

■ Presentación

Los días 18 y 19 de noviembre de 2021 tuvieron lugar en València las XXVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tuvimos la fortuna de poder recuperar el formato presencial, tras su interrupción de dos años debida a la pandemia.

Además del impacto que la crisis sanitaria ha tenido en nuestras vidas, no cabe duda de que ha dejado una profunda huella en el Derecho y en nuestra forma de entenderlo. Ha puesto a prueba instituciones constitucionales para las que cabía augurar un uso marginal y ha abierto fuertes interrogantes en relación con el funcionamiento de los tres poderes del Estado. Desarrollar un análisis pausado de todo ello es de todo punto necesario por si en el futuro fuera necesario afrontar situaciones parecidas. Por ello, aunque esperamos que no lo sea, ha sido un acierto de la anterior Junta Directiva dedicar las Jornadas a «Estado de Alarma y Constitución».

Las diferentes facetas del tema desfilan por las cinco ponencias que constituyen la primera parte de este volumen. Los condicionantes constitucionales del estado de alarma son el objeto de las dos primeras ponencias (de la Quadra-Salcedo y Recuerda), mientras que las otras tres (Barnés, García-Escudero y Chinchilla) se aproximan a la cuestión desde otras perspectivas. En su conjunto, ofrecen un marco lo suficientemente amplio como para alimentar la reflexión de cualquier interesado. Por lo demás, como es habitual en estas Jornadas, la segunda parte contiene las crónicas de jurisprudencia constitucional, cuyos autores (García-Valdecasas, de la Quadra-Salcedo Janini, Martínez Escribano, González Alonso, García-Panasco y Ortega Carballo) abordan las principales novedades en los respectivos campos.

Solo nos queda agradecer a ponentes y autores de las crónicas sus aportaciones a este volumen. Y, sobre todo, los esfuerzos de la Junta

Directiva saliente a la que seguramente le ha tocado afrontar problemas hasta ahora inéditos.

*La Junta Directiva
de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*

M^a Isabel Perelló Domenech
José María Goerlich Peset
Luis Felipe Medina Rey
Ignacio Ulloa Rubio
Santiago Ripoll Carulla
Gema Díez-Picazo Giménez
Gemma Sala Galvañ

Primera parte

■ ESTUDIOS

A

■ Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Catedrático Emérito de Derecho Administrativos de la Universidad Carlos III

S U M A R I O

1. Introducción.
2. El confinamiento domiciliario en España y en Europa y su calificación jurídica.
 - 2.1. Las medidas de confinamiento domiciliario en Italia, Francia, Bélgica y Portugal.
 - 2.2. La cobertura constitucional de las medidas de confinamiento en los países relacionados.
 - 2.3. Recapitulación.
3. La diferencia de trato en la Sentencia 148/2021 de los derechos y libertades de los artículos 17.1, 27 y 38 de la Constitución respecto de la libertad de circulación y residencia del artículo 19 de la norma suprema.
 - 3.1. La forma de abordar la afección al artículo 17 CE en la STC 148/2021, de 14 de julio.
 - 3.2. La idea de libertad «como orientación de la propia acción» según la STC 341/1993 invocada por la STC 148/2021 para no entrar en el análisis de las medidas de confinamiento.
 - 3.3. La idea de la STC 148/2021 de que solo puede hablarse de «privación cuando —entrecomillando la STC 98/1986, de 10 de julio (FJ4)— «de cualquier modo se obstaculice la autodeterminación de la conducta».
 - 3.4. La idea de que no se afecta a la libertad del 17.1 CE pues la persona no queda privada de tal libertad fuera de determinados supuestos del art. 7

- del Real Decreto 463/2020 con invocación —en la STC 148/2021— de la Sentencia *Terheş c. Rumanía* de 13 de abril de 2021 del TEDH.
- 3.5. Conclusión sobre la afirmación de que la libertad personal del 17.1 no ha sido infringida por razón de no resultar siquiera «afectada» por las medidas de confinamiento.
 - 3.6. La misma diferencia de trato se produce en la STC 148/2021 en relación con el derecho a la educación (art. 27 CE) y con la libertad de empresa (art. 38 CE).
4. La inconstitucionalidad que se declara: la supuesta vulneración de la libertad de circulación y residencia del artículo 19 de la Constitución, por entrañar una privación» y, por tanto, una «suspensión» de derechos y en ningún caso una limitación o restricción de los mismos.
 - 4.1. La STC 148/2021 prescinde de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre lo que son limitaciones y restricciones legítimas del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y del límite del contenido esencial al analizar si las medidas de confinamiento son conformes con el art. 19 de la Constitución.
 - 4.2. La barrera de los dos legisladores en la STC 148/2021: el legislador general y el de las emergencias.
 - 4.3. Para la STC 148/2021 hay unas limitaciones generales para situaciones de normalidad en el art. 53.1 CE y otras para situaciones de emergencia coyuntural en el art. 116 CE en relación con el 55 CE: Leyes para situaciones de normalidad y leyes para situaciones de emergencias coyunturales.
 - 4.4. La alteración del orden y método de análisis de si las medidas adoptadas suponen limitación o restricciones legítimas y su postergación al análisis de si hay o no suspensión de las libertades de residencia y circulación.
 - 4.5. Para la STC 148/2021 el legislador de la alarma no está limitado por el artículo 53.1 de la Constitución al regular el ejercicio de los derechos en garantía del contenido esencial y la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las eventuales limitaciones y restricciones que imponga. Sólo el legislador ordinario está sujeto al art. 53.1 CE.
 - 4.6. El proceso de calificación en la STC 148/201 de las medidas del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 como suspensión de derechos y no como limitación o restricción de los mismos.
 5. El nuevo concepto de suspensión de derechos y libertades fundamentales de la Sentencia 148/2021.
 - 5.1. La preeminencia del método léxico-lingüístico para determinar si las medidas del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 son una suspensión. La escasa atención a la finalidad de las medidas: la protección de la vida y la salud.

- 5.2. La interpretación léxico-lingüística del concepto de suspensión.
 - 5.3. La invocación del Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 hecho en Roma (CEDH).
 - 5.4. Las limitaciones a la circulación por motivo de la pandemia como privación de libertad y cesación de su ejercicio y, por tanto, «suspensión» de la libertad de circulación y residencia para la STC 148/2021.
6. La preferencia del Tribunal Constitucional por el estado de excepción para adoptar medidas de confinamiento para luchar contra la pandemia.
 - 6.1. La preferencia por el estado de excepción frente a la voluntad constituyente, plasmada en la Ley orgánica 4/1981.
 - 6.2. El valor del pronunciamiento a favor del estado de excepción de la STC 148/2021.
7. Consideraciones finales.

1. Introducción

Son tres las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha abordado las importantes cuestiones jurídicas ¹ que suscita la configuración del estado de alarma en la Constitución y su concreta aplicación en la respuesta ante el Covid-19².

La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio es la primera que afronta realmente las cuestiones esenciales del Estado de alarma declarado por Real Decreto 463/220 de 14 de marzo y prorrogado por otros que son, todos ellos, el objeto del recurso de VOX³. Y las afronta con un tribunal dividido y con una doctrina que ha suscitado un gran debate.

A ello se dedican las páginas que siguen centradas en la perspectiva de la calificación del impacto que las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES

¹ Además de la Sentencia 148/2021 de 14 de julio el sobre el primer estado de alarma y algunas de sus prórrogas, el TC dictó también la Sentencia 168/2021 de 5 de octubre sobre recurso de amparo contra la decisión de la mesa del Congreso, de 19 de marzo de 2020, suspendiendo cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraran en tramitación en la citada cámara y la Sentencia 183/2021 de 27 de octubre sobre recurso inconstitucionalidad contra Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma hasta mayo de 2021.

² Habría una cuarta sentencia —la de 2016 sobre los controladores aéreos— si bien la misma, aunque aclaró la importante cuestión de la naturaleza, rango y valor de los Reales Decretos por los que se declara el estado de alarma o son prorrogados por acuerdo del Congreso, se refiere a una supuesto tan anómalo y tan poco propio de los supuestos contemplados en la LOAES que poco más aporta, salvo unas vagas referencias a limitación y restricción que no aclaraban mucho para el futuro sobre el alcance de dichos conceptos, realmente capitales para el tratamiento adecuado de los derechos y libertades fundamentales.

