

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020.

I. INTRODUCCIÓN

Con el máximo respeto a mis compañeros del Tribunal, reflejo en este voto particular, al amparo del artículo 90.2 de la ley orgánica de este Tribunal, mi opinión discrepante, defendida en la deliberación, respecto a la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad número 5342-2020 (segunda declaración del estado de alarma de ámbito nacional por la epidemia de SARS-CoV-2). Mi discrepancia se refiere tanto a la decisión como a la fundamentación y, en relación con esta última, se desenvuelve tanto respecto al punto de partida sustantivo y dialéctico como respecto al contenido de la argumentación.

II. DISCREPANCIA CON EL PUNTO DE PARTIDA SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA

1. Como puse de relieve al comienzo de mi intervención en la deliberación de este recurso, el punto de partida sustantivo de la sentencia de la que discrepo es la doctrina sentada en la STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, al abordar las razones operativas de la decisión, examina en primer término (a partir del FJ 3) si los actos impugnados (singularmente, el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2) vulneran normas de la Constitución que consagran derechos fundamentales.

Para realizar este análisis, la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia se funda de forma capital en la reciente STC 148/2021, de 14 de julio, en la cual, como se dice, se “ha establecido la doctrina de este Tribunal respecto de la incidencia que la vigencia del estado de alarma tiene en el ejercicio de los derechos fundamentales” [FJ 3, B), apartado segundo].

Esta doctrina se resume en los pasajes de la sentencia que figuran a continuación en su texto. Entre otros aspectos, se destaca que las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que pueden imponerse en el real decreto declarativo de un estado de alarma “aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el artículo 55.1 CE”.

Entre otras muchas remisiones o citas a la STC 148/2021, la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia, al examinar la limitación de la libertad de circulación establecida en el artículo 5.1 del Real Decreto 926/2020 [FJ 4, C), c), apartado 7º] da por sentado que “la suspensión de la vigencia de un concreto derecho fundamental es una de esas técnicas [las propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales] y resulta relevante en este momento porque el artículo 55.1 CE prevé que sólo resulte practicable en los estados de excepción y de sitio, de modo que el juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario que se hiciera con ocasión del estado de alarma”.

Al fin resulta, de acuerdo con la STC 148/2021, que una limitación especialmente intensa y general de un derecho fundamental comporta una suspensión de este derecho solo posible con la declaración del estado de excepción dentro de los límites que establece el artículo 55.1 CE; y solo si la restricción del derecho fundamental examinada no comporta una suspensión en esos términos, debe procederse al examen de si la restricción del derecho respeta los principios de legalidad y de proporcionalidad [FJ 3, B) e) de la sentencia de la que discrepo].

2. Mi discrepancia respecto de la STC 148/2021 fue formulada en un amplio voto particular. Reproduzco a continuación algunos de los puntos significativos de este.

a) El llamado “contenido esencial” de un derecho fundamental no es un concepto inmutable:

17. [...] Conviene señalar que, aunque el art. 53.1 CE establece que la ley que regule los derechos fundamentales “en todo caso deberá respetar el contenido esencial”, el llamado “contenido esencial” de un derecho fundamental no es un concepto absoluto ni inmutable, pues este contenido se ve delimitado por el contenido de otros bienes o valores constitucionales y por ello el “contenido esencial” de un derecho tendrá un alcance u otro dependiendo de si su ejercicio incide en otros bienes o valores constitucionales que se consideran merecedores de mayor protección (límites inmanentes). Si no se produce esta colisión entre bienes y derechos constitucionales, el contenido esencial del derecho es aquel que hace al derecho reconocible. En cambio, en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho fundamental colisione con otros bienes o valores constitucionales este contenido podrá limitarse, pudiendo incluso adoptar medidas que conlleven la privación del derecho, siempre que tales medidas las adopte el

legislador y cumplan las exigencias de la proporcionalidad. Por ejemplo, se puede acordar el ingreso forzoso de un enfermo que padece un trastorno mental si un juez lo autoriza o lo ratifica, caso de que el ingreso sea urgente y se cumplan las demás exigencias establecidas en el art. 763 LEC. En estos casos, se priva por completo al enfermo de su libertad, pero esta privación del derecho que le reconoce el art. 17 CE está justificada en la necesidad de proteger su propia integridad física y la de terceros, está legalmente prevista y cumple las exigencias del principio de proporcionalidad. La ley puede, por tanto, establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales que delimiten su contenido esencial y estos límites serán conformes a la Constitución si tienen como finalidad salvaguardar otros valores o bienes constitucionales (límites inmanentes) y respetan las exigencias del principio de proporcionalidad.

b) La declaración del estado de alarma o de excepción no depende del alcance de las medidas, sino del tipo de crisis a la que trata de hacerse frente:

9. [...] [L]a Constitución, al establecer que solo cabe la suspensión de determinados derechos fundamentales en el caso de que se declare el estado de excepción o el de sitio (art. 55.1 CE), dado el tipo de derechos que pueden ser suspendidos, lleva a entender que la suspensión de tales derechos se justifica en que puede ser una medida necesaria para afrontar crisis en las que la convivencia pacífica de la sociedad se encuentre gravemente amenazada, no en otro tipo de crisis por muy graves que puedan ser. Esta conclusión comporta que si esta medida no cabe en el estado de alarma es porque la declaración de esta situación de emergencia no se justifica en una crisis de seguridad pública y confirma, en definitiva, la tesis que se sostiene: que lo que determina la declaración de un estado u otro no es la gravedad de la crisis, sino el tipo de crisis, esto es, si la situación de emergencia tiene su origen en una grave alteración de la seguridad pública o en otro tipo de circunstancias.

c) La limitación de derechos, admisible en el estado de alarma, y la suspensión de derechos, posible en el estado de excepción, no se distinguen por su intensidad, sino por su régimen jurídico:

13. [...] A mi juicio, la intensidad de la limitación, incluso aunque suponga vaciar de contenido el derecho fundamental, no constituye una suspensión. Como trataré de explicar a continuación, en mi opinión, la suspensión y la limitación de derechos son

instituciones diferentes, su objeto es distinto y cada una de ellas tiene su propio régimen jurídico.

A) La suspensión de derechos fundamentales

14. En derecho el concepto de “suspensión” se entiende como la cesación temporal de la eficacia de un acto o norma jurídica. Este concepto es, además, un concepto formal, en el sentido de que el efecto propio de esta institución –la privación temporal de efectos de un acto jurídico– solo puede conseguirse si expresamente acuerda la suspensión la autoridad con competencia para ello y a través del procedimiento establecido. No caben, por tanto, suspensiones de hecho, ni puede atribuirse este efecto a situaciones materiales que puedan considerarse similares a la que se producen con la suspensión (por ejemplo, la inejecución de una sentencia no significa que la sentencia se encuentre suspendida, pues la obligación que de ella se deriva sigue siendo exigible; en cambio, si la sentencia está suspendida la obligación que impone no resulta exigible).

La Constitución prevé la suspensión de derechos fundamentales en el art. 55 CE. Es por ello un concepto jurídico positivo; es un concepto constitucional que queda definido por esta norma en sus aspectos formales (competenciales y de procedimiento). La suspensión de derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional solo puede consistir en la cesación temporal de la eficacia de la norma que garantiza el derecho fundamental y este efecto se produce como consecuencia de una expresa declaración que así lo establezca, no por la intensidad de las limitaciones que puedan imponerse al ejercicio del derecho que esa norma consagra (así, por ejemplo, el art. 22 LOAES se refiere expresamente a la “suspensión del artículo veintiuno de la Constitución”). Esta pérdida de eficacia de la norma iusfundamental puede ser general (art. 55.1 CE) o afectar solo a “personas determinadas” (art. 55.2 CE), pero en todo caso conlleva que la norma que consagra el derecho fundamental durante el tiempo en que está suspendida no produzca efectos en el territorio en el que está declarado el estado de sitio o de excepción (art. 55.1 CE) o respecto de las personas afectadas por investigaciones relacionadas con el terrorismo (art. 55.2 CE).

