

**Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020.**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que sustenta el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020.

Disiento así, no solo del fallo de la sentencia, sino de los argumentos que han conducido a la mayoría a una conclusión parcialmente estimatoria de la inconstitucionalidad del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, del Acuerdo de autorización de la prórroga aprobado por el Congreso de los Diputados y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma.

No se trata solo de que considere que existían argumentos alternativos y más idóneos para llegar a otra conclusión sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas. En este caso también me aparto del proceso lógico seguido por el Pleno, porque la línea argumental escogida en la sentencia es ajena a una comprensión restrictiva del derecho constitucional de excepción, en contradicción con la posición adoptada al aprobar la STC 148/2021, de 14 de julio, sin que la sentencia justifique el cambio de paradigma; ignora la evolución constitucional del Estado autonómico, que ha tenido 40 años para desarrollarse desde que se aprobara la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; y acude, para sustentar sus razonamientos, a conceptos completamente ajenos a la teoría constitucional, y esencialmente contradictorios con la jurisprudencia que, también durante cuarenta años, ha ido desarrollando el Tribunal Constitucional.

Lo dicho denota un problema metodológico en la sentencia, cuestión a la que dedicaré la primera parte del voto particular, para abordar después, en una exposición breve, cual considero que debió ser la respuesta del Tribunal al recurso de inconstitucionalidad planteado por 52 de los 53 diputados que votaron contra la prórroga del segundo estado de alarma de aplicación a todo el territorio nacional (en adelante me referiré a este como el segundo estado de alarma).

I. La necesidad de coherencia de la interpretación constitucional en torno al derecho de excepción.

*a) La importancia de la jurisprudencia constitucional en la definición del derecho de excepción.*

El juez o jueza constitucional lleva sobre sí el peso de una declaración de inconstitucionalidad que desarrolla efectos normativos inmediatos, con alcance general, en todos los procesos de control de constitucionalidad de las leyes o de las normas con rango o valor de ley, como sucede en el supuesto que ahora nos ocupa. Y ese peso le obliga a tener en cuenta la repercusión que sobre el ordenamiento jurídico tiene su decisión y a intentar la conservación de la norma enjuiciada por el propio principio de conservación de las normas jurídicas.

Estas consideraciones son especialmente válidas si tenemos en cuenta que el control de constitucionalidad sobre el derecho constitucional de excepción, exige un examen formal de los procedimientos de adopción de los estados excepcionales, pero también y principalmente un examen material y axiológico, que valore dos elementos esenciales: la finalidad que busca la proclamación de un estado de emergencia constitucional, que no puede ser otra que la recuperación de las condiciones que aseguren la normalidad constitucional, y la adecuación entre medios y fines, de manera que las medidas concretas adoptadas estén única y exclusivamente encaminadas a recuperar los estándares básicos de normalidad constitucional dentro de los márgenes exigidos por la Constitución.

La posición del Tribunal Constitucional como juez de control de la actividad de los poderes del Estado, es decir, el sometimiento de los poderes públicos a la doctrina del Tribunal Constitucional implica además una extensión de los efectos de sus pronunciamientos que no puede ser obviada por el Tribunal. Por eso es tan importante que la interpretación constitucional de las normas se sustente en un cuerpo consistente de reglas interpretativas, cuya funcionalidad está al servicio de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, y de la preservación del propio estado de derecho. Además, la función de garante de la Constitución que desempeña el Tribunal Constitucional exige que este tome conciencia de su necesaria conexión con las realidades del tiempo en el que se le llama a resolver determinados conflictos de base

constitucional. Así la actividad hermenéutica constitucional debe ser congruente con la propia Constitución, leída esta a la luz de los acontecimientos presentes.

A mi juicio, la posición de la que discrepo ni es congruente con el texto Constitucional, ni atiende a la jurisprudencia precedente, ni se conecta con la realidad social del momento histórico que estamos viviendo. El pronunciamiento de la mayoría pretende hacer una lectura del derecho constitucional de excepción completamente ajena al modelo de estado autonómico, desarrollado tras la aprobación de los Estatutos de Autonomía, como si fuera posible valorar medidas adoptadas en 2020 con una óptica retrospectiva y estática ubicada temporalmente en el año 1981. La interpretación constitucional no puede ser exclusivamente originalista, ni literalista, ni siquiera intencionalista, en un marco de rigidez constitucional como el que protagoniza el modelo de reforma de la Constitución de 1978. O se asume un modelo interpretativo complejo y evolutivo de la Constitución o será imposible mantener su vigencia real a largo plazo. Llevado este argumento al terreno de la construcción jurisprudencial del derecho constitucional de excepción, ante la inactividad del legislador para actualizarlo, solo la interpretación constitucional hubiera permitido definirlo en el contexto del siglo XXI y de la crisis sanitaria global que hemos vivido. Pero entiendo que el Tribunal no lo ha hecho, alejándose con ello de la obligación que tenía para con la ciudadanía y, por añadidura, de la ciudadanía misma.

*b) La falta de coherencia de esta sentencia con las previas relativas al estado de alarma declarado para combatir la pandemia.*

El conjunto de las sentencias constitucionales que están siendo dictadas en relación con los sucesivos estados de alarma, decretados desde el 14 de marzo de 2020, está redefiniendo el modelo de derecho constitucional de excepción que se deduce de la Constitución de 1978 y de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en adelante LOAES), provocando un doble efecto.

(i) Por un lado provoca confusión en los destinatarios de la norma, respecto de cuál es el modelo normativamente definido por la Constitución en relación con los estados excepcionales. No está claro qué estado ha de decretarse cuando se dan determinadas circunstancias, porque se prioriza el análisis de las medidas sobre el examen de las situaciones habilitantes. Y, por tanto, parece que el confinamiento domiciliario (STC 148/2021, de 14 de julio) exige declaración de

estado de excepción, pero el confinamiento perimetral o el toque de queda no (sentencia actual), aunque las razones para adoptar una y otras medidas sean idénticas.

Ahora bien, para llegar a esta conclusión, la STC 148/2021 interpreta directamente los arts. 55 y 116 CE, obviando el desarrollo que de ellos hace la LOAES, que no se considera *de facto* bloque de la constitucionalidad, mientras que para decidir en el presente pronunciamiento que sí era pertinente la declaración del estado de alarma, acude a la LOAES como norma integrante del bloque de la constitucionalidad. Se modifica el planteamiento sin explicar en modo alguno por qué en julio no se tuvo en cuenta esta naturaleza de la ley orgánica como parámetro directo de constitucionalidad del decreto enjuiciado y, sin embargo, en este caso, es presupuesto de análisis. O el derecho constitucional de excepción viene definido esencialmente en la Constitución, o es preciso considerarlo definido en un bloque normativo compuesto por la Constitución y la LOAES. Pero no creo que sea posible sostener las dos premisas argumentales.

A mi juicio, como expuse en el voto particular a la STC 148/2021, la LOAES es, efectivamente, bloque de constitucionalidad y sólo considerándolo de este modo es posible formular una interpretación racional del alcance de los distintos estados excepcionales. Ya cuestioné en el voto a la sentencia mencionada que el Tribunal hubiera optado por una interpretación formalista de los arts. 55 y 116 CE, para concluir con la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. La STC 148/2021, desde la afirmación de que los arts. 55 y 116 CE, no “contemplan las causas de declaración de los estados excepcionales y, por tanto, son sus efectos el elemento determinante de la distinción entre estado de alarma y estado de excepción”, y obviando que esas causas sí aparecen en la LOAES, formula un juicio abstracto que gira en torno a las ideas de limitación y suspensión de los derechos y de afectación o no de su contenido esencial, que concluye con la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 impugnado, por inadecuación de la fórmula de declaración del estado de alarma. En cambio, en la sentencia que resuelve el actual recurso de inconstitucionalidad se asume la naturaleza completiva de la LOAES para declarar inconstitucional la prórroga del estado de alarma (en este caso materialmente adecuado al no suspender derechos fundamentales).

Ahora bien, la noción de bloque de constitucionalidad no puede ser meramente utilitarista, ni un concepto exclusivamente instrumental al servicio de cada concreto pronunciamiento del

Tribunal. O la Constitución precisa del desarrollo legal para su completa comprensión, por haber dejado espacios abiertos que el legislador debía completar, como claramente se contempla en la relación existente entre Constitución y Estatutos de Autonomía, por ejemplo, o no lo precisa, en cuyo caso basta la referencia directa a su texto. Pero no puede ser una cosa y su contraria a la vez.

Las divergencias entre la presente sentencia y la STC 148/2021, no se limitan a lo expuesto, y se refieren también a los efectos de una y otra. Si en la aprobada el 14 de julio se estableció en su FJ 11 apartado c) que “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, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”, en la sentencia actual nada se dice, en su FJ 11, en relación con la derivación de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, lo que deja un espacio abierto a la interpretación excesivamente ambiguo, habida cuenta, además, de lo escueto del pronunciamiento relativo a los efectos y alcance del pronunciamiento al que se opone este voto.

Nada impide al Tribunal Constitucional, en idéntica o diversa composición modular o incluso modificar sus líneas jurisprudenciales previas, pues ni la Constitución, ni su Ley Orgánica de desarrollo lo vinculan a sus propios precedentes. Pero esos cambios, también posibles en los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria, exigen motivación suficientemente explicativa del cambio para ser respetuosos con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y con la obligación de motivación de las resoluciones judiciales en relación con la garantía del principio de igualdad (arts. 14 y 24.1 CE).

(ii) Por otro lado parecería que el modelo de derecho constitucional de excepción, jurisprudencialmente definido, es el de la negación sin proposición. La mayor parte de las medidas adoptadas son inconstitucionales, pero no es posible deducir de la jurisprudencia cual hubiera sido la alternativa constitucionalmente legítima, de modo tal que si el modelo normativo no es claro, lo es menos el modelo jurisdiccional alternativo. Al legislador, cuya autonomía definitoria queda limitada por los pronunciamientos constitucionales, no se le ofrecen parámetros de desarrollos claros, para que sea capaz de hacer frente en el futuro a situaciones equivalentes dentro del marco de la Constitución. Se le está diciendo que las opciones adoptadas son

inconstitucionales, sin marcar claramente una doctrina que permita definir un ámbito de autonomía legislativa constitucionalmente viable. Con lo que se corre el riesgo de persistir en el error constitucional, sin que la actividad interpretativa de este Tribunal haya contribuido en nada a perfilar los márgenes del derecho constitucional de excepción.

Así, se deduce de los pronunciamientos hasta ahora emitidos que para decretar un *lockdown*, como el del primer estado de alarma, era necesario acudir al estado de excepción, pero no para limitar la autonomía deambulatoria según un modelo de cierre perimetral territorialmente definido o de toque de queda. Salir de casa, pero no del barrio, es una medida que puede adoptarse a través de la declaración del estado de alarma, pero salir de casa sólo para realizar determinadas actividades exige adoptar un estado de excepción. Y estaría por ver qué otro tipo de medidas futuras se consideran suspensivas o meramente limitativas de derechos. Al tiempo, extender medidas adecuadas del Estado de alarma por un período de seis meses, es desproporcionado pese al silencio normativo a este respecto. No obstante, desconocemos, ante este mismo silencio normativo, cual sería una extensión temporal proporcionada habida cuenta de que, según el razonamiento de la sentencia no estamos ante la suspensión de derechos, sino ante su mera limitación.

De la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 2109-2020 se deduce también que una suspensión parcial de la actividad parlamentaria durante cuatro semanas supone un menoscabo inaceptable de la función de control del Parlamento, cuya posición debe ser preservada en el marco de la declaración de estados excepcionales. Sin embargo, el actual pronunciamiento, niega a ese mismo Parlamento la facultad plena de determinar sus propias facultades de control, y la periodicidad con la que decide que ese control sobre la declaración del estado excepcional deba ser realizado. Pareciera que la jurisprudencia constitucional ha de salvar al Parlamento de sí mismo, aunque para ello deba limitar las propias capacidades decisorias de la Cámara, en el punto clave que define su posición como sujeto de control del ejecutivo en el marco de los estados excepcionales: la definición de la extensión concreta del estado de alarma y la periodicidad de su renovación.

Por último, del actual pronunciamiento, se deriva que el derecho constitucional de excepción debe ser ciego al modelo real y actual de distribución territorial del poder, derivado del bloque de la constitucionalidad y de la interpretación constitucional de ese cuerpo normativo.

Paradójicamente, el reparto de responsabilidades que prevé el Decreto impugnado, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a la hora de adoptar medidas concretas y adaptadas a cada territorio que eviten la propagación del virus, asume un modelo de gobernanza descentralizado y acorde con el modelo constitucional de distribución del poder, pero resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad compuesto por los arts. 55 y 116 CE y la LOAES, que son ajenos a ese sistema de distribución del poder entre Estado y Comunidades Autónomas, por ser previos a su desarrollo. Parece, entonces, que el Tribunal ha pasado de considerar en julio que no hay un bloque de constitucionalidad de excepción, a entender en octubre que no solo existe, sino que puede sobreponerse al bloque de constitucionalidad genuinamente desarrollado en España para construir modelo constitucional de distribución territorial del poder.

En síntesis, el Tribunal se sitúa en una posición difícil de entender y casi imposible de explicar.

La interpretación constitucional sobre preceptos apenas activados en cuatro décadas de vigencia de la Constitución, no es sencilla y posee una carga creativa sumamente alta, que exige una coherencia argumental que no encuentro en las sentencias sobre el estado de alarma. Si hemos de hacer una lectura y una interpretación del derecho constitucional de excepción adaptada al año 2021, y que asuma la incapacidad del texto constitucional para prever una situación de pandemia mundial como la que estamos viviendo, esa lectura actualizada no puede obviar ni nuestro actual modelo de distribución del poder, ni la necesidad de asegurar un modelo de *check and balances* que integre las relaciones actuales entre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, así como los cambios en nuestro sistema parlamentario actual, tan distante del de 1978, y la complejidad del tráfico jurídico.

La sentencia de la que discrepo, leída como un capítulo de una línea jurisprudencial más amplia formada por las SSTC 148/2021 y 168/2021, de 5 de octubre, desarrolla un modelo de derecho constitucional de excepción totalmente ajeno al sistema constitucional español. El Tribunal intenta establecer un modelo centralista de derecho de excepción, gradualista y basado en la construcción decisionista de un concepto, el de suspensión de los derechos fundamentales, que no se ajusta ni al desarrollo autonómico, ni al bloque de constitucionalidad conformado por los arts. 55 y 116 CE y por la LOAES, ni a la teoría de los límites a los derechos fundamentales, que se deriva del derecho internacional de los derechos humanos.

Pero no solo es ajeno a nuestro sistema constitucional, sino que tampoco se adapta adecuadamente a las exigencias de la necesaria coherencia, por lo que no es capaz de cerrar, como si lo hizo en su día en otros ámbitos como el estado constitucional autonómico, un marco seguro en el que se puedan efectuar futuros desarrollos normativos o jurisprudenciales, desde el respeto al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

*c) La ausencia de motivación suficiente en el desarrollo de diversos cánones atípicos.*

Tanto la STC 148/2021, como esta de la que discrepo, desarrollan cánones de enjuiciamientos nuevos y sumamente atípicos, sin apoyo referencial alguno ni en el derecho internacional, ni en el derecho europeo, ni en el derecho comparado, y sin base dogmática o teórica bastante.

En la sentencia aprobada el 14 de julio, se valoraba si las medidas adoptadas en la declaración del primer estado de alarma eran suspensivas de los derechos fundamentales, admitiendo que la suspensión es una forma de limitación de los derechos, pero sin aplicar el canon clásico del alcance de los límites de los derechos fundamentales. Ese mismo parámetro interpretativo se trae a los fundamentos jurídicos 3 al 7 del actual pronunciamiento, para descartar que haya existido, en relación con las medidas enjuiciadas, suspensión de los derechos afectados. Pero la argumentación se sustenta en el mismo decisionismo de la STC 148/2021.

Como sostuve entonces en el voto particular a la sentencia del 14 de julio, “(u)n recorrido por las reflexiones de la doctrina constitucionalista a este respecto nos permitiría comprobar fácilmente que ni suspensión ni limitación son conceptos cerrados, autónomos o absolutos. No hay definiciones claras ni incontrovertidas de estos conceptos. (...) no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión y, aunque lo fuera, creo que la sentencia tampoco lo consigue.”.

En los FJ 4, 5, 6 y 7 de la sentencia aprobada ahora por la mayoría se aplica el mismo canon circular que en la STC 148/2021: i) se analiza en primer lugar si las restricciones del derecho controvertido en cada caso pueden llegar a considerarse como una suspensión del mismo constitucionalmente proscrita; ii) en segundo término se examina la cobertura legal de la medida



adoptada en la LOAES; iii) y en tercer término se aplica el juicio estándar de proporcionalidad. La cuestión es que el mero recurso al tercer elemento de este canon permitiría llegar a las mismas conclusiones, eliminando el examen *in abstracto* de medidas limitativas de derechos, para proceder a su calificación apriorística como medidas suspensivas o medidas limitativas de derechos.

El Tribunal sostiene que a las restricciones de derechos propias de los estados de excepción no se le pueden aplicar los parámetros ordinarios o preexistentes de control jurisprudencial, sino que debe desarrollarse otra fórmula o técnica adecuada al análisis de normas de emergencia. Esa fórmula parte del análisis abstracto de si una determinada medida es suspensiva o limitativa de derechos. Pero una fórmula con tal grado de inconcreción e indefinición no hace sino ahondar en la inseguridad jurídica, en una falta de referentes dogmáticos que debilita el estado de derecho, cuando el derecho de excepción debería reforzar la estructura básica de este para recuperar la normalidad constitucional lo antes posible. Pretender un análisis abstracto de conceptos jurídicos indeterminados, para definir qué medidas concretas definidas por el derecho constitucional de excepción, quedan dentro del marco constitucional que la excepcionalidad busca preservar, es un ejercicio dialéctico circular e impropio de una jurisdicción constitucional, respetuosa con el margen de actuación amplio del poder ejecutivo y del poder legislativo en contextos excepcionales como los que se enjuician en el presente supuesto.

En la sentencia a la que se opone este voto, se construye de nuevo un canon novedoso para concretar un concepto jurídico indeterminado, relacionado con los tiempos de la prórroga de declaración del estado de alarma. Para definir qué plazo es el “estrictamente indispensable” para superar la situación de crisis a la que responde la declaración del estado excepcional, el Tribunal sostiene que el Congreso hubiera debido: 1) valorar la necesidad de la prórroga; 2) establecer el tiempo de la prórroga, que no debe ser más del previsiblemente indispensable; 3) establecer la procedencia de las medidas, y por tanto la correspondencia entre las medidas y la duración del estado declarado; y 4) valorar si se ha respetado una cierta “prudencia” a la hora de determinar la duración de la prórroga.

Pero, para concretar la definición de un concepto jurídico indeterminado, no basta con la definición de una serie de pasos en el razonamiento que lleve a su concreción. La labor interpretativa también tiene límites. La motivación de una resolución judicial resulta

imprescindible porque fuerza al desarrollo de una argumentación racional. Aquí es también esencial el mecanismo de inhibición del intérprete, que debe abstenerse de decidir acerca de cuestiones que competen al legislador. Pero, además, es preciso que las fases del itinerario argumentativo descrito, para guiar la exégesis de la norma, estén objetivamente definidas y no se basen, a su vez, en conceptos jurídicos altamente indeterminados. Y esto es exactamente lo que sucede con el canon propuesto en relación con esta sentencia.

La mera referencia que se hace al principio de “prudencia” pone de manifiesto lo ajeno que resulta ese canon a la jurisprudencia constitucional y al propio texto de la Constitución de 1978. No puede entenderse que un principio aristotélico-tomista esté conectado con ningún precepto ni principio constitucional y, si lo estuviera, y así lo entiende el Tribunal, debiera haberse explicado en la sentencia cuál es ese vínculo. Si aceptamos que goza de la virtud de la prudencia quien dispone bien lo que se ha de hacer, para lograr un buen fin, no puede obviarse que en el ámbito de la decisión política, dentro del marco constitucional, es muy difícil distinguir la idea de prudencia de la idea de oportunidad política. Parece que la sentencia desarrolla una nomenclatura para juzgar la oportunidad política colocándole otro epíteto, para no entrar en contradicción abierta con una jurisprudencia consolidada y constante que sostiene que quedan extramuros del juicio de constitucionalidad estos juicios de “oportunidad política” (por todas, STC 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 2).

Desarrollar estructuras argumentativas, que ayuden a la adopción de decisiones, es útil. Pero desplegar estructuras paralelas a otras preexistentes, y cuya versatilidad se ha contrastado a través de su uso por distintas cortes supranacionales y de países de nuestro entorno, sin explicar los conceptos del nuevo canon desarrollado, resulta perturbador para la actividad del propio intérprete y menoscaba la legitimidad de sus decisiones. La jurisprudencia previa del Tribunal pone de manifiesto la necesidad de explicar su propia actividad hermenéutica (sirva como ejemplos la explicación que hace la STC 198/2012, de 6 de noviembre, del concepto de interpretación evolutiva vinculada a la cultura jurídica), pero esta explicación está ausente de la sentencia actual en relación con el canon fijado para juzgar la constitucionalidad de la declaración y prórroga del conocido como segundo estado de alarma.

Es cierto que la sentencia no rechaza de forma injustificada acudir al canon de proporcionalidad, para valorar la adecuación constitucional de la prórroga semestral del estado

de alarma. Da una razón para ello en el FJ 8 D), afirmando que “para la posible valoración jurídico-constitucional de establecer unos plazos de prórroga de mayor o de menor duración, nada aporta el principio de proporcionalidad, cuya racionalidad propia está en la necesidad de equilibrar o ajustar bienes en tensión recíproca, aunque estén igualmente reconocidos en la Constitución; tensión que en absoluto cabe aquí ver”.

Resulta sorprendente que la mayoría del Tribunal no valore, en la cuestión enjuiciada, tensión alguna entre bienes constitucionalmente reconocidos. Pareciera que el estado de alarma se decretó y se prorrogó sin atender a la defensa de bienes constitucionales relacionados entre sí cuando resulta evidente que se declaró el estado excepcional, aquí y en mucho otros países de la Unión Europea, por citar solo el entorno más cercano, para asegurar la protección de la vida (art. 15 CE), la salud (art. 43 CE) y la integridad física (art. 15 CE) de todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas de este país. Como ya puse de manifiesto en mi voto particular a la STC 148/2021 “(1)a razón del confinamiento, y la de otras opciones como los cierres perimetrales o el toque de queda, fue evitar los contagios exponenciales, una medida estrictamente sanitaria, por tanto, cuya finalidad única es prevenir la pérdida de vidas humanas”.

Por tanto, no puedo estar de acuerdo con la afirmación de que la garantía de la preservación del buen funcionamiento del estado de derecho, y de los derechos fundamentales no encontraba frente, en este caso, “ningún bien constitucional contrapuesto cuya preservación impusiera ponderación alguna” [FJ 8 D)]. Solo la garantía del derecho a la vida (art. 15 CE) y la salud de las personas (art. 43 CE) justifica la adopción del estado de alarma en este caso. A partir de esa premisa, cualquier juicio de constitucionalidad que se haga sobre el alcance de las medidas concretas, la extensión de la prórroga o la alteración del reparto de poderes entre Estado y Comunidades Autónomas, o entre los distintos poderes del Estado ha de tener presente, como eje de la argumentación, la finalidad pretendida con la declaración del estado excepcional.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad no solo está al servicio de la necesidad de equilibrar o ajustar bienes en tensión recíproca. Lo que la jurisprudencia constitucional ha dicho desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, con reiteración posterior en las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio, así como en la más reciente STC 89/2019, de 2 de julio, en la que se interpretó el alcance y aplicación del art. 155 CE, es que el principio de proporcionalidad “no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo, cuya

alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales, siendo en el ámbito de los derechos fundamentales en el que normalmente resulta aplicable, y como tal opera como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales (STC 215/2016, FJ 8). El principio conlleva, con carácter general, el planteamiento de tres juicios sucesivos (de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto) que la doctrina constitucional ha aplicado sobre todo para controlar medidas limitativas de los derechos fundamentales (por todas, STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5)” (STC 89/2019, FJ 11).

De esta construcción, en torno al principio de proporcionalidad, no se deduce de forma directa lo que la sentencia del Pleno sustenta. Lo que dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es que la invocación autónoma del principio de proporcionalidad no puede sustentar un juicio de constitucionalidad, salvo que se ponga en relación con un precepto constitucional concreto, al venir considerándolo la jurisprudencia como un criterio de análisis relacional, muy similar al que se asocia a la aplicación del principio de igualdad de los arts. 1.1 y 14 CE. Pero ello no significa que siempre se resuelva su aplicación en el marco del conflicto entre derechos, ya que, en ocasiones, se aplica a la hora de enjuiciar el equilibrio entre fines y medios de determinadas medidas del ordenamiento. En el caso en la STC 136/1999, de 20 de julio, conocida por haberse pronunciado sobre la condena a la Mesa Nacional de HB, el Tribunal sostuvo que, si bien el principio de proporcionalidad no constituye canon de constitucionalidad autónomo, la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo, puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (FFJJ 22 y 23).

Por tanto, no sólo se define el principio de proporcionalidad y su uso en el juicio de constitucionalidad de forma ajena a la jurisprudencia precedente, sino que además se hace una afirmación para excluir su aplicación con la que no es posible estar de acuerdo, a poco que se entienda cual es el contexto en el que se decreta, en España, y en el resto de los países de nuestro entorno más cercano, el estado de emergencia constitucional.

En suma, afirma la sentencia que el principio de proporcionalidad no es pauta adecuada para enjuiciar la validez jurídica de la decisión relativa a la prórroga sino el de “razonable adecuación a las circunstancias del caso concreto” [FJ 8 D)]. De nuevo una expresión plasmada apodícticamente en la sentencia sin respaldo argumentativo alguno. A mi juicio, precisamente, la adecuación de medios afines, es siempre un análisis de proporcionalidad. En esa línea emplea este parámetro el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las que resuelven el asunto *Waite y Kennedy contra Alemania*, de 18 de febrero de 1999; *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia*, de 27 de junio de 2000; o *X y Otros contra Austria*, de 19 de febrero de 2013.

*d) La ausencia de lógica interna de la propia sentencia.*

Considero que la sentencia de la mayoría carece de lógica en su planteamiento interno porque disocia el análisis de la prórroga de seis meses y el del modelo de cogobernanza, al abordar en primer lugar la cuestión de la prórroga, cuando la inconstitucionalidad de la extensión de esta se basa, precisamente, en la elección del modelo de cogobernanza.

La sentencia afirma que “no puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuando iban a ser aplicadas y por cuanto tiempo serían efectivas en unas partes y otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió” [FJ 8 E)]. Y concluye el argumento afirmando que no es la duración de la prórroga por sí sola la que merece censura constitucional “sino el carácter no razonable o infundado, visto el Acuerdo parlamentario en su conjunto, de la decisión por la que se fijó el plazo” [FJ 8 E)].

Así, la sentencia radica la inconstitucionalidad de la prórroga en que esta no venía conectada con la aplicación directa de las medidas que fueran a regir durante el periodo autorizado, toda vez que no era el Gobierno, en cuanto Autoridad competente para la gestión del estado de alarma, el que iba a llevarlos a cabo por la delegación que había sido acordada. En suma, parece concluirse que la inconstitucionalidad de la prórroga no está en el período de tiempo en sí, sino en que el modelo de prórroga más o menos larga incluye un sistema de adopción de medidas completamente descentralizado, y es este modelo el que hace devenir irrazonable la excesiva duración de la prórroga.

Si es así, entonces ha de concluirse que el análisis de constitucionalidad debió plantearse en otro orden lógico, examinándose primero si la atribución de funciones a las Comunidades Autónomas, para la adopción de medidas concretas dentro del marco previsto en el decreto, respetaba el marco constitucional. Si la conclusión hubiera sido positiva, el juicio de constitucionalidad sobre el plazo de la prórroga hubiera tenido que ser también necesariamente positivo. Pudiera pensarse que el Tribunal habría dado por buena una prórroga de seis meses, si en el decreto se hubiera optado por un sistema centralizado de adopción de medidas concretas aplicables a todo el territorio nacional por igual.

II. El juicio positivo sobre la constitucionalidad de las disposiciones y decisiones impugnadas.

*a) Respecto del alcance de las medidas previstas en el Decreto e impugnadas por los recurrentes.*

Me remito, aquí al voto particular que pronuncié en relación con la STC 148/2021, insistiendo en el hecho de que la presente sentencia realiza una definición del principio de proporcionalidad que no identifiqué en los precedentes jurisprudenciales y que no comparto. A todo ello he hecho previamente referencia. Comparto, eso sí, la conclusión alcanzada y creo que hubiera sido posible llegar a la misma desde el juicio de proporcionalidad que habitualmente realiza este tribunal, lo que habría evitado los razonamientos circulares presentes en los fundamentos citados.

*b) Respecto de la designación de las autoridades competentes delegadas.*

El modelo de gobernanza definido en los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020 es enjuiciado en el FJ 10 de la sentencia refiriéndose a la “designación de las Autoridades competentes delegadas”, para llegar a la conclusión de que la delegación *in genere* a los presidentes de las Comunidades Autónomas y de las ciudades con Estatuto de autonomía como autoridades competentes delegadas es inconstitucional. Sintéticamente expuestas las razones son tres: i) el art. 7 LOAES no prevé la delegación genérica efectuada en el decreto; ii) el delegante debió establecer criterios o instrucciones generales para que el delegado pudiera aplicar las medidas, así como mecanismos de control y valoración final de lo actuado; iii) tanto el Gobierno

como el Congreso ven modificadas sus posiciones constitucionales en relación con la situación de excepcionalidad constitucional.

A mi juicio la argumentación del Tribunal obvia un elemento fundamental para formular su juicio: el desarrollo del Estado autonómico posterior al año 1981, en que se aprueba la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. No puede obviarse el hecho de que, en el momento en que se aprobó esta ley, solo estaban vigentes la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña y la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia. Es decir, el estado autonómico tal y como lo conocemos en la actualidad, no existía, ni se había desarrollado en absoluto el modelo de reparto de competencias hoy presente, ni siquiera se había desarrollado jurisprudencialmente el modelo de reparto de funciones en el marco de la distribución de competencias previsto en el art. 149 CE.

No podemos imaginar qué razones tenía el legislador de 1981 cuando excluyó la posibilidad de delegación, a los presidentes de las Comunidades Autónomas, de las potestades atribuidas al Gobierno en el contexto de la declaración de un estado excepcional. Pero lo que seguro que no tenía presente, era la posibilidad de un modelo de descentralización territorial del poder como el que se ha desarrollado durante cuarenta años de vigencia del estado autonómico. Actualmente las competencias vinculadas, por ejemplo, a sanidad interior y exterior (véase, por todas, la STC 329/1994, de 15 de diciembre), a la definición de los horarios comerciales (por citar solo la más reciente, véase la STC 69/2018, de 21 de junio), a la definición de aforos en lugares públicos (STC 148/2020, de 1 de junio), están atribuidas en distinto grado a las Comunidades Autónomas con lo que la declaración de un estado de alarma puede suponer en la actualidad, aunque no estuviera así previsto en la LOAES, la recuperación por parte del gobierno del Estado de competencias cuyas facultades normativas completas o de desarrollo, y/o ejecutivas, estaban atribuidas ya por vía de asunción estatutaria, a las distintas Comunidades Autónomas.

Si la finalidad de la declaración de cualquier estado de urgencia es adoptar medidas para recuperar lo antes posible el estado de normalidad constitucional, parece razonable sostener que tales medidas sean lo menos perturbadoras posible del modelo de distribución de poderes

(horizontal, vertical y territorial) que se haya llegado a configurar en una situación de estabilidad constitucional.

Dicho en otros términos, la LOAES prevé un modelo de gestión centralizada de los poderes de emergencia, y de la ausencia de una previsión de descentralización de esos poderes, basándose en la voluntad del legislador y desde una posición hermenéutica esencialmente originalista, deduce el Tribunal la imposibilidad de proceder a tal descentralización. Pero una interpretación razonable de la LOAES, debiera haber optado por priorizar una interpretación actualizada, evolutiva, del modelo de reparto territorial del poder, incluyendo en ese marco los poderes de excepción, en lugar de deducir de una opción del legislador de 1981, que ignoraba la evolución posterior del modelo territorial abierto de la Constitución de 1978, la interpretación actual que deba darse no solo a la ley, sino a la Constitución y a todo el modelo de derecho constitucional de excepción. En síntesis, gracias al pronunciamiento del que disiento, en España se concreta un modelo de derecho constitucional de excepción, aplicado por vez primera en la segunda década del siglo XXI, pero ajeno al derecho constitucional desarrollado a lo largo de cuarenta años de vigencia de la Constitución.

Incluso aceptando la premisa inicial de la sentencia, esto es que el Estado tiene competencias para adoptar y controlar las medidas limitativas de derechos vinculadas a la declaración del Estado de alarma, el juicio formulado es absolutamente ajeno a cualquiera de los cánones que haya podido desarrollar el Tribunal Constitucional durante cuatro décadas, a la hora de valorar cualquier tipo de conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Siendo fiel a su propia lógica, la sentencia debería haber analizado si el marco definido en el Decreto impugnado agota las facultades normativas vinculadas a las medidas adoptadas y si podría haberse entendido que lo delegado era la mera ejecución concreta de las medidas marco. En ese caso, hubiera sido necesario valorar si la mera delegación de facultades de ejecución era o no posible. Y si, en tal caso, no estaríamos hablando de una delegación *in genere*, aparentemente proscrita, sino de una delegación de facultades ejecutivas en el marco del control de las mismas por parte de la autoridad delegante.

La sentencia ignora que España es un Estado autonómico tal y como se deriva del art. 2 CE, tanto en el canon aplicado para resolver la duda de constitucionalidad, como en la conclusión alcanzada. Y con ello, frente a lo que argumenta, pretende reforzar los poderes excepcionales del



Gobierno, y profundiza en la situación de excepcionalidad constitucionalidad sin ninguna necesidad. La declaración del estado de alarma, amparándose en lo previsto en el art. 116 CE activa un sistema de reorganización transitoria de los poderes del Estado, es cierto. Pero el orden competencial extraordinario vinculado a la declaración del estado excepcional está llamado a aplicarse de forma simultánea al sistema ordinario de reparto competencial, y esa simultaneidad puede llegar a dificultar el éxito de las medidas previstas para luchar, en este caso, contra la crisis sanitaria. Por esto, cuanta menor incidencia tenga el orden competencial extraordinario en el orden competencial ordinario, más sencillo puede ser volver a la normalidad constitucional una vez ejecutadas las medidas previstas en el Decreto de declaración del estado de alarma. Más sencillo y respetuoso con el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones que reconoce el art. 2 CE.

Volviendo de nuevo al análisis de medios afines, una vez que se identifica la finalidad de la declaración del Estado de Alarma, no se entiende por qué razón no sería posible que las medidas concretas de limitación de aforos, movilidad o presencia en espacios públicos destinadas a restringir al máximo los contactos interpersonales y evitar la propagación del virus, sean especificadas o ejecutadas por las Comunidades Autónomas que, en cualquier caso, son las que tienen asumidas las competencias vinculadas más estrechamente a la adopción de las medidas en cuestión, las que pueden controlar de forma más cercana la situación epidemiológica y las que mejor pueden definir las medidas específicas adecuadas a la idiosincrasia de su población. Finalmente, el modelo del derecho de excepción definido en la sentencia fuerza una recentralización del poder perfectamente evitable e innecesaria, y profundiza por tanto en la alteración del derecho constitucionalidad “ordinario”. No concurre en esta posición un refuerzo del Estado de Derecho, por más que la sentencia considere que su argumentación sustenta ese refuerzo. El Estado de Derecho a preservar es el Estado de Derecho considerado en el momento y el contexto geográfico actuales. Y no el que se definiera en el año 1981, como si se tratase de un concepto estático y descontextualizado.

*c) La valoración sobre la extensión de la prórroga.*

Por último, la extensión de la prórroga a seis meses, debiera haber sido evaluada evitando toda consideración de oportunidad política y evitando la conexión del juicio de constitucionalidad con el contenido de las medidas adoptadas y su mayor o menor grado de delegación.

De la lectura de los arts. 116.2 CE, 1.2 y 6.2 LOAES se deriva con toda nitidez que no existe un límite determinado relativo al número de prórrogas de la declaración de estado excepcional o a la duración específica de cada una de esas prórrogas. Se deduce de esta ausencia de previsión específica, que el estado de alarma podrá durar el tiempo que sea necesario hasta que las medidas previstas en la declaración consigan el retorno a la normalidad constitucional.

Como bien dice la sentencia, tras reconocer lo anterior, formular un juicio en abstracto sobre el tiempo de duración de la prórroga resulta difícil, ante la ausencia de un marco temporal máximo previsto en el bloque de constitucionalidad. Y, para concretar ese juicio, la sentencia acude a dos límites: que el tiempo determinado sea el estrictamente indispensable para asegurar el establecimiento de la normalidad y que sea proporcionado a los fines pretendidos con la proclamación. Pero la aplicación que se hace de estas pautas delimitadoras conduce, a mi juicio, a la solución contraria de la que dice pretender la sentencia. Si el objetivo declarado del razonamiento es asegurar la posición del poder legislativo y sus facultades de control respecto de la declaración gubernamental del estado de alarma, la argumentación desarrollada termina por restringir las facultades del Congreso para determinar su propio ámbito de actuación, en el marco de la vigencia del estado excepcional.

Si se considera que quien concede la prórroga y establece las condiciones de seguimiento, evaluación y control de la misma, es el mismo órgano llamado a intervenir en ese seguimiento, evaluación y control, no parece razonable apoyar la inconstitucionalidad de la extensión de la prórroga en el debilitamiento de las facultades de control parlamentario de su desarrollo. Debe, en cambio, respetarse la autonomía de la Cámara cuando decide con qué grado de intensidad y mediante qué fórmula intervendrá en el seguimiento de la declaración del estado de urgencia, y no asumir que está realizando una autorestricción de funciones de alcance inconstitucional. Entiendo que lo que hace la Cámara es definir su intervención en este marco, y no mutilarla indebidamente. El respeto al margen que la Constitución ofrece al Congreso, sin definir un límite temporal expresamente, exigía de la jurisdicción constitucional en este caso, una autocontención que no se ha dado, aproximándose el juicio realizado a una inadecuada valoración de oportunidad política. Y a esta conclusión me conduce también el recurso a las nociones de “prudencia” o de lo “estrictamente indispensable” en la argumentación de la sentencia. Las facultades de control de la Cámara respecto de la declaración del estado de alarma permanecen intactas a pesar de la

extensión concedida a la prórroga, extensión decidida, tras el oportuno debate entre los grupos parlamentarios, por la mayoría del Congreso de los Diputados. A la cuestión de las facultades de control del Parlamento en el marco de la aplicación del art. 116 CE ya me referí en el voto particular a la sentencia 168/2021, al que ahora me remito.

En relación con esta cuestión me parece oportuna la cita a la decisión del Conseil Constitutionnel francés, de 6 de agosto de 2021, en que se valora la extensión temporal de una determinada medida (en este caso la obligatoriedad del *pass sanitaire* para acceder a determinados espacios públicos). Decía el Conseil que “28. Corresponde al legislador velar por la conciliación del objetivo constitucional de protección de la salud con el respeto de los derechos y libertades de todas las personas que residen en el territorio de la República. 29. (...) No corresponde al Consejo Constitucional, que no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento, poner en tela de juicio la apreciación de este riesgo por parte del legislador, siempre que, como ocurre en este caso, esta apreciación no sea, a la luz del estado de los conocimientos, manifiestamente inadecuada a la luz de la situación actual”.

Entiendo que este razonamiento es impecable y lo traigo al juicio actual: No corresponde al Tribunal Constitucional, que no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento, poner en tela de juicio la apreciación del riesgo por parte del legislador, siempre que a la luz del estado de los conocimientos, esta apreciación no sea manifiestamente inadecuada a la luz de la situación presente al momento de adoptar las medidas enjuiciadas. En el contexto de octubre de 2020, sin vacunas todavía, ante la previsión de que su desarrollo e inoculación a la población se alargase hasta la primavera de 2021, como efectivamente sucedió, y asumida la necesidad de la vacunación de la población como condición para levantar las medidas adoptadas en el decreto impugnado, el examen de adecuación entre fines y medios, hubiera permitido declarar el ajuste constitucional de la prórroga de seis meses decidida por el Parlamento nacional.

El desarrollo del derecho constitucional de excepción es facultad, en primer término del poder ejecutivo y del poder legislativo. La intervención coordinada del legislativo y del ejecutivo en el caso de la declaración de los sucesivos estados de alarma en nuestro país ha sido clara. Ha sido el Congreso, a propuesta del Ejecutivo, quien ha establecido el sistema de delegación de

funciones y la duración de este modelo que no solo era inédito, sino que ha sido asumido por el poder ejecutivo y por la mayoría del poder legislativo, así como por la totalidad de las Comunidades Autónomas, directamente afectadas e implicadas en este modelo. Es difícil imaginar mayor grado de consenso en la situación política de los últimos años.

### III. Consideración final.

El Tribunal, por deferencia al resto de los poderes de un Estado compuesto como es el nuestro, tiene que dejar un margen suficiente para la definición del modelo de derecho constitucional de excepción, habida cuenta de que el mismo fue definido en un momento histórico absolutamente superado, y en el marco de un modelo jurídico totalmente sobrepasado también. Para ello debería haber formulado una interpretación de la Constitución que ofreciera margen suficiente a los actores principales del modelo: poder legislativo y poder ejecutivo estatales y poderes ejecutivo y legislativo de las Comunidades Autónomas.

Los Estados, tal y como recuerda la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Le Mailloux c. Francia*, de 5 de noviembre de 2020, tienen la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas sujetas a su jurisdicción, y en ese marco han de evaluarse las medidas adoptadas por cada Estado, también por las autoridades españolas, para responder a la crisis sanitaria del Coronavirus. La sentencia a la que se opone este voto, obvia absolutamente que estamos dentro de este marco de enjuiciamiento y, acudiendo a valoraciones originalistas y sumamente formalistas, deja sin cobertura legal las medidas adoptadas, con un alto grado de consenso entre las distintas autoridades y poderes implicados. Y esto no solo resulta paradójico, sino que pone en tela de juicio la capacidad del propio Tribunal para asumir su posición -y los límites intrínsecos de sus facultades interpretativas- y sus propias obligaciones positivas como parte integrante y fundamental del Estado que es.

En este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil veintiuno.