³ Además del Real Decreto inicial de 14 de marzo, modificado por el de 17 de marzo, se recurrían las tres prórrogas sucesivas de primer Real Decreto.

en lo sucesivo) —y de las adoptadas en su aplicación en los sucesivos Reales Decretos declarando la alarma que se impugnaba⁴— provocaron según el TC en los derechos fundamentales. La STC 148/2021 califica como «suspensión» las medidas en relación con las libertades de residencia y circulación del artículo 19 CE y no como delimitación, limitación o restricción legítima de tales libertades como hace, en cambio, cuando concurren razones de salud pública el artículo 2.3 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁵.

Tres aspectos relevantes deben destacarse desde el principio:

- El primero que la STC 148/2021 declara expresamente⁶ que las medidas de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 eran «necesarias, adecuadas y proporcionadas». Si se declaran inconstitucionales, dice, no es por su contenido, sino por el instrumento jurídico (el estado de alarma) a través del cual se llevó a cabo lo que denomina «privación» (aunque necesaria, adecuada y proporcionada) de las libertades fundamentales de circulación y residencia.
- El segundo que la sentencia afirma, además, que los ciudadanos tenían obligación de soportar las medidas declaradas inconstitu-

⁴ El recurso del partido político VOX se interpuso contra los Reales Decretos Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior y los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó sucesivamente el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020.

⁵ El art. 2.3 del Protocolo 4 del CEDH califica como «restricciones» las que se impongan por motivos de salud o protección de derechos de terceros:

«Art. 2.3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, ... la protección de la salud ... o la protección de los derechos y libertades de terceros.»

Del mismo modo lo hace el art. 12.3 del PIDCP:

«Art.12.3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional... la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.»

⁶ FJ 11º letra a): «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».

cionales⁷ y por ello su inconstitucionalidad no será, por sí misma, título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones.

- El tercero que la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de una medida vienen definiendo en la doctrina del Tribunal, al amparo del artículo 53.1 de la Constitución, los supuestos de limitaciones o restricciones legítimas que no suponen vulneración de derechos fundamentales

Desde el principio parece, así, una contradicción esencial afirmar que medidas «*necesarias, idóneas y proporcionadas*» que «*los ciudadanos tienen obligación de soportar*» suponen una privación de libertad de circulación y residencia en lugar de una restricción legítima. También que las mismas medidas sean perfectamente constitucionales y lícitas en relación con los derechos y libertades de los artículos 17, 27 y 38 de la Constitución española y no lo sean en relación con la libertad de circulación y residencia del artículo 19 CE. Contradicciones tan esenciales enervan y deslegitiman la declaración de inconstitucionalidad y nulidad que la Sentencia hace de determinadas medidas del Real Decreto 463/2020.

Medidas idénticas se han adoptado, en toda nuestra tradición constitucional desde Cádiz, al amparo de normas ordinarias sanitarias sin considerar jamás que supusieran apelar a los mecanismos de suspensión de garantías, pues operaban dentro de los límites de los derechos. Ha bastado que los constituyentes consideraran oportuno crear un nuevo estado de alarma —del que expresamente se subraya que no implica suspender derechos fundamentales— al efecto de que el Congreso de los diputados participara en la prolongación de medidas de emergencia sanitaria, para que nuestro Tribunal constitucional desmienta la voluntad constitucional afirmando que son una «suspensión». Afirmando, además, que en el futuro en tales situaciones no bastarán las normas sanitarias ni el estado de alarma, sino que habrá que declarar el estado de excepción. La sentencia parece haber provocado así una auténtica mutación constitucional y de nuestra tradición constitucional. También nuestro aislamiento de Europa en la forma de concebir idénticas medidas sanitarias.

⁷ FJ 11º letra c): “Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.

2. El confinamiento domiciliario en España y en Europa y su calificación jurídica

La primera cuestión que debe analizarse es la de la calificación misma del confinamiento domiciliario como «privación» de derechos que hace la STC 148/2021 en lugar de como limitación o restricción de los mismos⁸. Debe notarse que dicha sentencia identifica rápidamente «privación» o cesación de derechos fundamentales y libertades con «suspensión» de los mismos, lo que inmediatamente le lleva a afirmar que se trata de la «suspensión» de derechos del estado de excepción del artículo 55 CE y, de ahí, concluir que se trata de una «suspensión» prohibida para el estado de alarma.

El término «privar» como idea o concepto de despojar a alguien de algo que posee (así como sus derivados —sustantivos, adjetivos o participios— como «privación» o «privado») no se usa en todo el texto constitucional salvo en relación con limitados derechos: la nacionalidad (artº 11.2), la libertad y seguridad (artº 17.1), la penas privativas de libertad y medidas de seguridad (artº 25) y la propiedad (artº. 33.3).

En ningún otro lugar de todo el texto constitucional se emplea el término «privar» o sus derivados. Desde luego tampoco, en lo que ahora importa, en otros preceptos distintos de los señalados del título I de la Constitución sobre «derechos y deberes fundamentales»; menos aún se emplea en su artículo 55 cuando se habla de la suspensión de derechos donde ni se vincula — ni se sugiere— que tal «suspensión» sea una «privación».

Tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo utiliza en relación con todos los derechos, sino muy selectivamente (sólo con los mismos en que se emplea en la Constitución española para los derechos afectados por el Estado de alarma⁹).

⁸ Así lo dice en el FJ 5º letra a), (página 93592 del BOE nº 182 de 31 de julio que publica 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. **Dicho en otros términos**, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, **sino que lo suspende a radice**, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto»

⁹ En el propio Convenio lo utiliza, además de en los mismos supuestos que en la Constitución española, en relación con el derecho a la vida (artº 2.1) y prohibición de trabajo forzado a persona privada de libertad (art. 4.3 a¹). En el protocolo adicional nº 4º al Convenio menciona la prohibición de privar de libertad por no poder ejecutar una obligación contractual (art. 1º); o la privación del derecho a entrar en el territorio del que no sea ciudadano (artº 3.2).

Como quiera que la STC 148/2021 no solo califica —en el FJ 5 letra a) citado— como «privación» el efecto producido por los Reales Decretos de Alarma sobre los derechos afectados, sino que, además y sobre todo, lo parifica u homologa con el concepto de «suspensión» se hace necesario indagar sobre el significado en Derecho de dichos términos —«privar» o «privación» frente a «suspender» o «suspensión»— antes de continuar con el análisis de la sentencia.

Para evitar entrar en un juego de palabras o limitarnos a aceptar sólo algunas de las acepciones de las palabras del diccionario de la Real Academia omitiendo otras acepciones que lleven a una conclusión diferente —y sin perjuicio de volver más adelante sobre ello— parece necesario analizar cómo han sido entendidos esos términos en los países europeos de nuestro entorno pero no desde los diccionarios, sino en la realidad práctica de su aplicación en relación con medidas materialmente semejantes a nuestro confinamiento domiciliario. Evitaremos así el riesgo de caer en un juego de palabras —una logomaquia— que nos lleve a conclusiones equivocadas y en todo caso nada precisas.

En el caso de que las medidas de confinamiento domiciliario de otros países hubieran sido iguales a las de España durante la primera ola de la pandemia la utilidad que nos proporciona el análisis comparado radica en saber cómo —de acuerdo con los derechos nacionales y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰ (CEDH en lo sucesivo) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en lo sucesivo)— esas medidas que aquí ha considerado nuestro Tribunal Constitucional (TC en lo sucesivo) como una «privación» de derechos y libertades fundamentales, equivalente a una «suspensión», han podido considerarse e imponerse en otros países sin infringir sus Constituciones respectivas pese a ser materialmente, según la STC 148/2021, una privación; privación que lo sería aquí y en cualquier otro país de Europa.

2.1. LAS MEDIDAS DE CONFINAMIENTO DOMICILIARIO EN ITALIA, FRANCIA, BÉLGICA Y PORTUGAL

El examen de los instrumentos normativos dictados en los países del epígrafe muestra que en todos ellos las medidas de confinamiento domiciliario han tenido un alcance semejante al de España¹¹.

¹⁰ «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹¹ Veremos la práctica identidad de las medidas a lo largo del texto. Puede haber detalles de su aplicación diferentes, pero en todo caso la STC 148/2021 no descalifica al-

En el caso de Italia el instrumento normativo empleado fueron simples Decretos Leyes 6/2020 de 23 de febrero y 19/2020 de 25 de marzo dictados al amparo del artículo 77 de su Constitución (muy parecido a nuestro art. 86 CE) que permite al Gobierno «en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia» adoptar, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de Ley, que deberá presentarlas el día mismo de su aprobación para su convalidación a las Cámaras¹².

Se prescindió completamente de la declaración del estado de guerra que permite atribuir al Gobierno poderes excepcionales. Ha bastado, por tanto, en Italia la aplicación del mismo concepto e idea de extraordinaria urgencia y necesidad que se emplea en el caso de los Decretos-Leyes para aplicar las medidas que se consideraban necesarias por más que supusieran afecciones muy intensas a los derechos y libertades fundamentales.

Lo mismo puede decirse de Francia en que por Ley 2020-290 de 23 de marzo de 2020 (publicada en el *Journal Officiel* del 24 de marzo) se modifica el Código de Salud pública añadiendo un capítulo I bis (Titulo III del Libro I de la tercera parte de dicho Código) en que se introduce la figura del estado de urgencia sanitaria, que permite el confinamiento domiciliario entre otras medidas, aparte de otras limitaciones de circulación o actividad¹³. Por Decreto del mismo día 23 de marzo¹⁴ del Primer Ministro aprueba medidas entre las que su artículo 3º incluye la prohibición para todos de salir del propio domicilio salvo en los supuestos concretos que el propio artículo establece. Tales medidas reproducían sustancialmente —al menos en lo que a los desplazamientos fuera del domicilio se refiere— un Decreto del Primer Ministro del 16 de marzo de 2020 (publicado el 17 de marzo); es decir antes de que la Ley 2020-290 de 23 de marzo (publicada el siguiente día 24) hubiera entrado en vigor.

guno de esos detalles sino el confinamiento domiciliario en su totalidad en relación con el art. 19 CE.

¹² Si en sesenta días no la convierten en Ley pierden toda eficacia. El Decreto Ley de 25 de marzo establece en su artículo 1.1 la posibilidad de acordar entre muchas otras la medida de limitar la circulación de las personas incluida la de abandonar la propia residencia o domicilio, salvo en los casos permitidos por causa justificada.

¹³ LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 en cuyo *Art. L. 3131-15*, se permite bajo el n° 1 restringir o prohibir la circulación de personas y vehículos en los lugares y horas que se fijen por Decreto y bajo el n° 2 se permite prohibir a las personas salir de sus domicilios salvo desplazamientos indispensables por necesidades familiares o de salud.

¹⁴ Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 En cuyo artículo 3 se prohíben las salidas del domicilio salvo por los limitados motivos que en su artículo 3º se prevén.

En Bélgica la estructura federal complicó inicialmente la gestión de las crisis con dificultades competenciales en ese nivel federal¹⁵ que se afrontaron igualmente por un *Arreté* ministerial (del Ministro de seguridad y del interior) de 18 de marzo de 2020 cubierto por leyes de protección civil y seguridad pública adoptando, entre otras medidas para luchar contra la pandemia, el confinamiento —artículo 8¹⁶— por la que todos deben permanecer en su domicilio hasta la fecha dispuesta en la disposición (inicialmente hasta el 5 de abril). En un Decreto del Parlamento valón se habilita al gobierno para dictar los «*arretés*» que sean necesarios modificando los existentes. Se da la circunstancia en Bélgica de que su Constitución en su art. 187 dispone que la misma «no puede ser *suspendida* ni en todo ni en parte».

En relación con Portugal la Asamblea autoriza al Presidente a declarar el estado de emergencia con fundamento en la situación de calamidad pública lo que se realizó por Decreto del Presidente de la República nº 14-A/2020 de 18 de marzo. Con fundamento en el mismo el Gobierno dictó sucesivos Decretos y despachos tomando las medidas oportunas, siendo destacable el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros nº 2-A/2020 de 20 de marzo disponiendo las medidas adecuadas y, entre ellas en su artículo 5, la obligación de permanencia en el propio domicilio salvo para determinadas finalidades que se relacionan en dicho artículo que coinciden sustancialmente con algunos matices con las que se recogen en los demás países relacionados o en España.

2.2. LA COBERTURA CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE CONFINAMIENTO EN LOS PAÍSES RELACIONADOS

Es interesante determinar si las medidas de los países citados —semejantes a las que la STC 1148/2021 considera que suponen una «pri-

¹⁵ Vid. Bouhon, Frédéric; Jousten, Andy; Miny, Xavier y Slautsky, Emmanuel en «L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception» En *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2020/1 (nº 2446).

¹⁶ Art. 8. Les personnes sont tenues de restées chez elles. Il est interdit de se trouver sur la voie publique et dans les lieux publics, sauf en cas de nécessité et pour des raisons urgentes telles que:- se rendre dans les lieux dont l'ouverture est autorisée sur la base des articles 1er et 3, et en revenir ; -- avoir accès aux distributeurs de billets des banques et des bureaux de poste;- avoir accès aux soins médicaux ; - fournir l'assistance et les soins aux personnes âgées, aux mineurs, aux personnes en situation d'handicap et aux personnes vulnérables ; - effectuer les déplacements professionnels, en ce compris le trajet domicile-lieu de travail;- Les situations visées à l'article 5, alinéa 2.

vación» de derechos— cuentan con alguna cobertura especial en cada uno de dichos países que explicase cómo, si materialmente son una «privación de derechos», se han adoptado sin que se hayan considerado violadas ni las Constituciones respectivas ni sus declaraciones de derechos.

Tomando como referencia Italia resulta destacable que su Constitución solo contempla en el artículo 78 el estado de guerra para conferir poderes especiales al gobierno. Excluido por definición el empleo de tal estado, sólo quedaban las previsiones de la Constitución en el artículo 77 para la emanación de Decretos Leyes en «*casos extraordinarios de necesidad y urgencia*». Su empleo ha sido tan frecuente como en España, pero jamás en unas circunstancias tan extraordinarias como las provocadas por la pandemia.

El poder legislativo del Gobierno a través de Decretos leyes dio cobertura a esas medidas, pero ello no puede hacer olvidar dos cosas: por una parte que los artículos 13 a 28 de la Constitución italiana sobre derechos y libertades fundamentales permiten a la ley configurar el desarrollo y regulación de los derechos; por otra que esa ley, a la que remite la Parte primera de la Constitución italiana (Derechos y deberes de los ciudadanos) y en especial su Título primero, no excluye la intervención del Decreto-Ley de su artículo 77, pues no figura en su Constitución la prohibición al Decreto-ley de afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos como establece el artículo 86.1 de la CE.

Sin embargo el legislador o el Gobierno —en trance de dictar decretos-leyes— no podían ignorar el contenido esencial de tales derechos, aunque ese límite no figure con esas palabras en la Constitución italiana de la misma forma como se recoge en el artículo 53.1 de la española. En efecto, la Corte Constitucional italiana en numerosísimas sentencias¹⁷ ha consagrado el contenido esencial como límite que vincula tanto al Parlamento como a los Decretos Leyes del Gobierno dado que según el artículo 2 de la Constitución se «*reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad*». Esa invio-

¹⁷ Por todas la Sentencia n. 1146 del 1988, en que se declara que «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» o la sentencia n° 366 de 1991 que reconoce el contenido esencial de los derechos en cuanto inasquibles para el legislador de cualquier naturaleza por razón de su carácter fundamentador respecto del entero sistema democrático de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución italiana.

labilidad de los derechos marca el límite de lo que puede establecer el legislador al desarrollar y regular los derechos y libertades como ha ido marcando la Corte Constitucional en su doctrina¹⁸.

El contenido esencial ha funcionado por tanto siempre en Italia como límite, pese a que en su carta de derechos las remisiones al legislador (parlamentario o gubernativo) sean constantes. Ocurre que ese contenido esencial, descubierto y fundamentado por la Corte constitucional en el carácter inviolable de los derechos, no se concibe como un contenido inmutable y predeterminado, sino como un contenido variable que se determina en su interacción con otros derechos y libertades fundamentales e incluso con otros bienes constitucionales.

Desde la perspectiva italiana no resulta posible hablar de «privación» o cesación de derechos, pues si se priva de ellos sin causa se estaría infringiendo el carácter inviolable de los derechos y libertades que proclama el artículo 2 de su constitución. Evitar la propagación de la enfermedad para proteger la vida y la salud es lo que ha permitido en Italia considerar los confinamientos como limitación o restricción y no como privación de derechos. Las leyes del Parlamento y los decretos leyes del Gobierno delimitan el alcance de los derechos pero nunca «privan» de los mismos. A la Corte constitucional le compete vigilar por que esa delimitación no desconozca su contenido esencial pues la delimitación de dichos derechos queda entregada al legislador desde el mismo texto constitucional para que los articule con otros derechos o bienes constitucionales¹⁹.

Si alguna medida fuera excesiva será la Corte Constitucional la que lo diga, pero no cabe con carácter general calificar de privación las medidas italianas.

En Francia su Constitución prevé en el artículo 16 poderes de excepción para el Presidente de la República no ejercitables en principio ante

¹⁸ Sobre la doctrina de la Corte Constitucional italiana sobre el contenido esencial de los derechos y libertades puede consultarse «I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale» en Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia Varsavia, 30-31 marzo 2006 ; especialmente en el capítulo introductorio.

¹⁹ Art. 16 de la Constitución italiana: *Todo ciudadano podrá circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional salvo las limitaciones que la ley establezca de modo general por razones de sanidad o de seguridad. Ninguna restricción podrá estar motivada por razones políticas.*

Debe notarse la importancia de la causa. Las razones políticas no son legítimas en tanto que la salud y la seguridad sí.

un tipo de situación como el de la pandemia²⁰. Tampoco el estado de sitio previsto en el artículo 36 de la Constitución francesa es adecuado por más que la Constitución misma no defina en que consiste el estado de sitio. Desde luego, la República francesa ni ha puesto en marcha ni invocado ninguno de tales preceptos constitucionales, sino que aprobó la Ley 2020-290 du 23 marzo para hacer frente a la pandemia. Y lo hizo desde los títulos constitucionales y desde su comprensión constitucional de los derechos y libertades que se recoge en el artículo 34 de la norma suprema donde entrega a la Ley la fijación de las reglas relativas a los derechos civiles y las garantías fundamentales de los ciudadanos en el ejercicio de sus libertades. No se trata, desde luego, de un cheque en blanco al legislador puesto que la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 —a la que remite expresamente su preámbulo— recoge en cierto modo esa idea del contenido esencial al declarar que:

«La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley» (artº 4º de la Declaración).

Desde esa comprensión de los derechos y libertades en Francia la regulación contenida en el artículo Art. L. 3131-15 del Código de salud pública insertado por la Ley 2020-290 de 23 marzo con sus prohibiciones de salir del domicilio o de circular por la calle²¹ se comprende que no es visto como una «privación» de derechos, pues entonces sería contrario a la Constitución, sino como una determinación de los límites que el artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789 y el art. 36 de la Constitución francesa encomiendan determinar al legislador.

²⁰ El artículo se refiere a la amenaza grave e inmediata de las Instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de los compromisos internacionales así como la interrupción del funcionamiento regular de los poderes públicos.

²¹ El artículo L. 3131-15 permite que «en las circunscripciones territoriales en que se declare el estado de urgencia sanitario el Primer Ministro puede por decreto reglamentario adoptado con informe del Ministro de sanidad y a los exclusivos fines de garantizar las salu-do pública: 1º Restringir o prohibir la circulación de personas o vehículos en los lugares y horas fijados por decreto, 2 Prohibir a las personas salir de su domicilio, salvo los desplazamientos estrictamente indispensables para las necesidades familiares o de salud».(Traducción del autor).

Otra cosa es si las concretas medidas —consideradas una a una— fueron desproporcionadas o excesivas, pero la nueva previsión del citado artículo Art. L. 3131-15 del Código de salud se formula en términos inequívocos de «prohibir a las personas salir de su domicilio salvo desplazamientos estrictamente indispensables para las necesidades familiares o de salud» y el Consejo de Estado en su «avis» sobre el proyecto de Ley citado²² no formula la menor objeción a las mismas. Es más, al distinguir entre el Decreto del Primer Ministro de 16 de marzo de 2020 (por el que se adoptaban ya las medidas de confinamiento domiciliario y otras limitaciones de desplazamientos²³) previo a la Ley 2020-290 de 23 de marzo y las mismas medidas adoptadas por el Decreto 2020-293 du 23 marzo 2020 del primer Ministro, pero al amparo ya de la citada Ley del mismo día, va a destacar su plena legitimidad aunque señalando su diferente fundamento²⁴.

La delimitación, limitación o restricción de los derechos y libertades que realiza la Ley 2020-290 de 23 de marzo de acuerdo con el art. 34 de la Constitución y con el 4 de la Declaración de Derechos, nada tiene que ver así con «privación» de tales derechos, sino con determinación de sus límites pues, en su ADN, la libertad y los derechos tienen por límite

²² Así lo explica bajo el n° 15 del informe de la Comisión permanente del Consejo de Estado n° 399873 de 18 de marzo de 2020.

²³ El Decreto disponía: «*Con la finalidad de prevenir la propagación del virus Covid-19, se prohíbe hasta el 31 de marzo de 2020 el desplazamiento de las personas fuera de sus domicilios a excepción de desplazamientos por los motivos siguientes y respetando las medidas generales de prevención de la propagación del virus, así como evitando agrupación de personas.*» (traducción del autor) Las medidas del Decreto de 16 de marzo fueron prorrogadas posteriormente en sucesivos Decretos. El Decreto de 23 de marzo modifica algunos aspectos (fija por ejemplo en 1 hora las salidas para ejercicio físico) o el Decreto de 28 de marzo lo prorroga hasta el 14 de abril.

Las medidas que recogía a continuación era idénticas a las del Real Decreto 463/2020. Una diferencia con España que llama la atención es que se permitían «*desplazamientos breves en la proximidad del domicilio a efectos de la actividad física individual de las personas con exclusión de toda práctica deportiva colectiva.*»

²⁴ Las del día 16 de marzo —sin la cobertura todavía de la Ley a que remite el artículo 34 de la Constitución y el 4° de la Declaración de derechos— nos dice el Consejo de Estado francés (Dictamen N° 399873 de 18 de marzo de 2020) que estaban legitimadas —en ausencia todavía de Ley— por la «teoría de las circunstancias excepcionales» y la necesidad de las mismas (en una decisión posterior, pero ya de carácter contencioso, rechaza los recursos interpuestos contra las medidas del Decreto del primer Ministro de 16 de marzo- Arrêt del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 2020 ya en via contenciosa n° 439800,439818,439855). En cambio las del día 23 de marzo están legitimadas por la cobertura que la Ley les daba, de acuerdo con los citados artículos 34 de la Constitución y 4 de la Declaración de derechos de 1789.

«asegurar a los demás el goce de los mismos derechos». Ello no significa que las concretas medidas adoptadas y el régimen de su control no puedan ser objeto de debate doctrinal²⁵ en cuanto a su oportunidad y riesgos que pueden generar, pero sin poner en duda la legitimidad misma de su adopción, que en ningún caso se configura como una «privación» o «suspensión» de derechos.

El caso de Bélgica es también interesante desde el momento en que su Constitución dispone expresamente en su artículo 187 que «*la Constitución no puede ser suspendida ni total ni parcialmente*»²⁶. Por el *Arreté* del Gobierno Federal de 18 de marzo de 2020 (modificado varias veces; la primera el 23 marzo de 2020) se prohíbe en su artículo 8 la salida del propio domicilio salvo por concretas y limitadas razones²⁷. El fundamento de dichas medidas, de acuerdo con su preámbulo, son distintas leyes sanitarias, de protección civil, función de policía, etc., con invocación de la OMS y el Tratado de Funcionamiento de la UE, además de la urgencia de adoptar medidas. Lo cierto es que las medidas del Gobierno federal continuaron aplicándose y ampliándose e incluso prorrogándose después de los primeros momentos, sin más apoyo que los citados, si bien una legislación especial posterior con efectos retroactivos y convalidantes con base en el artículo 105 de la Constitución belga otorgó al Rey (en definitiva al Gobierno federal) poderes especiales para tomar medidas para combatir la pandemia. Artículo 105 que la doctrina del Consejo de Estado belga²⁸ en un dictamen anterior de 1996 había vinculado, entre otras exigencias, con la existencia de circunstancias excepcionales o de crisis. Serán, en efecto,

²⁵ Vid. Gelblat, Antonin y Marguet, Laurie en «État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états?» en *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, accesible en <https://doi.org/10.4000/revdh.9066>.

²⁶ Vid. sobre Bélgica Frederic Bouhon, Andy Jousten, Xavier Miny, Emmanuel Slautsky, «L'état belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception» en *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2020/1 (n. 2446) accesible en (<https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2020-1-page-5.htm>); también M. Verdussen «La Constitution belge face à la pandémie de Covid-19» en *Confluence des droits* La revue, Revue de l'UMR DICE 7318 Droits International, Comparé et Européen en el Dossier État de droit, démocratie et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 accesible en https://confluence-desdroits-larevue.com/?page_id=1444

²⁷ *Arreté* de 18 de marzo de 2020 del Ministro de Seguridad y del Interior de Bélgica, Art. 8: «Las personas quedan obligadas a permanecer en sus casas. Queda prohibido encontrarse sobre la vía pública y en lugares públicos salvo en caso de necesidad y por razones urgentes tales como:..» (Traducción del autor).

²⁸ Avis n. 25.167/1 du 31 mai 1996.

dos las Leyes²⁹ promulgadas al amparo del citado artículo 105 de la Constitución (habilitando al Rey para tomar medidas para luchar contra la propagación del virus) el 27 de marzo de 2020 que permitan dictar distintos Decretos y decisiones (*arretés*) o convalidar los dictados desde el 18 de marzo, anterior a las leyes citadas.

Lo relevante es la cobertura que el Consejo de Estado belga encuentra para la adopción de esas medidas cuando, a requerimiento del Presidente de la Cámara de representantes, emite su dictamen el 25 de marzo de 2020³⁰ sobre los proyectos de Ley de habilitación al Rey, finalmente aprobados por el Parlamento el 27 del mismo mes. En su dictamen el Consejo de Estado destaca que, aunque las leyes citadas no establecen, ellas mismas, ninguna restricción a las libertades, las medidas que se adopten a su amparo por el Gobierno sí pueden suponer tales restricciones, por lo que será ese el momento de considerar la validez de las mismas, pero teniendo en cuenta que expresamente se prevé en la Ley habilitante de poderes del Rey que tales medidas pueden derogar, completar, modificar o reemplazar cualquier disposición en vigor «*incluso en materias reservadas a la ley*». A partir de esa consideración la ponderación de la validez de las medidas se hará valorando el alcance y justificación de tales medidas, tomando en cuenta si las restricciones son compatibles con los derechos y libertades reconocidas en la Constitución y en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma y los distintos preceptos del Convenio que establecen las restricciones legítimas que pueden tener todos y cada uno de los derechos y libertades³¹.

En definitiva el Consejo de Estado belga califica las medidas de confinamiento y limitaciones de circulación como susceptibles de considerarse incluidas dentro de la categoría de restricciones y limitaciones legítimas³²

²⁹ Se trata de dos Leyes con el mismo título – *Loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19* — con dos números distintos finales (I) y (II) — de 27 de marzo de 2020; la primera con contenido más organizativo y la segunda estableciendo, entre otras cosas, qué medidas podía tomar el gobierno, dando cobertura entre otras al confinamiento domiciliario y las limitaciones de circulación (artículo 5º de la Ley II), acordadas inicialmente por el *Arreté* del Gobierno federal de 18 de marzo de 2020.

³⁰ Avis 67.142/AV de 25 de marzo de 2020.

³¹ Vid. apartado 6 del Dictamen nº 67.142/AG de marzo de 2020 del Consejo de Estado belga, especialmente su apartados 6.1.1 y 6.1.2 en el que con mención expresa de las medidas de confinamiento se recuerda que la CEDH permite autorizar ingerencia en los derechos en función de fines como, entre otros, la protección de la salud.

³² Debe destacarse que en dictámenes anteriores —sobre las primeras medidas de urgencia a adoptar antes del 27 de marzo por el gobierno— fue el propio Consejo de Estado

que la Convención de Roma prevé, al igual que la propia Constitución belga cuando en su título de Derechos y libertades deja al legislador la misión de desarrollar y regular distintos derechos y libertades.

La prohibición de suspensión total o parcial de la Constitución belga que ésta contiene en su artículo 187 no tiene que ver con las medidas adoptadas en Bélgica, puesto que las mismas no suponen tal suspensión ni privación, sino restricciones legítimas previstas en la propia Constitución belga en cuanto apodera al legislador para desarrollar y regular los derechos y libertades y se ajusta las previsiones del Convenio de Roma y al artículo 12.3 PIDCP³³.

Finalmente debe recogerse la singular situación de Portugal en relación con el resto de países europeos puesto que es el único de entre los países europeos en que por una modificación de su Constitución por Ley Constitucional 1/1982 modificó su artículo 19 para sustituir los estados de sitio o excepción —únicos que permitían suspender derechos en la Constitución original de 1976— por los estados de sitio o emergencia, con la peculiaridad de que, en esa reforma de 1982 frente a la redacción originaria de la Constitución (que no precisaba los supuestos determinantes de los estados de sitio y excepción) precisó los dos estados de sitio y emergencia, estableciendo además los supuestos de ambos; supuestos idénticos para ambos estado (agresión efectiva o inminente de fuerzas extranjeras, grave amenaza o perturbación del orden constitucional democrático o calamidad pública). La declaración de uno u otros estado dependía de la gravedad del supuesto; se trataban por tanto de una diferencia gradual y no de naturaleza debiendo destacarse la incorporación del nuevo supuesto de «calamidad pública».

belga quien había recomendado incluir en Ley la posibilidad de acordar medidas como el confinamiento domiciliario; vid. nº 22 de su Avis nº 399873 de 18 de marzo de 2020 sobre un proyecto de Ley de urgencia para hacer frente a la epidemia del Covid-19.

³³ El Gobierno Belga en la respuesta a la encuesta de la Comisión de Venecia (https://www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory/By_topic-F.htm) explica cómo no se trata de la suspensión de derechos prevista en el artículo 187 de su Constitución, sino de restricciones o limitaciones conformes con la Constitución y el Convenio de Roma; vid. contestación al nº 1 de la encuesta explicando que los poderes especiales conferidos al rey no permiten derogar o suspender los derechos y libertades; también la contestación al nº 7 de la encuesta donde afirma que la Constitución belga no permite derogar los derechos y libertades sino que lo prohíbe en su artículo 187, pero que, en cambio, varias disposiciones de la Constitución permiten limitar el ejercicio de los derechos y libertades pero no suspenderlos y, finalmente, la contestación al nº 8 de la encuesta donde ratifica que los derechos y libertades no han sido derogados sino limitados.

A la vez en dicha reforma se modifica el artículo 18 de la Constitución portuguesa para aclarar la finalidad que legitima las «restricciones» que pueden imponer las leyes, pero sólo en los casos expresamente previstos en la Constitución: limitarse a lo necesario para salvaguardar «otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos».

Aparte de la referencia expresa no solo a los derechos sino también a otros intereses, la reforma de 1982 plantea alguna dificultad en Portugal para determinar si la referencia a «restricciones» en el art. 18 excluye lo que no sean tales restricciones, sino meras delimitaciones o fijación de límites de los derechos y libertades que propiamente no serían restricciones. La cuestión radica en que en el Título II de la Constitución portuguesa sobre derechos y libertades no son muchos los supuestos en que en cada derecho se contiene remisiones a la Ley para su desarrollo; ello suscita la dificultad para la Ley de no caer en restricción de derechos y libertades cuando trata sólo de delimitarlos en relación con otros derechos. En todo caso en la práctica el Tribunal Constitucional ha sido flexible en relación con las leyes que, de acuerdo con las competencias de la Asamblea de la República regulan el ejercicio de los derechos.

Esa distinción entre delimitación, limitación y restricción no deja de estar presente en la Constitución portuguesa como señala el profesor GOMES CANOTILHO³⁴. Sea como fuere, lo cierto es que en el caso de la pandemia del COVID-19 el Presidente de la República acudió directamente a la previsión del artículo 19 de la Constitución³⁵ y previa autorización de la Asamblea de la República —como exige la Ley 44/86, de 30 de Septiembre sobre el régimen de los Estados de sitio o de emergencia— dictó su Decreto 14-A/2020 de 18 de marzo declarando el estado de emergencia con fundamento en la situación de calamidad pública provocada por el COVID-19 y acordando medidas de confinamiento domiciliario.

³⁴ Vid Gomez Canotilho, J.J. «Constituição da Republica Portuguesa. Anotada» Ed. Coimbra Editora, 1980, págs 80 a 81 donde señala cierta contradicción al reconocerse la competencia de la Asamblea de la República en materia de derechos y libertades que la propia Constitución establece en el artículo 165 c) (antes 167) para legislar sobre derechos y libertades propone por ello distinguir entre la restricción de derechos de que habla el artículo 18 de la Constitución de Portugal y lo que dicho autor denomina «reglamentación» de los derechos que parecería presuponer unos límites naturales de los mismos.

³⁵ Resulta curioso que mientras en España la Ley orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción o sitio, derogaba expresamente el artículo 25 de la Ley 45/1959 de la dictadura de orden publico que incluía por primera vez en nuestra historia dentro del estado de excepción la calamidad, catástrofe o desgracias públicas, en Portugal un año después —1982— llevasen a la Constitución la calamidad pública como uno de los supuestos del estado de emergencia que allí permite lo que llama «suspender» derechos.

2.3. RECAPITULACIÓN

En todos los países europeos examinados se han adoptado medidas de confinamiento domiciliario, que suponen la prohibición de circular por la vía pública si no es para finalidades concretas y limitadas. El examen realizado conduce a preguntarnos por qué en esos países no se ha considerado que las mismas sean contrarias a la Constitución si materialmente fueran una «privación de derechos». Las Constituciones o declaraciones de derechos de los países examinados reconocen los mismos derechos y libertades y todos son firmantes del CEDH y del PIDCP.

Ante esa realidad, la pregunta que podemos hacernos es cómo es posible que tales medidas, que nuestro Tribunal Constitucional considera una «privación» de la libertad de residencia y de la libertad de circulación, han podido imponerse en todos esos países —bien directamente por los gobiernos con apoyo en normas de protección civil y sanidad, bien previa aprobación de normas especiales con rango de Ley (incluso decretos leyes)— sin que se haya considerado que tales medidas son contrarias a sus vonstituciones por suponer restricciones legítimas.

Si son materialmente una privación de libertad, lo serían en todos los países que las han adoptado. La respuesta es que en ningún país se han considerado «privativas» de los derechos de circulación y residencia o vulneradoras de los mismos, sino legítimas restricciones. Ello debe ponernos sobre la pista de una anomalía de nuestro país en la interpretación y comprensión de los derechos y libertades fundamentales. Anomalía que, como luego se verá, se confirma con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia *Terheş c. Rumanía* de 13 de abril de 2021.

La anomalía española radica en que en todos los países europeos y en la doctrina del TEDH, se entiende que el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos no privan al legislador de la función de desarrollar los mismos para determinar sus límites y restricciones precisamente para articular los derechos de cada uno con los derechos de los demás y con otros bienes y valores constitucionales.

En toda Europa se considera que son limitaciones o restricciones legítimas que no constituyen ni privaciones ni violaciones de los derechos. Es la misma consideración común de los derechos y libertades que luce en el CEDH y en el PIDCP.

Portugal es el único país europeo, salvo error por nuestra parte, que obligado por la reforma de su texto constitucional en 1982 ha acudido a declarar un estado de emergencia en el que su Constitución permite «suspender» derechos lo que supone una excepción en toda Europa de-

rivado de su propia Constitución y en ningún caso del CEDH o del Protocolo 4 adicional a dicho Convenio.

Ninguno de los demás países examinados considera que los confinamientos o restricciones de movilidad fuera del domicilio pueden calificarse como «privación» de derechos como ha considerado nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021. De la singularidad en que queda la doctrina constitucional española respecto a la europea es consciente el propio TC en su sentencia³⁶ pretendiendo explicarla con una vaga alusión a «diferencias estructurales de los distintos ordenamientos» muy difícil de entender: si nuestras medidas se consideran aquí materialmente una privación de derechos, idénticas medidas en Europa deberían considerarse también como privación; y nada en los ordenamientos de todos esos Estados —con los mismos derechos y libertades y signatarios del CEDH y del PIDCP— explica que una «privación» de los mismos pueda hacerse con base en una simple Ley que violaría cualquier Constitución que merezca tal nombre.

Lo que ocurre es que todos los Estados entienden que no se trata de ninguna privación, sino de una delimitación, limitación o restricción que tiene su fundamento en los límites intrínsecos de los derechos: los derechos de los demás; en este caso la vida y la salud.

3. La diferencia de trato en la Sentencia 148/2021 de los derechos y libertades de los artículos 17.1, 27 y 38 de la Constitución respecto de la libertad de circulación y residencia del artículo 19 de la norma suprema

El recurso de inconstitucionalidad presentado por VOX que da lugar a la STC 148/2021 pretendía que se declarase en relación con el artículo 7³⁷ del Real Decreto 463/2020 que sus previsiones vulneraban los derechos de libertad y seguridad del art. 17 de la CE, de elección de residencia y libre circulación por el territorio nacional del art. 19 CE, de reunión y manifestación del artículo 21 CE y a la legalidad penal del artículo 25 CE . Tam-

³⁶ «Medidas que —no es ocioso recordarlo— son en gran parte similares a las adoptadas por otros países cercanos al nuestro, por más que las diferencias estructurales existentes entre los diversos ordenamientos hayan generado, lógicamente, controversias formuladas en distintos términos». (FJ 11º pág. 93.607 del BOE de 31 de julio de 2021)

³⁷ Las limitaciones del art. 7 del Real Decreto 463/2020 son las que aquí interesan en relación con las limitaciones de circulación de personas por vías o espacios públicos (art. 7.1 del RD) o de vehículos por vías de uso público (art. 7.3 o carreteras (art. 7.5) que son los que se llevan al fallo de la Sentencia.

bién se consideraban suspendidos el derecho a la educación y libertad de empresa (arts. 27 y 38 CE) por otros artículos del Real Decreto 463/2020³⁸.

La violación del artículo 17.1 la pretendía el recurso de VOX sobre la base de lo que denomina en su escrito «confinamiento domiciliario» con ese término ampliamente aceptados por los medios de comunicación y la opinión pública y, desde luego, por la generalidad de la doctrina³⁹. Para justificar su empleo señala el recurso que ese confinamiento *«se asemeja a la sanción del arresto domiciliario de la disciplina militar y a la pena privativa de libertad con localización permanente, en cuanto supone una prohibición general de abandonar el domicilio»*. De ese modo pretende que siendo materialmente igual el efecto y consecuencias de las medidas del artículo 17.1 del Real Decreto de alarma que el que producen esas penas del Código Penal se estaría propiamente ante una privación de libertad.

Ha habido bastantes autores que han calificado también el confinamiento domiciliario como equivalente a la pena de arresto domiciliario o de localización permanente del artículo del Código penal y en todo caso como constitutiva de una situación de privación de libertad⁴⁰ del art. 17.1 CE. En efecto el artículo 35 del Código penal vigente establece que es pena privativa de libertad la de «localización permanente»; pena que, de acuerdo con el artículo 37 del mismo Código, obliga al penado *«a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado»*.

Desde el punto de vista material no cabe duda de la semejanza de esa pena que el Código penal establece como privativa de libertad con el con-

³⁸ El artículo 27 CE por el art. 9 del decreto de alarma y el 38 por el art. 10 del mismo decreto.

³⁹ En una de las más tempranas obras publicadas sobre el Estado de alarma declarado en marzo de 2020 (el nº 86-87 del «El Cronista del Estado social y democrático de Derecho», Iustel) prácticamente todos los autores —juristas y profesores de Universidad— emplean el término «confinamiento domiciliario» para describir el contenido de las medidas. Lo mismo ocurre con el igualmente madrugador libro sobre las medidas contra la epidemia de Vicente Álvarez García, Vicente, Flor Arias Aparicio y Enrique Hernández Díez «Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia». Iustel.

⁴⁰ Vid. entre otros Aragón Reyes, M en «Hay que tomarse en serio la Constitución», El País, 10.04.2020 donde consideraba las medidas como una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles; también Álvarez, Javier en «Estado de Alarma o de excepción» en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL (2020) habla de que al ciudadano «se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio» pág. 13. En Portugal el profesor Jorge Reis Novais en «Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial» accesible en la página <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/sostiene-que-tal-decreto-debió-suspender,-de-acuerdo-con-la-Constitución-portuguesa-su-artículo-27,-pues-las-medidas-adoptadas-afectan-a-la-libertad.-En-contra-de-su-tesis-Melo-Alexandrino,-José-«Devia-ouie-direito-à-liberdade-ser-suspenso?»-Resposta-a-Jorge-Reis-Novais-en-el-mismo-observatorio-Almedina-en-la-página-web-citada.>

finamiento domiciliario, si bien con la gran diferencia de su «causa»⁴¹, aparte de las salidas a la calle que se permiten por determinadas y limitadas razones en el caso Covid-19. La doctrina de la «causa», tan relevante siempre para el Derecho, no mereció en cambio ninguna reflexión en la STC 148/2021⁴²; pero tampoco la merecieron las posibilidades de salida del domicilio para circular que la sentencia no considera relevantes para descartar la calificación del confinamiento domiciliarios como «privación» de las libertades de circulación y residencia del artículo 19 CE idénticas, según la sentencia, a una «suspensión» de las mismas. Debe notarse que el término «privación» es el que emplean tanto el art. 17.1 CE como el art. 5 del CEDH por lo que la utilización del mismo es relevante en un asunto que afecta a la libertad del art. 17.1 CE. También lo es por emplearlo la sentencia como expresivo del grado máximo de intensidad de una limitación o restricción⁴³.

Llegados a este punto lo relevante ahora es que la STC 148/2020 realiza una distinción entre la vulneración de la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE) que declara que se ha producido y las demás violaciones de los artículos 17, 27 y 38 de la Constitución que rechaza. Esa diferencia de trato en relación con medidas que afectan intensamente a distintos derechos merece una reflexión en profundidad.

La STC 148/2021 rechaza radicalmente que los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 infrinjan la libertad personal del artículo 17.1 CE, «pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva».

⁴¹ En un caso medidas provisionales de privación de libertad por razón de delito o de investigación de un delito y en otros medidas restrictiva de libertad para evitar la propagación de una pandemia susceptible de provocar la muerte.

⁴² Vid. sobre la doctrina de la causa el artículo del autor «La terrible confusión entre limitar y suspender derechos» en la página web de Agenda pública del 6 de julio de 2021; accesible en

<https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos>

⁴³ La formulación del Real Decreto 463/2020 es menos radical que la de otros países antes vistos. En efecto el artículo 7 del mismo arranca con la afirmación de que «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». Ello diferencia las medidas españolas de las de Francia que presentan una formulación directa de «prohibición» de abandono del propio domicilio («se prohíbe hasta el 31 de marzo todo desplazamiento de las personas fuera de su domicilio salvo los desplazamientos por los motivos siguientes:» Artículo 3.1 del Décret no 2020-293 du 23 mars 2020) o de las de Bélgica («las personas quedan obligadas a permanecer en sus casas. Está prohibido encontrarse en la vía y lugares públicos salvo en caso de necesidad y por razones urgentes como las siguientes»: Artículo 8 del Arrêté de 23 de marzo de 2020 convalidado por la Ley de 27 marzo de 2020).

Es decir, no se trata para la sentencia de que las restricciones o limitaciones al no ser ni excesivas, ni desproporcionadas, ni injustificadas no infrinjan el artículo 17.1 CE, sino de algo mucho más radical: **de que no afectan al derecho de libertad personal del artículo 17.1 CE**⁴⁴.

Esta afirmación de que «no afectan» a la libertad personal del artículo 17.1 CE no resulta aceptable en los términos de nuestra propia Constitución, aunque pueda prestarse a debate si se tiene en cuenta la distinción que el TEDH hace entre la libertad personal y la de circulación; distinción forzada en el caso de Estrasburgo por la circunstancia de que la libertad de circulación no aparecía con ese nombre en 1950 en el CEDH, incorporándose más tarde en el art. 2º del Protocolo adicional 4 de 1965. Forzada también en el ámbito del CEDH y sus Protocolos por el hecho de la existencia de Estados parte del CEDH, pero no firmantes del Protocolo 4^o⁴⁵. Forzada, finalmente, porque la jurisprudencia de la CEDH se ha construido en muchos casos⁴⁶ en relación con supuestos de medidas preventivas

⁴⁴ «Procede a continuación descartar los siguientes reproches que se dirigen el precepto impugnado: a) 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». (pág. 93587 BOE de 31 de julio 2021).

⁴⁵ En los votos disidentes en el asunto *Tommaso c. Italia* (23 febrero 2009 nº 43395/09) de los jueces Pinto de Albuquerque y Küris se ponen de manifiesto los problemas que determina que la ausencia de firma del Protocolo 4 suponga que en unos países, según sean firmantes o no, se considere que unos mismos hechos caen bajo el art.5 del CEDH y en otros bajo el art. 2 del Protocolo 4 adicional al Convenio. Vid. del voto del juez Pinto Albuquerque números 15 y 20 y del juez Küris los números 2 y 7.

En el nº 15 del voto de Pinto Albuquerque se denuncia lo contradictorio de la solución del asunto *Tommaso*: *«por una parte en “Guzzardi” el Tribunal sostuvo que las medidas de prevención aplicadas al demandante en virtud de la ley de 1956 implicaban una privación de libertad. Por otra en asuntos posteriores a “Guzzardi”, comenzando por la desafortunada sentencia “Raimondo”, el Tribunal ha juzgado que las medidas en cuestión no constituían una privación de libertad, sino una mera restricción de la libertad de circulación. En mi opinión el Tribunal debería volver a los principios fundamentales de “Guzzardi” como lo ha hecho explícitamente en “Ciulla”»*

En el nº 2 del voto de Küris sostiene: *«la conclusión de la mayoría en el presente asunto según la cual el artículo 2 del Protocolo nº 4 es aplicable a la situación del demandante, mientras que el art. 5 no lo es, significa simplemente que una forma de privación de libertad al menos se considera como tal mientras el Estado miembro no sea parte de pleno derecho del Protocolo 4º y que la misma forma de privación de libertad cesa de ser privación de libertad una vez que el Protocolo 4 entra en vigor en dicho Estado miembro. Por extensión esto significaría que lo que puede ser privación de libertad en un Estado miembro puede no serlo en otro.*

Y en el nº 7 de su voto Küris afirma: *«Ciertamente hay también una violación del art. 2 del Protocolo 4º, pero —dado que cualquier atentado al derecho a la libertad de una persona engloba siempre, por definición, un atentado a su libertad de circulación— la constatación de una violación del art. 2 del Protocolo 4º habría quedado cubierto por la constatación «mas general de una violación del art. 5».*

⁴⁶ *Asuntos Guzzardi v. Italy* nº 7367/76 §95 de 6 noviembre 1980; *Ciulla v. Italy*, 22 Febrero 1989, § 40, *Mancini c. Italie*, nº 44955/98, § 17, 2 de agosto 2001; *Labita c. Italie* [GC],

impuestas a personas por su peligrosidad social desconectadas de la persecución o cumplimiento de penas por delitos concretos⁴⁷.

Ello hace necesario analizar la cuestión desde el punto de vista de nuestra Constitución y de las circunstancias concretas de medidas adoptadas para evitar la propagación de una grave enfermedad, sin perjuicio de hacer al final referencia a la doctrina de TEDH en su sentencia *Terheş c. Rumanía* de 13 de abril de 2021

En términos estrictos de nuestra Constitución y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (al igual que, recientemente, el Tribunal Constitucional alemán⁴⁸) las medidas objeto de recurso de la recurrente suponen injerencias en la libertad del art. 17.1 CE. Así en la STC 341/1993 —en relación con la medida de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de acompañar a un agente de la autoridad a la comisaría más próxima para identificación— se declaró que «*la citada medida ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 C.E.*». En el mismo sentido otras sentencias (SSTC 178/1985 de 19 de diciembre⁴⁹

nº 26772/95, § 195, 6 de abril 2000 ; *Raimondo c. Italie*, 22 febrero 1994, § 39, série A nº 281A ; *Ciancimino c. Italie*, nº 12541/86, decisión de la Comisión de 27 mayo de 1991. Decisiones e informes, 70 ; *Vito Sante Santoro c. Italie*, nº 36681/97, de 1 julio 2004; *S.M. c. Italie* (déc.), nº 18675/09, 8 octubre 2013; *Ciobanu c. Roumanie et Italie*, nº 4509/08, § 22, 9 julio 2013; *Buzadji c. République de Moldova* [GC], nº 23755/07, § 104, 5 de julio 2016 ; *Lavents c. Letonia* de 28 de noviembre de 2002; *Nikolova c. Bulgaria* (nº 2) de 30 septiembre 2004 ; *Ninescu c. Republica de Moldavia* de 15 julio 2014 y *Delijorgji c. Albania*, 28 abril 2015.

⁴⁷ Vid las observaciones del juez Pinto de Albuquerque en los números 2, 8 y 31 de su voto disidente en el asunto *Tommaso c. Italia* sobre las medidas de prevención en función de la peligrosidad o inclinación al delito fundadas en un juicio probabilístico e indeterminado de la conducta futura del sujeto. Así en el nº 31 sostiene: «*en mi opinión era obligatorio que el Tribunal hubiera ido más allá, pronunciándose sobre la delicada cuestión de la compatibilidad de la Convención con la privación del derecho a la libertad ante o praeter delictum con fines de prevención de infracciones penales.*»

⁴⁸ En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su decisión de 19 de noviembre de 2021 considera que los toques de queda impuestos durante la pandemia constituyen «injerencias» —aunque legítimas por necesarias e idóneas— en la libertad del artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn equivalentes a nuestro art. 17.1 CE.

⁴⁹ «*La restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como revela, por lo demás, el art. 5 citado, al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita, y al enumerar, junto al referido a un hecho delictivo, otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad. El art. 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta li-*

sobre arresto domiciliario del quebrado o 13/2016, sobre medida de internamiento urgente por trastorno psíquico).

Si tener que acompañar por el tiempo indispensable para identificación bajo sanción de multa se consideró que era una modalidad de privación de libertad del 17.1 CE, no poder salir del domicilio permanentemente durante la duración de la alarma (salvo en concretos supuestos) bajo la misma sanción de multa, con mayor razón debería suponer una modalidad de privación del 17.1 CE. Otra cosa es, como ocurría en la STC 341/1993, que, pese a afectar la medida a la libertad personal del art. 17.1 se llegase a la conclusión de que no había vulneración de tal libertad por razones concretas de su finalidad, intensidad, etc..

Desde nuestra Constitución y desde la doctrina de la Sentencia 341/1993 y las ya citadas —SSTC 178/1985 y 13/2016, así como muchas otras— lo que procede es reconocer que las medidas del art. 7 del Real Decreto 7463/2020 sí afectan⁵⁰ a la libertad del 17.1 CE como se desprende, para empezar, de que parte de la doctrina haya considerado el confinamiento como equivalente en sus efectos a una privación de libertad como es el caso de la «localización permanente» en el propio domicilio (arresto domiciliario antes).

Por lo que hace al derecho a la educación y a la libertad de empresa que los recurrentes configuraban como una suspensión de derechos del art. 55 CE al haberse suspendido las clases y ordenado el cierre de la mayor parte de las actividades (todas las no esenciales) la STC 148/2021 rechaza esa asimilación con la suspensión, en contra de lo que hace con la libertad de circulación y residencia; se rechaza además tomando en cuenta, en ese caso sí, la situación de pandemia, la necesidad de las medidas, su idoneidad y proporcionalidad⁵¹.

*bertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable, como se explica en el fundamento siguiente, es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esta limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido el arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 de la Constitución, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra».*FJ 3, STC 178/1985

⁵⁰ Hay que subrayar que una cosa es que afecte al ámbito de la libertad del 17.1 y otra que la infrinja o no. Esto solo podrá determinarse después de analizar todos los aspectos de la medida.

⁵¹ Sobre el derecho a la educación el FJ 8º último párrafo de la Sentencia afirma que «la constricción extraordinaria del derecho fundamental a la educación (art. 27.1 CE), que

3.1. LA FORMA DE ABORDAR LA AFECCIÓN AL ARTÍCULO 17 CE EN LA STC 148/2021 DE 14 DE JULIO

La STC 148/2021 prescinde, a efectos de la vulneración del 17.1 CE, del análisis de las concretas medidas adoptadas y de su finalidad, necesidad, idoneidad por considerar que las mismas no afectan a la libertad personal del citado precepto; parecería decir que no tienen nada que ver con la libertad personal cuando en el [FJ 4 letra a)] afirma

«a) 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» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4) 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» (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). No es este el caso del precepto controvertido; 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, como subraya —lógicamente, en otro contexto— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada decisión de 13 de abril de 2021, asunto Terheș c. Rumanía, § 42 y 43» (pág. 93587 BOE de 31 de julio)

No es posible entender las tres razones para afirmar que no existe «afección» o no tiene nada que ver con la libertad del art. 17.1 de la Constitución: 1) que la libertad garantizada por el 17.1 es la de quien orienta libremente su conducta; 2) que solo puede hablarse de «privación» cuando de cualquier modo se obstaculice la autodeterminación de la conducta y 3) que la persona no queda privada de la libertad del 17.1 CE que la demanda invoca como subraya el TEDH en la Sentencia *Terheș c. Rumanía*.

prescribió el artículo 9 del Real Decreto 463/2020 contó con fundamento suficiente en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES) y no resultó desproporcionada, por lo que tal decisión no es inconstitucional»

Sobre la libertad de empresa el FJ 9º en su apartado ii) afirma: *«La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger».*

3.2. LA IDEA DE LIBERTAD «COMO ORIENTACIÓN DE LA PROPIA ACCIÓN» SEGÚN LA STC 341/1993 INVOCADA POR LA STC 148/2021 PARA NO ENTRAR EN EL ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE CONFINAMIENTO

Si la libertad es la libre «orientación de la propia acción», no es fácil saber por qué no afecta al ámbito del artículo 17.1 CE la prohibición de salir del propio domicilio bajo amenaza de la multa que establecía el confinamiento⁵² salvo en los casos permitidos de lícita salida a la calle. Podría entenderse que se valorase si era excesivos o no los supuestos de lícita salida del domicilio, pero resulta difícil de entender que se afirme tajantemente que la «orientación de la propia acción» no queda afectada, en los más mínimo, cuando lo cierto es que no se puede salir a la calle cuando cada uno quiere («orientación de la propia acción»), sino solo en los supuestos que prevé el decreto de alarma.

Menos aún puede entenderse con la sucinta cita de unas palabras — orientación de la propia acción— de la Sentencia 341/1993 del propio TC. La lectura detallada de los párrafos de esa STC 341/1993 desvela por fin su sentido, pero justamente para invalidar⁵³ el argumento de la STC 148/2021 sobre por qué no entra en el análisis de la medida de confinamiento.

⁵² Al margen de la cuestión de la validez de la cobertura sancionadora en el artículo 20 del Real Decreto 463/2020 del régimen sancionador

⁵³ STC 341/1993 de 18 de noviembre FJ 4º: «*La situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos (requerimiento), hasta “dependencias próximas” en las que el sujeto habrá de permanecer, si bien por “el tiempo imprescindible” para realizar las diligencias de identificación y debe hacerse constar que la desatención a aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas [arts. 20.4 y 26 h) de la LOPSC]. Siendo esto así, la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: volui, sed coactus volui... La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65).*

La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido