

**Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación a la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054/2020.**

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria en el Pleno y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, formulo voto particular respecto de la Sentencia relativa al recurso citado en el encabezamiento.

1. El recurso de inconstitucionalidad al que se refiere la Sentencia se dirige contra el 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 crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; 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 el estado de alarma declarado por el Real Decreto inicialmente citado y la Orden del Ministerio de Sanidad 298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Se trata del primero de los recursos de inconstitucionalidad planteados al respecto, referido en este caso –conviene no olvidarlo– a las primeras etapas de la respuesta jurídica a tal situación, sin referirse a hechos o resoluciones posteriormente acontecidos sobre el particular.

2. En la deliberación ocupó un lugar central el debate doctrinal sobre el encaje de los hechos y resoluciones contemplados en el marco del artículo 116 CE, que se refiere en un su primer epígrafe a la regulación de “los estados de alarma, excepción y sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”, con especial referencia a los dos primeros.

La mayoría del Tribunal se ha inclinado a defender la necesidad de que el Gobierno hubiera declarado el estado de excepción, al detectar la vulneración del contenido esencial de algunos derechos fundamentales, al haberse producido una efectiva suspensión de los mismos, que el estado de excepción posibilita, pero desbordaría lo constitucionalmente admisible tras la declaración de un estado de alarma.

A mi juicio, el establecimiento de una frontera entre ambos estados, así como con el estado de sitio también contemplado en el citado artículo, lleva consigo -como, por lo demás, toda actividad jurídica- una dimensión interpretativa, que implica en este caso la entrada en juego de un inevitable juicio de proporcionalidad.

3. El recurso al estado de excepción me parece deudor de algunos puntos de partida, ninguno de los cuales comparto.

El primero, ya descartado, sería convertir en la actual circunstancia en objeto de nuestro examen una visión de conjunto de todo lo ocurrido, que iría más lejos de lo planteado por el recurso que debemos examinar.

El segundo sería una tendencia a entender que las tres figuras contempladas en el artículo 116 CE describirían una escala progresiva de mayor incidencia sobre los derechos de los ciudadanos. Ello restringiría el alcance del estado de alarma a magnitudes inferiores al de excepción, llegando incluso a escandalizar la comprobación de que se han tomado medidas que desbordan a las contempladas en el actual desarrollo legal de este último.

Puede que, en tercer lugar, haya podido también hacerse presente la querencia a marcar, de modo inadecuado, determinadas diferencias entre los derechos fundamentales clásicos, incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de nuestra Constitución y los considerados derechos económicos, sociales y culturales, particularmente presentes en su capítulo tercero, entre los que se encuentra el derecho a la salud del artículo 43, cuyo protagonismo en este caso ha llegado a ocultar el del derecho a la vida del artículo 15.

No me parece acertado pretender identificar con los derechos fundamentales, proclives - como ha señalado la doctrina- a un juego normativo o todo o nada, a derechos de diversa estructura, pero tampoco dar por hecho que las medidas exigidas por la protección de estos últimos

no pueden -aun sin desbordar la obligada proporcionalidad- superar la incidencia práctica de los anteriores.

La realidad ha demostrado que una pandemia puede afectar con más intensidad a determinadas facetas de los titulares de derechos constitucionales que un posible golpe de estado o la invasión de divisiones acorazadas. Dada mi edad, he podido experimentar varios estados de excepción. Por mi sevillana condición, recuerdo bien que en ninguno de ellos peligró la posible vivencia popular de la semana santa; como en otras latitudes tampoco peligraron manifestaciones equivalentes como expresión de la identidad cultural de la zona, todas ellas ininteligibles sin entrada en acción de una considerable bulla. Dos años ya, impensables en estado de excepción alguno, nos hemos vistos los españoles ayunos de ellas.

A todo ello conviene añadir, tras haberse igualmente suscitado en nuestra deliberación, que el artículo 116.3 CE establece que la “proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos”. Esto lleva a pensar que quien lo proclamara en el arranque de una pandemia como la experimentada estaría transmitiendo a la población que se consideraba en condiciones de ponerle fin en uno o dos meses. A lo largo del desarrollo del estado de alarma se han expresado no pocas majaderías, incluso por portavoces autorizados, pero es de justicia reconocer que no se llegó a ese extremo. Sería precisa una interpretación bastante tortuosa para esquivar este precepto constitucional.

4. Todo ello me lleva a discrepar de la consideración mayoritaria de que, dada la intensidad de la *limitación* de derechos producida, habría tenido lugar de hecho una auténtica *suspensión* de los mismos, que debiera haber obligado constitucionalmente a declarar un estado de excepción. A ello puede haber invitado cierto planteamiento de dogmática -quizá nunca mejor dicho- jurídica, que dictaminaría la existencia de la aludida suspensión, consecuencia de la presunta vulneración del *contenido esencial* de determinados derechos fundamentales.

Una visión excesivamente parcial de dicho planteamiento podría invitarnos a un solemne paseo por el cielo de los conceptos sobre el que ironizara Ihering. Quizá vendría más a cuento en caso de alarma un cálculo de los intereses en juego, como el mismo autor defendía.

No vendría mal al respecto recordar lo que -al margen de toda metafísica- estableció este Tribunal en su temprana STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8, de la que fuera ponente el profesor Díez Picazo, relativa al citado contenido esencial de los derechos fundamentales.

Nos dice que una primera identificación, que parece remitirnos a un peculiar “derecho de profesores”, nos anima a identificar unas “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico [me permito subrayarlo] de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Todo habría de ser extraído de “lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”.

La otra identificación consistiría “en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable [me permito subrayarlo] o lo despojan de la necesaria protección”.

No dejó de añadirse que los “dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”; razonable sugerencia que no he visto reflejada en la postura en este caso mayoritaria. Me temo que ello haya podido inclinarla a suscribir una noción de contenido esencial, incluso con el “núcleo duro” con el que los más entusiastas del concepto tienden a acompañarlo, que parece alejarnos de la actividad jurídica como labor hermenéutica, para obligarnos a abordar el trato de tan singular dureza con mañas de picapedrero.

5. Cada uno de los estados aludidos en el contemplado artículo 116 CE podría identificarse con alguna característica peculiar. Una alarma sanitaria tiene como elemento central el riesgo de contagio. En aquellos estados de excepción, afortunadamente lejanos, una saludable multicopista se podría convertir en indicio criminal. En un -por mí, felizmente, no experimentado- estado de sitio, parece aconsejable no acercarse irrazonablemente a los tanques. Si olvidamos rasgos tan elementales puede que resulte fácil que no acertemos.

Todo ello no quiere decir por supuesto que, declarado el estado de alarma, no sea pensable la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Bastará para ello con que la medida adoptada deba interpretarse como desproporcionada. Lo que no me parece tan razonable es establecer a priori -profesoralmente- que se ha producido lo considerado por cierta dogmática como suspensión de derechos fundamentales y, por tanto, vulneración de su contenido esencial. Sobre todo si se nos añade que ello descartaría todo juicio de proporcionalidad en torno a un derecho que en realidad habría desaparecido. Considero, más bien, que será un juicio de proporcionalidad -tan “histórico” como “razonable”- el que permita determinar si la desproporción ha sido tal como para desnaturalizar el derecho, dadas las circunstancias; teniendo en cuenta que los virus no son precisamente famosos por mayor o menos respeto a las “sociedades democráticas”.

6. Me parece, por lo demás, aceptable el canon de constitucionalidad planteado por la Sentencia. El problema es que -partiendo apriorísticamente de la presunta existencia de una suspensión de derecho- es difícil no declarar inconstitucional todo lo que se mueva; extremo, sin embargo, que la Sentencia se ha cuidado sin mayores coherencias de no llevar a la práctica. Centrarse en el juicio de proporcionalidad no equivale, por otra parte, a considerar superfluo todo control, sino resistirse a colocar a los bueyes detrás de la carreta. Sería precisamente la desproporción lo que podría afectar al contenido esencial de un derecho fundamental y no la suspensión de éste lo que convierta en fuera de lugar todo control, porque no quedaría ya nada que proteger, como se ha llegado a afirmar.

Si repasamos aspectos contemplados en el discutido estado de alarma, la libertad de circulación parece llevarse la palma, aunque, eso sí, dando por inexistente posibilidad de contagio alguna. Es obvio que ni las multicopistas ni los tanques contagian, en sentido estricto. Por el contrario, el contagio solo no es menos previsible si se respetan distancias o se relaciona uno con los convivientes por razones domiciliarias, de trabajo o de ejercicio habitual de los derechos contemplados en los analizados decretos-ley. Lo mismo ocurre con las reuniones familiares, también

aludidas; tampoco los virus se interesan demasiado por nostálgicos afectos o parentescos. Perimetrar -por razón de contagios o defunciones- barrios, poblaciones o comunidades puede en ciertas circunstancias no resultar tampoco desproporcionado.

No es muy distinta la situación si nos referimos al derecho a la educación. La inasistencia de menores a la enseñanza obligatoria puede haber llevado en situaciones de normalidad a que la Guardia Civil se ocupe del caso, con consecuencias para los progenitores. Mantener una enseñanza presencial en plena pandemia supondría, por el contrario, una bomba de relojería para todos los alumnos y sus familias. Lo proporcional sigue siendo pues protagonista.

Por el contrario, sí estoy de acuerdo con el Fallo de la Sentencia, al considerar inconstitucional -dada su desproporción- la atribución al Ministerio Sanidad de la posibilidad de “modificar” o “ampliar” el apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, en su texto sintomáticamente modificado solo tres días después de su originaria publicación.

Todos estos juicios de proporcionalidad no están en modo alguno exentos de control. No falta en este Tribunal experiencia al respecto. Tal control, como toda la protección de derechos constitucionales, corresponde en primer lugar a la jurisdicción ordinaria, llegando en su caso a convertirse en objeto de nuestras resoluciones. Así ocurrió en Vigo con motivo de la proyectada manifestación sindical del 1 de mayo, a celebrar en la interioridad de una caravana automovilística. No solo fue prohibida por la aludida jurisdicción, sino que tampoco superó, en las urgencias de las vísperas, el control de constitucionalidad en una Sala de este Tribunal, a la que se recurrió *in extremis*. Decisivo al respecto resultó el ATC 40/2020 fallado de urgencia el mismo 30 de abril gracias al voto de calidad de su Presidente, mientras que este y otros dos magistrados votaban sin éxito en sentido contrario. Las citadas urgencias olvidaron también ordenar la publicación en el BOE, convirtiendo al auto en clandestino, a la vez que priorizaron su notificación a la posible redacción de tres votos particulares. Otros órganos judiciales habían solventado casos análogos pronunciándose a favor de manifestaciones similares.

7. En resumen, el centro del problema ha girado en torno a la protección constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales. De ahí deriva el dilema planteado entre recurso al estado de alarma o declaración de estado de excepción. Mientras que este tiene claros precedentes referidos a problemas de orden público con notorias connotaciones políticas, el de alarma remite a catástrofes y situaciones como la actual pandemia. La clave, a mi juicio, radica en que al declarar el

estado de excepción se decide, a priori, afectar al contenido esencial de derechos fundamentales. Por el contrario considero que el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta a posteriori -puede que incluso de modo cautelar- que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial.

Todo ello me lleva a formular este Voto particular.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno.