a los valores que se ven realizados cuando aplicamos las leyes.

Permítanme explicar esa aparente paradoja que se da en los casos trágicos del Estado de derecho: la dificultad de dichos casos consiste en que es la propia legislación la que se convierte en una amenaza para el Estado de derecho; es decir, es la que nos aleja de los valores que definen a aquel. Algo así podría ocurrir si, por ejemplo, se aprueba una ley que autoriza juzgar a los individuos con mayor o menor severidad en función de rasgos de su carácter y no en función de lo que han hecho, o

si, por ejemplo, se priva a cierta categoría de individuos del derecho de justificar que sus actos no son incompatibles con las normas dispuestas, o si se decreta legislativamente que todas las pretensiones que formulen los miembros de cierta categoría de individuos están siempre jurídicamente justificadas, o que lo que digan es siempre verdadero, muy independiente incluso de la razonabilidad de las pruebas y los argumentos de quien lo cuestiona.

¿Qué hacemos en los casos en que son las leyes, por su contenido, las que no perfeccionan el Estado de derecho, porque lo deterioran, socavan y constriñen? Como he intentado explicar, no estoy defendiendo una aplicación incondicional de la ley, sino una aplicación de la ley, porque así se satisface el Estado de derecho y, en los casos en que es la ley la que le lesiona sus valores, debe ser ignorada, corregida o suspendida por quien se dice comprometido con el proyecto del Estado de derecho. Un juez comprometido con aquel debe aplicar la ley siempre, pero ese juez, ante un caso trágico del Estado de derecho, debe ignorarla para seguir sometido a derecho y para no hacer la injusticia que se comete cuando se vulneran sus valores constitutivos.

Me permito elaborar un caso imaginario basado en el caso La Manada antes referido para ilustrar la tesis. Supongamos que, después de la sentencia que siguió a ese desgraciado episodio y vista la dificultad para acreditar lo sucedido en episodios de ese tipo, se hubiera aprobado una ley estableciendo que la declaración de quien se dice víctima de una agresión sexual es prueba suficiente de que la agresión se ha cometido y de que la ha cometido quien se afirma que la ha cometido. Esa es la traducción legislativa de lo que defienden quienes sostienen que, a toda mujer que afirme que ha sido violada, hay que creerle siempre —“yo sí te creo, hermana”—, excluyendo de raíz la posibilidad de que su relato no sea verdadero, porque es consistente con otros hechos acreditados o porque contiene contradicciones internas o porque existen motivos razonables para pensar que podría obedecer a motivaciones inconfesables.

¿Cómo deberían decidir los jueces de un país imaginario donde se ha legislado que a quien denuncia una violación se le ha de creer siempre con independencia de que la parte acusada demuestre que su conducta no es incompatible con ninguna norma del derecho, es decir, con independencia de que el acusado demuestre que no cometió ningún

delito? Una respuesta sencilla a ese problema es la que apunta a la necesidad de que los jueces garanticen la presunción de inocencia que de manera típica reconocen nuestras constituciones: el derecho constitucional a la presunción de inocencia es efectivamente incompatible con reconocer que la palabra de las mujeres o de los miembros de cualquier otro grupo étnico o social es verdadera siempre. Esa es una respuesta sencilla pero frágil, pues depende del hecho contingente de que tal derecho esté reconocido en la Constitución. Junto a ella hay una razón más profunda: una disposición legislativa como la imaginada es incompatible con el Estado de derecho.

En el Estado de derecho se exige que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas y que la responsabilidad del individuo por sus acciones se dirima exclusivamente en función de las reglas anunciadas. Y cuando la palabra de una persona es razón suficiente para que otra sea condenada, entonces la persona no depende de las reglas establecidas, sino de la palabra de quien lo acusa. Después de la aprobación de esa ley imaginaria, cualquier persona señalada como agresor por una mujer debería ser condenada como si hubiera infringido una norma, por muy acreditado que estuviese que no lo hizo. En la parte que dice *mujer y agresor* pongan *blanco y negro* o *ario y judío* y percibirán la relevancia de lo que algo así supone.

Ese asunto imaginario es un ejemplo de caso trágico del Estado de derecho, porque, en este, el contenido de la ley, cuya aplicación regular exigen los valores del Estado de derecho, es contrario a esos mismos valores. La aprobación de esa ley imaginaria es una cancelación parcial del Estado de derecho y plantea un caso trágico porque al juez, por un lado, se le exige que aplique las leyes para respetar el Estado de derecho, pero, por otro lado, la ley que tiene que aplicar lo deteriora y lo suspende.

Como he dicho, quien sea juez, para seguir siéndolo, debería, en un caso así, inaplicar la ley. Queda claro, por cierto, que eso es lo que debe hacer un juez para seguir siéndolo desde un punto de vista teórico o conceptual; es lo que debe hacer quien quiere seguir siendo una instancia del concepto de juez, entendido como aquel agente del Estado de derecho que contribuye a su realización mediante la resolución de los conflictos y las pretensiones de los individuos conforme a las reglas establecidas.

Los casos difíciles en el Estado de derecho

Otro asunto es, obviamente, lo que tendría que hacer alguien para seguir perteneciendo a un determinado cuerpo de funcionarios del Estado y para seguir ingresando mensualmente su nómina; es decir, para seguir siendo juez. No se debe olvidar que no todos los jueces, por muy togados que vayan y por mucho que con sus actos reproduzcan los rituales típicamente judiciales, en realidad son jueces: no lo eran, desde luego, los comisarios políticos del nacionalsocialismo que juzgaban a los individuos en función de lo que les exigían los nazis o en función de lo que ellos mismos suponían que al Führer complacía.

En definitiva, es justa la aplicación de las leyes por los jueces y es justo que estén obligados a aplicarlas. Esa obligación solo parece tener dos excepciones. La primera es la que se plantea cuando nos hallamos ante un conflicto grave entre la legalidad y la justicia, como sucedía en el caso Noara, que nos lleva a considerar la necesidad de ignorar la ley y a suspender el derecho para no provocar un daño irrenunciable a la justicia, si bien es importante ser consciente en todo momento de que, en casos como esos, no se realiza el derecho, sino que se suspende. La segunda excepción es la que se daría en los casos trágicos del Estado de derecho, en los que se suscita un conflicto entre la ley y el Estado de derecho, y en los que nos vemos sometidos a la durísima prueba de reclamar la inaplicación de la ley para no suspender el derecho.

Constitucionalismo contemporáneo y restricción de derechos fundamentales

Este apartado pertenece a la obra
Tiempos de pandemia. Diálogos sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, la cual es acervo del TEPJF.

Crisis sanitarias, estados excepcionales y suspensión de derechos. Reflexiones a la luz del caso español

Francisco Javier Díaz Revorio

La pandemia de la COVID-19 que ha afectado a gran parte de los países del planeta ha puesto sobre la mesa, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, un problema clásico pero que, por fortuna, no se plantea habitualmente en la práctica; esto, porque es uno que tiene que ver con las situaciones excepcionales y cómo en estas se hacen necesarias restricciones más intensas de los derechos, las cuales en ocasiones pueden conllevar incluso su suspensión. Obviamente, estas posibilidades excepcionales han de encontrar, en cada caso, la oportuna cobertura constitucional y han de aplicarse, tanto en su declaración como en lo relativo a las medidas por adoptar, de acuerdo con criterios de proporcionalidad.

En este contexto cobra particular trascendencia el concepto de suspensión de los derechos fundamentales, que algunas constituciones prevén de forma expresa, en determinadas situaciones excepcionales, acompañando la correspondiente declaración con preceptos relativos a garantías procedimentales y a controles específicos. En el caso español, ese concepto de suspensión se convierte en un pilar fundamental para entender la regulación constitucional de los estados excepcionales (contenida en los artículos 55 y 116 de la norma fundamental, así como en la Ley Orgánica [LO] 4/1981, que desarrolla estos preceptos). Lo anterior, debido a que hay tres estados excepcionales: de alarma, de excepción y de sitio, pero solo en los dos primeros cabe constitucional-

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

mente la suspensión de (algunos) derechos fundamentales, y es imposible una medida de ese tipo con la declaración del estado de alarma.

Pues bien, frente a la rápida expansión de la epidemia del coronavirus, el gobierno optó por la adopción de determinadas medidas excepcionales y, para ello, declaró el estado de alarma. Una de estas medidas fue un confinamiento domiciliario estricto (aun con muy limitadas excepciones, como enseguida veremos). Por eso, desde la publicación del Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, que declaraba el primero de los tres estados de alarma que vivimos en España en 2020 (reformado parcialmente por el Real Decreto 465/2020, del 17 de marzo, y luego prorrogado por el Real Decreto 476/2020, del 27 de marzo), se produjo un intenso debate —sobre todo en medios de comunicación, redes sociales y, más tarde, algunas publicaciones especializadas—, entre los especialistas en la materia, acerca de la cuestión apuntada.

En las siguientes páginas trataré de resumir mi posición en ese debate; es decir, intentaré dar respuesta a la cuestión de si un confinamiento domiciliario estricto y generalizado constituye una suspensión del derecho a la libertad de circulación, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Española (CE). Por el gran respeto y admiración que siento por los colegas que se han pronunciado en torno al tema, incluidos, desde luego, los que se han expresado en sentido parcial o totalmente diferente, me he decidido a escribir con algo más de profundidad los argumentos que defienden mi posición y que, en buena medida, se han ido fortaleciendo gracias a la participación en este debate y a la lectura atenta de todos los textos y opiniones que he tenido a mi alcance. De hecho, en buena parte, este trabajo es tributario del intercambio de opiniones e ideas, por correo, teléfono o redes sociales, con algunos de dichos colegas, aunque aquellas no siempre coincidan.¹ Debo decir que he realizado esa lectura no solo con la mente abierta y plena disponibilidad para cambiar o matizar mi opinión, sino, en cierto grado, con un deseo de hacerlo, pues siempre es más difícil justificar la crítica a una norma que ha contado, como es conocido, con un amplísimo aval en el Congreso, de cara a la prórroga de las

¹ Quiero citar expresamente a Alfonso García Figueroa, José Manuel Vera Santos, Carlos Vidal Prado, María Luz Martínez Alarcón, María Elena Rebato Peño, Miguel Ángel Presno Linera, Xavier Arbós y María José Majano Caño, y reconocer mi deuda de gratitud con sus aportaciones.

medidas adoptadas. Sea como fuere, esencialmente sigo pensando lo mismo, pero creo necesario explicar con más detalle mis argumentos y “contestar” aquellos que se expresaron para justificar la corrección de la medida. Es obvio decirlo: me centraré en un análisis jurídico, como hasta ahora he hecho, ignorando cualquier consideración de otro tipo, y no especularé acerca de las intenciones políticas de unos u otros ni tampoco acerca de en qué grado ese apoyo parlamentario muy mayoritario puede tener más o menos peso, a la hora de la verdad, en la justificación doctrinal de la medida. Más allá de que la justicia constitucional tiene sentido precisamente para corregir, muchas veces a instancias de una minoría, las normas avaladas por la mayoría parlamentaria cuando contradigan la Constitución, creo que es importante destacar que no se trata solo de resolver esta circunstancia concreta, sino de plantearnos si en el futuro cualquier gobierno podría prohibir de forma generalizada el ejercicio de algunos derechos durante 15 días sin ningún control político, es decir, sin que el Congreso tenga que autorizarlo ni aprobarlo, aunque es obvio que siempre habría un control jurisdiccional, que casi siempre llegará tarde a este tipo de situaciones.

Por otro lado, voy a llevar a cabo un análisis jurídico de constitucionalidad del artículo 7 del citado decreto, desde una perspectiva general y abstracta y, por lo tanto, sin considerar su interpretación aplicativa, no solo porque, en principio, la mayor o menor “flexibilidad” en su aplicación práctica debería ser irrelevante,² sino también porque para la valoración de esa aplicación faltarían elementos de juicio.

² No obstante, no me resisto a apuntar que, como ya he destacado en algún otro trabajo, en realidad esa interpretación, ya sea general o, muy principalmente, aplicativa, juega un papel relevante en los procesos de control de constitucionalidad y, en particular, en la vía incidental. La norma impugnada es, en realidad y por definición, una norma interpretada por el sujeto recurrente, pero también una norma aplicada no solo (en los procesos incidentales) por el juez a quo, sino por todos los juzgados y tribunales y por todos los sujetos llamados a hacerlo. Al respecto, véase Díaz Revorio (2001). Nunca es descartable, en una hipotética impugnación del decreto, una sentencia interpretativa que condicione su constitucionalidad a una interpretación conforme. Como más adelante se verá en el texto, si se pudiera sostener que el entendimiento del precepto permite una aplicación que posibilita en cada caso llevar a cabo la ponderación entre los principios en juego —de la cual eventualmente podría salir “triumfante” la libertad de circulación en el caso concreto—, me parece que esa solución no sería descartable, en la medida en que permitiera una aplicación “no suspensiva” de tal derecho fundamental; pero, a falta de otros elementos de juicio, y dejando a un lado estas posibilidades, me centraré en la que yo creo que es la interpretación más plausible del artículo 7 de dicha norma.

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

También debo advertir que, con el objetivo de mantener este texto en dimensiones razonables, no profundizaré en las explicaciones de cuestiones básicas acerca de los estados excepcionales en nuestro sistema constitucional español, ni siquiera (a pesar de las necesarias referencias) en torno a conceptos esenciales como el de suspensión de los derechos o el de contenido esencial de los propios derechos. Todo eso ya ha sido objeto de abundante tratamiento doctrinal. Respecto a los estados excepcionales, basta citar las primeras y medulares obras de Cruz Villalón, así como otros trabajos posteriores, que permiten afirmar que la cuestión tiene un tratamiento doctrinal mucho más amplio que jurisprudencial.³ Por lo demás, y aparte del breve artículo de mi autoría citado en primer lugar, he tratado de dar una explicación básica en este video principalmente divulgativo: <https://youtu.be/tazOL6Q4eZw>. Tan solo me gustaría destacar tres ideas fundamentales de mi postura:

- 1) Como ya he apuntado, el decreto que declara el estado de alarma viene a suspender materialmente la libertad de circulación. En esencia, definiendo esto porque el citado artículo 7 establece una prohibición general de circular, aunque prevea algunas excepciones, que a su vez se rodean de requisitos adicionales (como el de circular individualmente, de manera clara tras la reforma aludida al inicio de este texto).
- 2) Como ello no es constitucionalmente posible, caben dos opciones:
 - a) Si (y solo si) las medidas impuestas por el artículo 7 del decreto son necesarias para preservar en esta situación los derechos de la salud o incluso de la vida, estas podrían adoptarse bajo la cobertura del estado de excepción, pues, a pesar de las dudas que

³ Como es sabido, la sentencia clave en el tema es la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, del 28 de abril, que resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la anterior declaración del estado de alarma, producida como respuesta a la crisis generada por los controladores aéreos en 2010. Pero esta decisión no profundiza en la cuestión nuclear de nuestro análisis, como es la diferenciación entre suspensión y limitación de derechos. Su fundamento jurídico 8 se limita a recordar que “a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”, para repasar, a continuación, obviamente sin cuestionamiento alguno, las medidas previstas para este supuesto en la Ley Orgánica 4/1981.

puede plantear la Ley Orgánica 4/1981 (LO 4/1981) respecto al supuesto habilitante, creo que la declaración de dicho estado será posible en la situación actual (repito: si es que las medidas son necesarias), y, por supuesto, es perfectamente compatible con la Constitución.

- b) Si no son estrictamente necesarias, cabe, desde luego, declarar solo el estado de alarma, pero adaptando las medidas a las que serían propias de un supuesto de restricción o limitación de la libertad deambulatoria, y no al de suspensión. Por supuesto, nada impediría que el decreto estableciera límites o restricciones a la libertad de circulación, pero en tal caso se partiría de un principio general de libertad de circulación y se establecerían medidas que implicaran “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, que es exactamente lo que dice el artículo 11, inciso a, de la Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio.

La experiencia de algunos países que han luchado con buenos resultados contra el coronavirus, como, por ejemplo, Corea, apunta a la idea de que tal vez sea posible conseguir esos resultados sin el confinamiento obligatorio de la población, siempre que se establezca otra serie de medios y se adopten las medidas adecuadas, algunas de las cuales, desde luego, restringen la libertad de circulación. Pero ahora no profundizaré en este asunto. Lo único que quiero apuntar es que mi postura no conduce necesariamente a la declaración del estado de excepción, sino solo si se juzgan imprescindibles las medidas establecidas en el artículo 7 del real decreto.

- 3) Algunos autores, como Flores Juberías, han destacado también la posible suspensión de otros derechos o las enormes restricciones derivadas de las diversas medidas adoptadas desde la declaración del estado de alarma. Al ser, a mi juicio, el supuesto más notorio el de la libertad de circulación, no abordaré esas otras medidas desde la perspectiva de la posible suspensión de derechos. Sí me permito decir que hay, me parece que de forma clara, una suspensión, en este caso material e implícita, de la libertad de reunión y de manifestación, pero como esta es una consecuencia ineludible

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

de las medidas adoptadas respecto a la libertad de circulación, centraré mi razonamiento en esta última.

Dicho lo anterior, a continuación adoptaré la siguiente metodología: voy a tratar de exponer, de la manera más precisa posible, las críticas que los principales autores han realizado a lo que podemos denominar la tesis de la suspensión, para tratar de responderlas con argumentos, siempre con el mayor respeto a todas las posturas y, desde luego, a quienes las han plasmado.

- 1) Antes de entrar en la crítica de los principales argumentos ofrecidos, me gustaría realizar un comentario general, que creo que afecta a la mayoría de ellos. Considero que estos argumentos tienden a interpretar la Constitución de conformidad con la ley, y no la ley de conformidad con la Constitución, que es lo que debería hacerse. Deberían primar los argumentos constitucionales y aplicarse al entendimiento de la ley, y no al revés. Digo esto porque, como vamos a ver a continuación, y sin perjuicio de algunas consideraciones más generales, los principales argumentos se centran en que las medidas adoptadas por el decreto encuentran (supuestamente) amparo en otras leyes, como la Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad (LGS) o la Ley Orgánica 3/1986, del 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP), de manera que no pueden implicar suspensión, sino mera restricción. Pero lo que hay que hacer, como voy a desarrollar más adelante, es interpretar esas leyes de conformidad con la Constitución (artículos 55.1 y 53.1), y creo que de esa interpretación se va a deducir que no pueden amparar dichas medidas, porque precisamente eso significaría que aquellas permiten la suspensión de derechos. Se puede argumentar otro tanto respecto al supuesto habilitante, que algunos consideran argumento esencial para decir que no cabe en este caso el estado de excepción, ya que la situación no cabría en las previsiones del artículo 13 de la LO 4/1981, al plantear la cuestión en términos de legalidad y dejar de lado el asunto de si hay o no una suspensión material de la libertad de circulación, que sería contraria a la Constitución.

2) Como ya comentábamos, la cuestión esencial es si las medidas del artículo 7 del decreto en examen suponen una suspensión de la libertad deambulatoria.⁴ Quienes lo niegan suelen argumentar en los siguientes términos, decantándose por alguna de estas alternativas:

a) En primer lugar, están quienes defienden que no hay suspensión del derecho, en la medida en que el decreto permite algunas posibilidades de ejercicio de la libertad de circulación, enunciadas como excepciones a la prohibición general. Creo que en esta línea se encuentra Bastida, para quien

suspender un derecho fundamental es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el decreto declarativo del estado de excepción (o de sitio).

Con sinceridad, creo que si fuera así, prácticamente no podríamos encontrar casos de verdadera suspensión de los derechos. En algunos casos, es simplemente imposible eliminar la totalidad de las manifestaciones del derecho o impedir de forma absoluta su ejercicio. Creo, más bien, junto con Vera Santos, que para hablar de suspensión no es necesario “que el derecho fundamental restringido desaparezca por completo, sino que su ejercicio real sea imposible o quede tan desdibujado que no pueda protegerse”.

De forma más general, uno de los primeros estudios monográficos acerca de la cuestión, llevado a cabo por Paloma Requejo, apuntaba lo siguiente:

⁴ Desde luego, la suspensión es solamente un “escalón” o una barrera en las diferentes escalas o niveles de afectación a los derechos fundamentales, como ha explicado con muy buen criterio Cotino Hueso; sin embargo, a efectos del presente trabajo, es el que nos interesa delimitar, ya que, en todo caso, esta diferente nivelación no es gradual, sino que se trata de situaciones o posiciones diferentes, comenzando por la situación de normalidad y llegando a la suspensión, pero pasando antes por lo que Cotino llama la normalidad excepcional, y luego, por la declaración de excepcionalidad sin suspensión de derechos, como sucede precisamente en el estado de alarma.

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

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

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales debe asegurar, si no quiere ponerse en entredicho, que, incluso allí donde quepa su suspensión, el sacrificio al que se les somete nunca pueda llegar a su total supresión.[§]

Un caso como el presente, de prohibición global en cuanto a situaciones, lugares y personas, del ejercicio de la libertad de circulación, aun cuando tenga alguna excepción, puede considerarse como un caso de suspensión.

Ni mucho menos cabe afirmar que la suspensión deba conllevar siempre la supresión o desaparición del derecho. No solo es que sean categorías teóricamente diferentes, sino que sistemas como el alemán contemplan (aunque en la práctica no se hayan acordado) situaciones de pérdida de algunos derechos fundamentales distintas de la suspensión. Por lo demás, el decreto que regule el estado excepcional del que se trate ha de ser respetuoso no solo con la Constitución, sino también con la regulación general contenida actualmente en la LO 4/1981. En ella queda claro que los supuestos de suspensión de derechos fundamentales previstos para el estado de excepción en

§ Énfasis añadido.

los artículos 16 a 23 no suponen una privación o pérdida total del derecho, que en muchos casos sería además imposible. Comenzando por la libertad de circulación, se establecen prohibiciones (no ya limitaciones, como en el artículo 4), pero no desaparece. Lo mismo cabe decir del secreto de las comunicaciones o de las garantías de la libertad: hay, si se quiere, un retroceso, pero no una desaparición. El artículo 21 de la LO 4/1981, relativo a la suspensión de la libertad de circulación, es especialmente significativo en relación con lo que vengo defendiendo: no es solo que no se suprima la libertad de expresión (por ejemplo, se sigue prohibiendo la censura previa), sino que difícilmente cabe imaginar que la suspensión o el secuestro de toda clase de publicaciones previstas en este precepto pudiese llegar a impedir cualquier tipo de forma o manifestación de la expresión u opinión libre. En suma, si la suspensión equivaliera a la desaparición o supresión del derecho, no solo no habría suspensión de la libertad de circulación en el artículo 7 del decreto, sino, en realidad, en casi ninguna de las medidas previstas en la LO 4/1981 para el estado de excepción. La suspensión sería prácticamente imposible, la previsión constitucional del artículo 55.1 carecería de sentido y, en definitiva, no habría límite a la hora de restringir los derechos en una situación de “normalidad”. Resulta difícil imaginar una suspensión absolutamente global: siempre habría ejemplos y formas no suprimidos. Por lo demás, como destaca Paloma Requejo (Bastida *et alii*, 2004: 225), también en caso de suspensión de los derechos, las medidas adoptadas deberán ser necesarias, adecuadas y proporcionales al fin que se pretende, es decir, “la recuperación de la normalidad perdida”. Por último, al menos en mi opinión, la supresión total implicaría, cuando mínimo en la mayoría de los derechos, una lesión del núcleo intangible de la dignidad, imposible incluso en el caso de la suspensión de un derecho. Así que no es ni mucho menos necesario llegar a la desaparición de todas y cada una de las manifestaciones o facultades en las que consiste un derecho (y a veces eso sería de imposible realiza-

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

ción) para que podamos hablar de suspensión.⁵ En el mismo ejemplo de la libertad de circulación es incluso difícil imaginar una hipótesis de prohibición total y absoluta de todas sus manifestaciones (y, por cierto, si así se diera, creo que finalmente se vería privada también la libertad personal del artículo 17.1). Es importante decir que, en mi humilde opinión y por los motivos apuntados, esta tesis desdibuja tanto la categoría de la suspensión de derechos que la hace prácticamente inútil, innecesaria o vacía de contenido, con el consiguiente riesgo de que, en una situación de normalidad, el derecho pueda verse afectado con tal intensidad que apenas queden algunas manifestaciones residuales de él, sin necesitar para ello que se cumplan los procedimientos y las garantías necesarios para la suspensión. No hay que olvidar que la institución de la suspensión de los derechos es una de las garantías de la Constitución y de los derechos, y lo es precisamente porque impide que la prohibición general del ejercicio del derecho —o el retroceso en concretas garantías— en que dicha suspensión consiste no se pueda llevar a cabo sino en los supuestos y con los procedimientos y controles que la Constitución establece. Sinceramente, me parece que si esto no es un caso de suspensión de la libertad de circulación, parece difícil imaginar un supuesto, real y factible, de dicha suspensión.

- b) Según una segunda postura, no hay suspensión por la existencia de una cláusula analógica en los supuestos exceptuados de prohibición, en el decreto que declara el estado de alarma. Podría decirse que estas posturas suponen una cierta matización

⁵ Por cierto, otro tanto podría decirse de la suspensión individual de derechos que encuentra cobertura en el artículo 55.2 de la Constitución Española. Se trata, en realidad, de un retroceso en determinadas garantías concretas establecidas en los artículos 17.2, 18.2 y 3, que en modo alguno pasan a desaparecer. Esto es compatible, como más adelante veremos, con el hecho de que, en concretos supuestos de ponderación en caso de conflictos entre derechos, uno de ellos ceda, puntual y específicamente, para el supuesto del que se trate. Pero creo que eso es posible solo en el caso de derechos que se entienden como principios, no en el de derechos que consisten básicamente en garantías que actúan como reglas (como el plazo máximo del artículo 17.2 o las garantías judiciales en los artículos 18.2 y 3) y que, justo porque no podrían “ceder” ni siquiera en un caso específico, necesitan la cobertura que da el artículo 55.2 a la suspensión individual.

de las anteriores. Estos autores defenderían que la suspensión no llega a producirse, no tanto porque el decreto exceptúe de la prohibición general algunos supuestos, sino, más bien, porque uno de esos supuestos es una cláusula analógica, que sería suficientemente abierta, hasta el punto de romper la lógica de un criterio o principio general (o regla, para algunos) de prohibición.

Ciertamente, el artículo 7.1 del citado decreto establece lo siguiente:

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

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

Como digo, algunos autores destacan esta noción para tratar de romper la idea de que se trata de una suspensión, que sí se produciría en el caso de una prohibición general, con excepciones muy tasadas. Me parece que Presno Linera, en sus muy interesantes escritos acerca del tema, se sitúa próximo a esta línea, o al menos apunta dicha cláusula como criterio que permite dudar de que haya realmente una suspensión.

Aun si se reconoce que esa cláusula puede introducir un factor de duda, yo creo, sin embargo, que esto no cambia sustancialmente el razonamiento expresado en el párrafo anterior. Más allá de la dificultad para encontrar este tipo de supuestos análogos, teniendo en cuenta que los supuestos exceptuados de la prohibición son concretos y taxativos y que la fuerza mayor ya está anteriormente mencionada, lo que me interesa destacar es que, en todo caso, seguimos hablando de excepciones, es decir, de casos concretos en los que se exceptúa la regla general de prohibición de la circulación. Y si son estrictas las demás excepciones, también lo han de ser los supuestos análogos.

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

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

SH 1-→ CJ 1

SH 2-→ ¿?

La analogía permite aplicar la consecuencia expresamente prevista CJ 1 al SH no previsto SH 2, pero creo que sigue, en líneas generales, el esquema de la subsunción, y no tanto el de la ponderación. Tenemos un supuesto, aunque no expresamente mencionado, y una regla expresamente prevista para un supuesto similar. Es verdad que esa similitud puede implicar, desde luego, un margen de valoración, pero eso no permite —en mi modesta opinión— trasladar en bloque el esquema de la ponderación por el hecho de que haya una previsión de analogía, mucho menos si concordamos en que todos los demás supuestos previstos en el artículo 7.1 responden al esquema de las reglas.

Ciertamente, García Figueroa, a quien agradezco mucho las aportaciones que me ha realizado en el debate acerca de este tema, reconoce realmente que la analogía queda un poco al margen de la dicotomía principios-reglas; y estoy dispuesto a compartir esa idea, toda vez que, en efecto, tal similitud de su-

puestos o “identidad de razón” es un elemento que se escapa también del razonamiento estricto de las reglas.

Pero me parece que la previsión de supuestos excepcionales análogos (que en la práctica parecen difíciles de imaginar y que, en todo caso, tal vez podrían plantearse con independencia de la previsión expresa del decreto)⁶ no alcanza a alterar la idea de que nos encontramos ante una prohibición general (llámese principio o regla general de prohibición).

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

- d) Otros autores sostienen que no hay suspensión porque las medidas adoptadas encuentran cobertura legal en otros preceptos de normas que son aplicables a situaciones en las que no hay suspensión de derechos y que, por lo tanto, dichas medidas, previstas en leyes, inequívocamente no pueden implicar suspensión. En esta línea se pronuncia, por ejemplo, Bacigalupo, quien menciona expresamente el artículo 26.1 de la LGS, el cual dispone que en caso de que

exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen

⁶ Como apunto en el texto, quizá la aplicación analógica de las excepciones previstas en este caso sería posible aun cuando el real decreto no la mencionase, toda vez que no se trata de una analogía en la definición de supuestos sancionables (en cuyo caso iría en perjuicio del ciudadano y sería inadmisibles), sino, justo al contrario, en los supuestos exentos.

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

Asimismo, cita el artículo 3 de la LOMEMSP, el cual dispone que, con el fin de

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

Como antes he sugerido, este razonamiento conduce a interpretar la Constitución de conformidad con la ley, y no al revés. Llegados al extremo (que aquí no se defiende), si esas medidas implicasen la suspensión de un derecho, sin ampararse en los procedimientos y las garantías derivados de los artículos 55 y 116 de la Constitución, serían inconstitucionales; pero no lo son, en modo alguno, porque es perfectamente posible una interpretación de esas leyes de conformidad con ella. Hay que apuntar que un confinamiento generalizado como el que se ha acordado en la actualidad no se prevé expresamente en ninguno de los dos preceptos citados, y no cabría en ninguno de los supuestos que se mencionan, salvo en las cláusulas abiertas finales (“cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”, en la LGS, y “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, en la LOMEMSP). Sin embargo, no hay dudas de que esas cláusulas abiertas no pueden entenderse en el sentido de que habiliten a la autoridad competente para adoptar, sin ningún tipo de límite ni control adicional, cualquier clase de medida, y mucho menos para saltarse límites o garantías constitucionales. Y es que, entendidas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53.1 y 55.1 de la CE, estas medidas solo podrán ser las que no afecten el

contenido esencial de ningún derecho ni conlleven, *de facto*, su suspensión.

De una manera más explícita, De la Quadra-Salcedo plantea un ejemplo concreto:

Nadie puede considerar que someter a cuarentena —en un centro médico o en su propio domicilio, en su caso— a un pasajero de un avión o barco con una enfermedad gravemente contagiosa (recuérdese el ébola) signifique “suspenderle” sus derechos fundamentales.

Y de lo anterior deduce que tampoco puede suponer una suspensión el actual confinamiento generalizado. Sin embargo, aunque este argumento parezca sólido a primera vista, en mi modesta opinión decae si se analiza con mayor rigor. En realidad, las diferencias entre las dos medidas son notorias, no solo porque el primer ejemplo se produce en casos individuales y el actual confinamiento es general, sino también porque el primer supuesto solo sería lícito si se cumplen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo cual implica no solo una evidente restricción del supuesto de hecho, al tratarse de personas contagiadas o con grave riesgo de estarlo, sino que además se lleve a cabo una ponderación individual de los principios en juego: libertad de circulación, por un lado, y salud, por otro. Ello supone que todas las medidas se sometan de manera rigurosa a ese escrutinio de proporcionalidad, incluida la duración temporal, que debe ser la estrictamente necesaria en el caso concreto. En suma, en el ejemplo de De la Quadra-Salcedo la medida podría ser lícita, pero se requiere un examen individual que pondere los principios en juego. Lo que me parece más importante es que, en tal cuestión, la previsión normativa permite una ponderación individual, caso a caso, en la cual la libertad de circulación no cede *a priori*, sino tras un escrutinio estricto de las circunstancias de cada caso. Así pues, si se aplica al ejemplo el razonamiento de García Figueroa, actuaría como un principio ponderable.

En cambio, en el caso de las medidas impuestas por el decreto que declara el estado de alarma, no solo se trata de medi-

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

das generales, prorrogables en el tiempo de forma indefinida,⁷ sino absolutamente indiscriminadas: aplicables a todos por igual, con independencia de su situación, de su riesgo, de su ubicación y de las posibilidades reales de contagiarse. El decreto, lejos de hacer una ponderación entre los derechos en juego, la excluye y da prioridad general a la protección de la salud. Hay una jerarquía superior de ese derecho, aunque matizada. El decreto no pondera más allá de una valoración general de la prioridad en la situación presente del derecho a la salud ni permite fácilmente la ponderación individual en su aplicación a casos concretos, al menos si esta se hace siguiendo su tenor. Toda persona que salga de su domicilio, salvo las excepciones tasadas, vulnera la norma, aun cuando en el supuesto concreto no conlleve ningún riesgo para la salud. Basta imaginar el caso de quien viva en mitad del campo, sin vecinos, y pretenda dar un paseo en solitario por el campo, o el de un deportista profesional que quiera salir a correr para entrenar, incluso en un lugar aislado. De acuerdo con el tenor del decreto, y al menos con base en la interpretación que se ha hecho inicialmente de él, no se puede hacer (véase “Trabajadores que no pueden salir a trabajar”, *El Mundo*, 19 de marzo de 2020; por cierto, este último caso nos diferencia de lo que sucede en otros países que han adoptado medidas similares), porque hay una prohibición general, con limitadas excepciones, entre las cuales no se encuentran estos casos y que, como digo, parecen excluir la ponderación individual, método básico para resolver los conflictos entre derechos,⁸ y en

⁷ En realidad, este sería otro debate de mucho interés, ya que la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981 solo hablan de que es necesaria la autorización del Congreso para que el estado de alarma pueda ser prorrogado, pero parece que la falta de otra previsión se ha entendido como posibilidad de sucesivas prórrogas, sin que se imponga finalmente ninguna limitación temporal si hay autorización del Congreso. Por supuesto, no hay que olvidar que un principio de temporalidad deriva claramente del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, aunque no con un límite explícito. Además, es incuestionable la posibilidad de un control de constitucionalidad de las prórrogas, en la medida en que estas también han de ser sometidas a un test de razonabilidad, ya que se trata de prolongar restricciones (dejando ahora el caso de la “suspensión material”) de derechos.

⁸ Tomo esta idea del trabajo citado de García Figueroa y como fruto del debate mantenido con este autor, aunque es claro que él no llega exactamente a la misma conclusión. De todos modos, creo que a la misma conclusión a la que llego al partir de la distinción entre principios

la que habría que considerar otros derechos o principios favorables al ejercicio de la libertad de circulación (desde el derecho al trabajo hasta el ocio o incluso la propia salud, según los ejemplos). La solución anterior es lícita siempre que se proceda a suspender la libertad de circulación.

En mi opinión, es importante destacar que, en toda ponderación individual entre derechos (o entre derechos y principios), el derecho que cede se sacrifica individualmente, en el caso concreto y solo para dicho conflicto concreto, pero siguen existiendo y desplegándose sus consecuencias con carácter general. De algún modo, puede decirse que esta “cesión” o “claudicación” puntual e individual de un derecho es un caso de suspensión. Ahora bien, intentar trasladar esta consecuencia (la no suspensión) a un supuesto de alcance general e indiscriminado como el presente me parece una tergiversación que conduciría, de nuevo, a la pérdida de sentido de un mecanismo constitucional que “tiene que significar algo”, como es la suspensión.

- 3) Unida a todo lo anterior está la cuestión del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Es una cuestión realmente compleja, que ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial y que en nuestra doctrina abordó con gran rigor y profundidad Gava de Cara. He hecho en este texto diversas referencias a este factor y resultaría imposible profundizar en él en un trabajo con estas características. Me limito, por tanto, a destacar su trascendencia en el problema que venimos analizando. El artículo 53.1 destaca que toda ley que regule el ejercicio de los derechos fundamentales

y reglas se puede llegar también al partir del contenido esencial, entendiendo que el decreto excluye *a priori* la posibilidad de que resulten satisfechos los intereses que protege la libertad de circulación y desfigurando el derecho hasta hacerlo no reconocible. En definitiva, imposibilita la protección de las facultades en las que consiste la libertad de circulación, salvo en casos concretos muy tasados, y con ello impide la prevalencia de la libertad de circulación en supuestos en los que esta tendría todo el sentido, desde la perspectiva de un examen de idoneidad-necesidad-proporcionalidad de sus restricciones.

No quiero decir con lo anterior que, en los estados excepcionales que implican suspensión de derechos, desaparezca todo criterio de proporcionalidad, pero, por un lado, este se traslada al momento de la valoración de la necesidad de la declaración y, por otro, en cuanto a la suspensión del derecho, quedan como límites últimos los criterios de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a la dignidad de la persona.

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

debe respetar ese contenido esencial, que se convierte, así, como ha sido unánimemente apuntado, en el límite a los límites. Y creo que, además, este límite es la verdadera diferencia entre la restricción y la suspensión de los derechos; por mucho que se quiera cuestionar esa diferencia, tiene que existir si se desea respetar el sentido de estas categorías. Por tanto, como ha destacado, por ejemplo, Cotino Hueso, solo mediante la suspensión de un derecho se podría afectar su contenido esencial (repito que estoy hablando de una regulación general, y no del supuesto en el que un derecho, en un caso de ponderación, cede puntualmente frente a otro en un caso concreto).

Pues bien, si lo anterior es así, y la suspensión de derechos solo cabe en los estados de excepción y sitio, tanto las medidas previstas en la legislación que regule el estado de alarma (en lo relativo a este estado) como las contenidas en el decreto que lo declare (que, además de contener una regulación general, ya ha sido equiparado con las normas con rango de ley a efectos de su impugnación y control de constitucionalidad) no pueden afectar el contenido esencial de los derechos que regulan. Yo creo que, en efecto, la regulación de la LO 4/1981 respeta el contenido esencial de los derechos que son restringidos en la declaración del estado de alarma y, por tanto, esta ley es plenamente conforme con la Constitución.⁹ Pero no es el caso del decreto que venimos examinando, el cual, como creo que ya he explicado, sí afecta el contenido esencial de la libertad de circulación, ya que de acuerdo con cualquiera de los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional para determinarlo (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, del 8 de abril), parece difícilmente compatible su respeto con una prohibición general de circulación.

⁹ De la Quadra-Salcedo, a mi modo de ver de forma incomprensible, apunta que la tesis de que estamos ante una suspensión del derecho conlleva la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1981. No sé si algún otro autor se ha pronunciado en esa línea, pero yo no lo aprecio en modo alguno. Con todo, es significativo que Requejo, en Bastida *et alii*, p. 225, al comentar la Ley Orgánica 4/1981, destaque la similitud entre las medidas que se adoptan en caso de suspensión de derechos y las limitaciones previstas para el estado de alarma, y que llegue a afirmar de manera expresa que en el estado de alarma “la lícita y justificable limitación del derecho ante las circunstancias descritas se convierte materialmente en una suspensión en toda regla, igual que las que se reservan en exclusiva a los estados de excepción y sitio”.

- 4) Dicho lo anterior, y aunque me parece que el núcleo de los argumentos constitucionales ya se ha apuntado, considero conveniente entrar en el análisis de algún aspecto de la LO 4/1981, porque creo que de él se deriva la misma conclusión.

Para empezar, me parece que ninguno de los autores que entienden que no hay suspensión de la libertad de circulación han sido capaces de justificar que las medidas adoptadas “quepan” en la regulación legal del estado de alarma (y que, recordamos, permite solo la limitación de “la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”). Se trataría de valorar si el conjunto de medidas que estamos analizando puede considerarse limitación o condicionamiento de la circulación “en horas y lugares determinados”. A mi juicio, algunos autores ni siquiera intentan justificar esa cobertura; otros la dan por sentada, y otros, con independencia de sus conclusiones finales, reconocen abiertamente que las medidas adoptadas no caben dentro de las previsiones legales. Así lo hace, si le he entendido bien, Presno Linera, aunque se centra en la cuestión del supuesto habilitante, a la que luego me referiré. También lo hace Arbós, quien, en su muy interesante artículo, añade que las medidas de confinamiento tampoco cabrían en el estado de excepción ni en el de sitio (que, añadido, a estos efectos permite solo las mismas medidas que el de excepción) y concluye con la afirmación de que “la crisis sanitaria también ha pillado desprevenido al derecho, y hay que admitirlo”, para proponer, en su momento, las reformas que procedan.

Aunque pueda compartirse este tipo de consideraciones, creo que cabe apuntar lo siguiente:

- a) Interpretado de conformidad con la Constitución, que sí permite la suspensión de la libertad de circulación, es mucho más probable entender que estas medidas encontrarían amparo en la declaración de ese estado, aunque sean, incluso así vistas, particularmente intensas (nótese que el artículo 11 de la LO 4/1981 habla de limitar, mientras que el 20 se refiere a “prohibir”).
- b) Arbós utiliza toda esta argumentación para justificar que debería reformarse la ley, pero la pregunta es: ¿y ahora qué hacemos? Creo que la Constitución nos ofrece la respuesta y la

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

cobertura necesaria, para que, en el estado de excepción, estas medidas sean admisibles, aun cuando incluso así se sitúen en el extremo de lo previsto por la ley (aunque, como he dicho desde el principio, si y solo si no es posible afrontar la situación con otras medidas).

- c) Si hay dudas acerca de si caben en la actual regulación legal del estado de excepción, resulta inequívoco que no quepan en el estado de alarma.
- 5) En realidad, creo que muchos de los que defienden que no procede la declaración del estado de excepción se centran en el argumento del supuesto habilitante. Según ellos, los estados de alarma, excepción y sitio serían legalmente (o incluso “conceptualmente”) compartimentos estancos, cada uno de los cuales responde a determinadas situaciones fácticas, pero no puede utilizarse para otras. En términos simples, el esquema sería como sigue:
- a) Estado de alarma para situaciones naturales.
 - b) Estado de excepción para situaciones de alteración del orden público.
 - c) Estado de sitio para situaciones de insurrección, bélicas o prebélicas, o de riesgo para el Estado.

Desde luego, esta diferenciación de supuestos fácticos habilitantes podría tener sentido, en líneas generales, y es acorde con el tratamiento doctrinal del tema, desde los citados trabajos de Cruz Villalón. Pero creo que no cabe compartir esa visión, en lo que tiene de creación de compartimentos estancos, de manera que en cada caso concreto solo fuera posible aplicar uno de los estados excepcionales, y no ninguno de los demás. Me voy a detener a explicar esto más despacio. Aparte de que las situaciones fácticas evolucionan, incluso de forma simultánea un mismo supuesto puede justificar la declaración de uno u otro estado, dentro de lo previsto en la ley, permitiendo no necesariamente un margen de apreciación acerca del hecho en sí, sino, sobre todo, una valoración de las medidas necesarias para afrontarlo. Me voy a centrar en el ejemplo actual y voy a dar dos argumentos:

- a) Nada impide que una epidemia (artículo 4, c) provoque al mismo tiempo una grave alteración “de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden

público” que impida su restablecimiento mediante el ejercicio de potestades ordinarias (artículo 13.1 de la LO 4/1981). Este sería el caso, a mi juicio, de una situación en la que el servicio público sanitario está desbordado, por lo cual son necesarios hospitales de campaña, la adquisición urgente de nuevos medios y, sobre todo, la prohibición general de la libertad de circulación para evitar que el contagio de la epidemia provoque un caos todavía mayor.

- b) Si el argumento anterior pudiera admitir discusión, en cuanto implica una cierta valoración, creo que hay otro inequívoco que deriva de la misma ley. Que los tres estados no son “compartimentos estancos” a utilizar en circunstancias diferentes está corroborado con claridad por el artículo 28 de la LO 4/1981, al afirmar literalmente que

cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley.

Por tanto, la alteración del orden público puede coincidir con las circunstancias del artículo 4, y creo que puede ser porque la alteración del orden público provoque una de esas circunstancias o, a la inversa, porque las circunstancias del artículo 4 generen esa alteración. En cualquier caso, lo relevante es que el estado de excepción se puede declarar cuando se dan a la vez alguna de las circunstancias previstas en el artículo 4 y alguna de las del artículo 13, y en tal caso las medidas por adoptar serán todas las que permite el estado de alarma y, si fuera necesario, alguna de las suspensiones de derechos previstas en el estado de excepción.

- 6) Creo que los argumentos anteriores conducen a justificar que, con independencia de otras consideraciones, el decreto que declara el estado de alarma ha procedido a la suspensión de la libertad de circulación. Pero querría añadir todavía una reflexión general, desde la perspectiva de los principios y la ponderación, al hilo del excelente comentario de García Figueroa en torno al tema. Comparto

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

una visión general de los derechos como principios, pero no deo de considerar los peligros que algunos sugieren que podrían derivar del mantenimiento estricto de esta visión. Eso sí, creo que estos se pueden afrontar con una utilización correcta y estricta de los parámetros de esta teoría. Uno de dichos peligros, como señala Aleinikov, es que aquello que nació con el objetivo de optimización —en el sentido de que permitía la máxima extensión posible de los derechos, es decir, posibilitaba maximizar derechos y minimizar límites y restricciones— se convierta en la práctica en un mecanismo para relativizar a tal punto los propios derechos que finalmente nunca se pueda precisar hasta dónde alcanzan. En ese caso, lo que carecería de límites son las restricciones, y la proclamación de un derecho podría terminar por perder cualquier significado. En virtud de todo ello, creo que, al menos en el caso de una regulación general de los derechos, como es la que contiene un decreto que declara un estado de alarma, la pregunta acerca de si estos han de tener un límite mínimo, que se hace García Figueroa, debería tener una respuesta afirmativa, en contra de lo que él sostiene. Ese límite debería ser (entre otros, como la interdicción de la arbitrariedad e, incluso, el núcleo intangible de la dignidad) el contenido esencial. O hasta en los términos del razonamiento de principios, el límite estaría en no cerrar la posibilidad de ponderación en los casos individuales, con independencia de que, como fruto de esta, obviamente un derecho cederá en el caso concreto.

- 7) En síntesis, creo haber justificado que se ha procedido a una suspensión material de la libertad de circulación, derivada de su prohibición general, e incompatible con la Constitución en la hipótesis de declaración del estado de alarma. Las alternativas son las dos que he planteado al principio, es decir, declarar el estado de excepción o adecuar las medidas a lo que serían restricciones propias de un estado de alarma. En cuanto al supuesto habilitante previsto en la LO 4/1981, creo que cabe un margen de interpretación que permitiría optar por el de alarma o el de excepción, pero la imposibilidad de suspender derechos en el estado de alarma, que deriva directamente de la Constitución, es, a mi juicio, una barrera infranqueable.

Querría concluir con una consideración adicional en torno a esta postura, aunque intentaré mantenerme en términos propiamente jurídicos. Algunos críticos con la postura que aquí se defiende han sugerido, de forma más o menos explícita, que esta, en cuanto pone de relieve que materialmente se han adoptado medidas propias del estado de excepción, y justifica que (si se cumplen todos los demás requisitos) estas encontrarían cobertura en la declaración de dicho estado, sería una posición más lesiva o invasiva de los derechos, menos respetuosa con ellos o, en definitiva, menos garantista. García Guerrero, en una entrevista sin duda recomendable en la que plantea opiniones muy oportunas acerca de la situación actual, señala de forma expresa que en esta situación el estado de excepción sería “mucho más gravoso para la libertad” y que “no pasaría el test de proporcionalidad”. Pero, en realidad, algunos otros autores sugieren o apuntan implícitamente esa misma idea.

Con franqueza, y sin apuntar ningún otro tipo de consideraciones, creo que la situación es exactamente al revés. Es verdad que el estado de excepción permitiría también suspender otros derechos, pero esto ni siquiera forma parte del debate. En mi caso particular, y como he dicho, ni siquiera me decanto de manera incondicional a favor del estado de excepción, sino solo si las medidas acordadas son imprescindibles. Por tanto, lo que tenemos que valorar es si exactamente las mismas medidas adoptadas podrían adoptarse en el caso del estado de alarma y en el de excepción. Creo haber justificado que este tipo de medidas no pueden adoptarse en el estado de alarma, pero añado que la proporcionalidad depende de las medidas que se adopten, y no del estado que les sirva de cobertura. Por ello, al ser las mismas medidas, su proporcionalidad no dependerá del estado que se haya declarado (otra cosa sería si el estado de excepción, en el caso concreto, incorporase medidas adicionales, lo cual se rechaza aquí abiertamente). Y todavía más: desde el punto de vista de la tutela de los derechos, e incluso de la preservación de la separación de poderes en un sistema parlamentario, el estado de excepción —sin negar que, en principio, implica un grado más intenso de gravedad o excepcionalidad— puede resultar más garantista, y desde luego lo es para idénticas medidas, toda vez que establece un procedimiento que permite un mayor control y mitiga notoriamente el “protagonismo” que el gobier-

Crisis sanitarias, estados excepcionales...

no tiene en el estado de alarma, ya que la intervención y el control del Congreso se llevan a cabo desde el inicio, mediante la previa autorización. Así que, sinceramente, me parecen poco afortunados los intentos de deslegitimar la posición que aquí se defiende, al considerarla menos garantista o “desproporcionada”.