15. De este modo, cuando el derecho fundamental se encuentra suspendido el derecho se desconstitucionaliza, por lo que el régimen jurídico de ese derecho no será el constitucionalmente establecido –la norma iusfundamental está temporalmente privada

de eficacia—, sino el previsto en ley orgánica que regule el estado de excepción o el de sitio o en la ley orgánica que regule las investigaciones relacionadas con el terrorismo. En consecuencia, cuando está suspendido el derecho fundamental, este derecho no existe como tal y solo tendrá el alcance que le otorguen las leyes orgánicas a las que se remite el art. 55.2 y 116 CE.

Así lo ha entendido el Tribunal al afirmar, en relación con la suspensión de derechos fundamentales que prevé el art. 55.2 CE, que esta suspensión se refiere a situaciones “normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo” (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3). Esta doctrina es aplicable al supuesto que ahora se analiza, entendiendo que el orden instaurado es el previsto para el estado de excepción y de sitio por la ley orgánica que regula estos estados de emergencia.

Resulta, por tanto, que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional cuando el derecho fundamental está suspendido su régimen jurídico no es el “regular y ordinario”, esto es, no es el precepto constitucional que lo garantiza porque la norma iusfundamental se encuentra temporalmente privada de eficacia, sino “uno distinto”, el previsto en la ley orgánica a la que se refiere el art. 116.1 CE o el art. 55.2 CE, dependiendo de que nos encontremos en el supuesto previsto en el art. 55.1 CE (suspensión general) o el 55.2 CE (suspensión individual).

16. Por otra parte, como he señalado, la suspensión es un acto formal, por lo que exige una decisión expresa por la que se prive de eficacia a la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental. Por ello, no puede considerarse que existe una suspensión del derecho fundamental porque se haya restringido el derecho fundamental, incluso aunque la restricción impuesta sea de tal entidad que impida su ejercicio. En este caso, nos encontraríamos ante una limitación de derechos fundamentales cuyo régimen jurídico es, como he señalado, distinto del de la suspensión.

B) La limitación de derechos fundamentales

17. Como ha sostenido el Tribunal reiteradamente, ningún derecho, ni siquiera los fundamentales, es absoluto o ilimitado, pues su ejercicio puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites si estas restricciones están legalmente previstas, tienen

como finalidad salvaguardar bienes o valores constitucionales que se consideran merecedores de protección y son proporcionadas.

[...] 18. Conviene señalar, por otra parte, que estos límites inmanentes delimitan también el ejercicio del derecho. El contenido de ese derecho tendrá un alcance diferente dependiendo de si su ejercicio colisiona o no con otros bienes o valores constitucionales, pues en el caso de que esta colisión se produzca, la necesidad de salvaguardar esos otros valores o bienes constitucionales pueden determinar que el contenido esencial de ese derecho tenga un alcance más reducido. Por ejemplo, la colisión que se produce entre los derechos a la libertad de información y el derecho al honor puede determinar, según las circunstancias del caso, que uno de estos derechos pueda tener un alcance más reducido, con el fin de garantizar el ejercicio del otro.

3. Debo reconocer que la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia a la que se refiere este voto particular trata de corregir alguno de los aspectos a mi juicio más conflictivos que presenta la doctrina sentada por la STC 148/2021 a los que me opuse en el voto particular formulado a esta sentencia:

La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia de la que discrepo, al abordar la constitucionalidad de la restricción a la libertad de circulación contenida en el artículo 5 del Real Decreto 926/2020, acepta implícitamente que el llamado “toque de queda”, es decir, la restricción prácticamente absoluta, salvo excepciones, de la libertad de circulación durante las horas nocturnas no tiene el alcance “general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido”, que la STC 148/2021 [FJ 5, a), apartado 19º] atribuyó al confinamiento domiciliario decretado durante el primer estado de alarma en el art. 7 del RD 463/2020, por lo que lo considera constitucionalmente adecuado al estado de alarma. Esta conclusión insinúa una corrección importante –en la buena línea, a mi juicio– al criterio seguido en la STC 148/2021.

No obstante, esta posición se mantiene a costa de una quiebra lógica –posiblemente justificada por el deseo de no contradecir lo declarado en esta última sentencia acerca de la naturaleza material del concepto de suspensión de los derechos–. En efecto, en la STC 148/2021 se afirma que la medida de confinamiento domiciliario entraña una suspensión de la libertad de circulación por afectar a “su irrestricto despliegue y práctica en las ‘vías o espacios de uso público’ a los que se refiere el artículo 7.1 [del Real Decreto 463/2020], con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la

autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios” [FJ 5 a), apartado 18º]. La STC 148/2021 añade que “[s]e configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite ‘limitar’ para el estado de alarma [‘la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados’: art. 11, letra a)]” [FJ 5 a), apartado 19º]. Concluye que “[t]al 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. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto [...]” [FJ 5 a), apartado 19º].

Para separarse de este precedente sentado en la STC 148/2021 respecto de la limitación de la libertad de circulación la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia de la que discrepo se limita a decir lo siguiente [FJ 4, C), f), segundo apartado]: “A diferencia del régimen jurídico establecido por aquel art. 7, que, en palabras de la referida sentencia, ‘supon[ía] un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho’ [STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 5 a)], en el caso de autos la limitación de la libertad de circulación fue establecida para un determinado horario nocturno que abarcaba un máximo de siete horas de duración, entre las 23 y las 6 horas, del total diario. Ello supuso que, cuantitativa (poco más de un tercio del día [*se quiere decir poco ‘menos’ de un tercio del día*], a diferencia del precedente que afectaba a todo el horario diario) y cualitativamente (franja horaria nocturna frente a la totalidad de la jornada en el anterior estado de alarma) el régimen jurídico de medidas limitativas del derecho de circulación establecido por el art. 5.1 del Real Decreto 926/2020 tuviera una diferencia notable en comparación con el dispuesto por el Real Decreto 463/2020”.

Es difícil aceptar que una medida de toque de queda —en la que resultan indiscutibles la altísima intensidad y el carácter general de la restricción impuesta al derecho de libre circulación, que son las notas tenidas en cuenta por la STC 148/2021, de tal suerte que las características que asigna esta sentencia al confinamiento domiciliario le son plenamente aplicables—, pueda tener

un alcance cualitativo y cuantitativo de distinta naturaleza que el confinamiento domiciliario por el hecho de que solo tenga lugar durante las horas del espacio nocturno (entre las 23 y las 6 horas).

La opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia de la que discrepo, al examinar el carácter proporcionado o no de la medida, realiza unas afirmaciones, relacionadas con la intensidad de la libertad de circulación en el “toque de queda”, que considero que también podría encerrar una cierta contradicción lógica. Por una parte, en el FJ 4, C), f), (iii), apartado tercero, se tiene en cuenta, para aceptar la proporcionalidad de la medida, entre otras razones, que “la limitación tuvo lugar en un curso horario en que, para la generalidad de la población, la vida diaria era de ordinario atenuada en intensidad, por tratarse de un periodo de tiempo generalmente dedicado al descanso de la mayoría de la población”. Sin embargo, en el FJ 4 C) (i), apartado segundo, se recoge que “según destacaba el preámbulo del Real Decreto 926/2020 ‘buena parte de los encuentros de riesgo se producen en horario nocturno, de acuerdo con la información facilitada por las comunidades autónomas, lo que reduce sustancialmente la eficacia de otras medidas de control implementadas’”.

4. Como conclusión, advierto que la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia de la que discrepo, aunque trata de introducir ciertas matizaciones, parte como punto capital de toda su argumentación de la doctrina sentada sobre la naturaleza de la suspensión de los derechos en la STC 148/2021, de la cual he discrepado en su momento, por lo cual no puedo sino mantener mi total disconformidad ratificando el voto particular a la sazón formulado.

III. DISCREPANCIA CON EL PUNTO DE PARTIDA DIALÉCTICO DE LA SENTENCIA

5. Van Eemeren y Grootendorst (*A Systematic Theory of Argumentation*, Cambridge University Press, 2004), a quienes cité en la deliberación como tratadistas reconocidos en el ámbito de la dialéctica moderna, ponen de relieve la importancia que tiene en el proceso dialéctico la fase de confrontación. Invocando la regla llamada “del punto de partida”, afirman que “los discutidores no pueden presentar falsamente algo como si fuera un punto de partida aceptado”, so pena de vulnerar los mandamientos de la razonabilidad dialéctica.

Creo que esto es lo que ha ocurrido en la deliberación de este recurso.

6. La opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia de la que discrepo fija como punto de partida dialéctico el examen de la constitucionalidad de las concretas medidas previstas en el Real Decreto 926/2020.

Lógicamente se toma en consideración que el RD 956/2020 prorroga esas medidas y modifica en parte el referido RD 926/2020, pues reforma el art. 5 –eficacia de la limitación de la libertad de circulación– y el art. 9.10, sobre la eficacia y flexibilización de las medidas, incluyendo ahora la establecida en el art. 5, que se ha dado en llamar "toque de queda" (tras el RD 956/2020 el "toque de queda" corresponde adoptarlo a la autoridad delegada). En el RD 926/2029 esta medida tiene efecto inmediato desde las 23:00 hasta las 6:00 y la autoridad delegada puede adelantar o retrasar su inicio en una hora (fijándolo a las 22:00 o a las 24:00), al igual que su finalización (que puede establecer a las 5:00 o a las 7:00).

Pues bien, ateniéndose a este punto de partida, las medidas referidas son examinadas desde el punto de vista de la legalidad y de la proporcionalidad y se acaba concluyendo con una respuesta afirmativa de su constitucionalidad. Con ello la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia se separa del planteamiento hecho en la demanda, que ofrece como primera cuestión el alcance del real decreto declarativo del estado de alarma y la posibilidad de fijar en el mismo un marco de medidas cuya aplicación concreta no depende del Gobierno, sino de los presidentes de las comunidades autónomas como autoridad competente delegada en cada una de ellas.

7. El punto de partida escogido, a mi juicio, no resulta adecuado y altera el proceso dialéctico que se desenvuelve en torno a la deliberación y que culmina con la sentencia constitucional. En efecto, si, como resulta en la sentencia, en definitiva se declara inconstitucional el inicial real decreto (donde se declara el segundo estado de alarma de ámbito nacional) por el hecho de no contener una concreción de las medidas de las que debe responder el Gobierno y por disponer una delegación contraria a la Constitución en los presidentes de las comunidades autónomas, de los cuales depende la aplicación de estas medidas, así como su modulación y restricción según los casos, parece evidente que huelga considerar la segunda cuestión que se plantea en la sentencia sobre la constitucionalidad de la prórroga acordada por el Congreso (no tiene sentido discutir sobre la constitucionalidad de la prórroga de unas medidas que fueron inconstitucionales *a radice*), ni mucho menos la cuestión que la sentencia resuelve en primer y destacado lugar como punto de partida o cuestión principal, a saber, si las medidas establecidas fueron adecuadas al estado de alarma, legales y proporcionadas. Mal puede discutirse acerca de los requisitos necesarios para evaluar la legalidad de unas medidas cuyo alcance no puede determinarse. Igualmente, carece de sentido examinar la proporcionalidad de unas medidas cuyos efectos concretos, necesarios para evaluar su constitucionalidad desde la perspectiva de la necesidad y de la ponderación, tampoco se conocen, pues se dejaron en manos de autoridades delegadas en una disposición que se considera inconstitucional y, por lo tanto, nula.

En suma, tras el inicial punto de partida en el que se consideran constitucionales unas medidas que luego resultan inconstitucionales *a radice*, la sentencia fundada en la opinión mayoritaria declara inconstitucional la prórroga de las medidas por el Congreso y también declara la inconstitucionalidad y la nulidad de las medidas previstas en una disposición marco que delega su aplicación en los presidentes de las comunidades autónomas.

Si, como estima la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia, la aplicación y alcance de estas medidas se hizo depender indebidamente de las decisiones de los presidentes de las comunidades autónomas como autoridad delegada, resulta imposible realizar una valoración de su constitucionalidad y de su proporcionalidad, porque el juicio sobre estas materias no puede realizarse sin conocer el alcance de las medidas y los efectos concretos producidos por su aplicación. Igualmente, si se parte de la base de que las medidas no debieron ser aplicadas porque su forma de adopción y su delegación en los presidentes de las comunidades autónomas llevaron consigo una indeterminación de las facultades del Gobierno y una dejación de su responsabilidad y, consecuentemente, la falta de determinación del concreto alcance de las medidas en contra de lo establecido en la Constitución, carece de todo sentido examinar si en abstracto eran legales y proporcionadas, pues esto solo estaría justificado en el caso de que se aceptase la constitucionalidad básica de la norma mediante la cual se declaró el segundo estado de alarma.

La opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia entiende, en consonancia con lo que luego dice sobre la inconstitucionalidad *a radice* del real decreto declarativo del estado de alarma, que en el momento de la decisión por el Congreso sobre el real decreto no existía “certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió (art. 3 del Real Decreto 926/2020).” [FJ 8, E), d), (i), apartado quinto].

8. En suma, las reglas del discurso dialéctico exigían, tal como plantea la demanda, resolver en primer término la cuestión relacionada con el alcance y la constitucionalidad del real decreto y de la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas; y solo después, en el caso de que se aceptase su constitucionalidad, examinar la constitucionalidad de las medidas desde el punto de vista de la legalidad constitucional y de su proporcionalidad; y, en último término, la procedencia o no de la prórroga desde el punto de vista constitucional en atención a las condiciones en que tuvo lugar.

IV. DISCREPANCIAS CON EL CONTENIDO DE LA ARGUMENTACIÓN

9. No creo necesario en este voto particular tratar de reconstruir el debate acerca de la posibilidad constitucional de regular mediante un “acuerdo marco” las medidas que se adoptan por el Gobierno en el estado de alarma ni, consiguientemente, de delegar en los presidentes de las comunidades autónomas la adopción de medidas concretas para la lucha contra la pandemia en los términos en que lo hacen los acuerdos impugnados, habida cuenta de la densidad de los argumentos formulados por la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia, y la de los recogidos en los votos particulares respectivos por el presidente don Juan José González Rivas, por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido y por la magistrada doña María Luisa Balaguer. Me limitaré a expresar los puntos principales en los que manifesté en el curso de la deliberación mi discrepancia con los argumentos de la mayoría, hoy reflejados en la sentencia.

a) *La naturaleza y requisitos de la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas*

10. La opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia afirma que “[p]or lo que se refiere a la primera de las quejas formuladas en la demanda, referida a la designación *in genere* de los presidentes de las Comunidades Autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía como ‘Autoridades competentes delegadas’ para la gestión de las medidas, hemos de coincidir con los recurrentes en su impugnación, por las siguientes razones [...]” [FJ 10, D), a), primer apartado]. Entre estas razones, figura la siguiente: “La delegación acordada, como seguidamente se razonará, no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza (de ‘habilitación’ la califica, con mayor propiedad, el abogado del Estado y otro tanto expresó en su día ante la Cámara el Ministro de Sanidad, al justificar la petición de prórroga: ‘Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente’, año 2020, XIV Legislatura, núm. 56, p. 48, sesión plenaria de 29 de octubre de 2020), que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado” [FJ 10, D), a) (iii), segundo apartado].

11. Considero que, como ya puse de relieve en la deliberación, la argumentación desarrollada por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia no ha analizado adecuadamente la diferencia entre una delegación impropia llevada a cabo por una disposición con fuerza de ley como es el decreto de alarma, con una delegación propia de carácter administrativo y la relevancia que esto tiene en el contexto del análisis de la constitucionalidad de los acuerdos impugnados.

En la delegación administrativa propia, que debe estar autorizada por ley (en este caso, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público), pero que se concreta en un acto administrativo de delegación, la competencia continúa en manos de la autoridad delegante, como contempla la opinión mayoritaria. En efecto, el art. 8.1 II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone que “[l]a delegación de competencias, las encomiendas de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén”. La impugnación de estos actos sigue el régimen propio de los actos de la autoridad delegante, pues el art. 9.4 de la Ley 40/2015 establece que “[l]as resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante”.

12. Pues bien, si resulta de aplicación en el caso examinado el artículo 7 LOAES, según parece aceptar la opinión mayoritaria, los presidentes de las comunidades autónomas constituyen autoridad “competente” por delegación del Gobierno operada directamente por el propio decreto de alarma, el cual es una disposición con fuerza de ley según ha declarado reiteradamente este Tribunal. El artículo 7 LOAES, en efecto, dispone que “[a] los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad”. La literalidad del precepto atribuye al presidente de la Comunidad Autónoma el carácter de “autoridad competente” de modo disyuntivo con el Gobierno en virtud de una delegación que únicamente puede disponerse en el decreto de alarma, que tiene fuerza de ley, pues si el Gobierno dispone la delegación mediante un acto administrativo posterior la competencia no se transmite al presidente de la Comunidad Autónoma, sino solo las facultades para el ejercicio de la competencia que corresponde al órgano delegante.

Es, pues, un acto con fuerza de ley y no un acto administrativo de delegación el que habilita a los presidentes de las comunidades autónomas a aplicar y modular las medidas dentro del marco establecido en el real decreto de alarma que estamos considerando y esta circunstancia determina que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la delegación administrativa propia, de ser constitucional la delegación establecida por el art. 7 LOAES, los presidentes de las comunidades autónomas deciden con competencia propia, aunque están obligados a actuar, mientras subsista la vigencia de la norma que opera la delegación, dentro del marco del real decreto declarativo del estado de alarma, que tiene fuerza de ley. Esto abre la posibilidad de que los actos dictados en virtud de esta delegación –que obedece al patrón de las llamadas impropias

por la doctrina— imponiendo o modulando las medidas establecidas en el real decreto, sean impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (v. gr. AATS de 16 de febrero de 2021, Sala Tercera, sobre medidas cautelares, recurso ordinario 12/2021, y de 9 de junio de 2021, Sala Tercera, cuestión de competencia 33/2020), sin perjuicio de los restantes procedimientos de control o impugnación que lleva consigo la declaración del estado de alarma.

Como se ha visto, la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia afirma que la delegación operada en el decreto declarativo del estado de alarma “implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado.” [FJ 10, D), a) (iii), segundo apartado]. De la argumentación de la sentencia se desprende que se atribuye un valor sustancial a la falta de estas previsiones para sustentar la inconstitucionalidad del real decreto impugnado. A mi juicio, sin embargo, esta conclusión, por las razones expuestas, es inaplicable a una delegación impropia como la que estamos considerando.

13. Por lo demás, ni siquiera si se aceptase la tesis en que parece fundarse la opinión de la mayoría de que la delegación que estamos considerando es una delegación en sentido propio, podría aceptarse plenamente la conclusión a la que llega la opinión mayoritaria, pues la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no establece requisito alguno de esta naturaleza en el acto de delegación, salvo la referencia a “los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén” (art. 8.1 II), y la posibilidad de la avocación de un asunto objeto de delegación (artículo 10).

b) Aplicación del principio de proporcionalidad

14. Llamé la atención en la deliberación (sin obtener éxito) sobre las escasas referencias que, al examinar la proporcionalidad de las medidas previstas en el real decreto declarativo del segundo estado de alarma de ámbito nacional, se hacen en la opinión mayoritaria a la importancia del derecho a la vida y del derecho a la salud cuya protección es el objetivo fundamental de las medidas adoptadas para combatir la pandemia.

A mi juicio, desde el punto de vista de la proporcionalidad de las restricciones de los derechos afectados, la cuestión principal que se plantea es la de una contraposición entre el derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libre circulación y con otros derechos

fundamentales e intereses constitucionales que pueden resultar afectados (derecho a la libertad de residencia, derecho a la libertad de reunión y manifestación, derecho a la intimidad, derecho a la libertad religiosa, derecho a la libre empresa y otros).

15. Los derechos fundamentales operan como principios, es decir, como normas categóricas (Von Wright) o mandatos de optimización (Alexy). En consecuencia, como acepta la opinión mayoritaria, la tensión o contraposición entre ellos no puede resolverse mediante técnicas formales de subsunción, sino mediante un método pragmático de valoración de la proporcionalidad para sopesar la licitud del sacrificio de uno de ellos.

16. La ley de la proporcionalidad aceptada por la opinión mayoritaria tiene tres pasos. Respecto del primero de ellos, la legitimidad del fin, no parecen existir dudas acerca de que el fin de proteger el derecho a la vida es legítimo. Sin embargo, la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia, cuando trata de la medida de restricción nocturna de la circulación, fija como la finalidad susceptible de ser sometida al test de la proporcionalidad la necesidad de reducir sustancialmente la movilidad del virus evitando el aumento de la incidencia de la pandemia como consecuencia de la movilidad de la población de uno a otros lugares [FJ 5, B), g), (i)]. Tan escasa es la referencia a los derechos a la vida y a la salud en la opinión mayoritaria en la que sustenta la sentencia, que (s. e. u o.), al desarrollar la aplicación del test de la proporcionalidad (aparte de la mención que luego se valorará) solo se hace la mención específica de estos derechos cuando se valora la medida consistente en la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados impuesta por el artículo 7 del Real Decreto 926/2020.

17. Respecto del segundo paso, la necesidad del sacrificio o restricción de un derecho frente a la posibilidad de aplicar otros medios para conseguir el mismo fin, la opinión mayoritaria en que sustenta la sentencia una vez más omite la referencia del derecho a la vida [por ejemplo, al referirse a la restricción nocturna de la movilidad: FJ 5, B), g), (ii)], pues solo se alude, sustancialmente, a la necesidad de evitar la evolución de la pandemia.

A mi juicio, sin embargo, para aplicar este segundo paso es necesario valorar si existen otros medios para proteger el derecho a la vida y a la salud evitando la dispersión del SARS-CoV-2 con consecuencias fatales para el derecho a la vida y a la salud sin necesidad de restringir, de modo relevante, el derecho a la libre circulación y los demás derechos afectados.

Para formular una conclusión es necesario destacar el papel concluyente que se reconoce en nuestra sociedad a la ciencia en tanto no se demuestra la falsabilidad de las teorías comúnmente

aceptadas (Popper). Según las investigaciones científicas, para salvar vidas en una situación de pandemia producida por la dispersión de un virus de las características del SARS-CoV-2 en tanto no se consigue la inmunidad de grupo es necesario evitar los contagios por el procedimiento de mantener la tasa básica de dispersión del virus en un nivel bajo; y, en una situación de dispersión descontrolada, figura como esencial la reducción de la movilidad e incluso el confinamiento de la población. Habida cuenta de las circunstancias contempladas por el Gobierno en el real decreto declarativo el estado de alarma, podemos afirmar que sí se cumple el segundo paso relativo a la necesidad del sacrificio o restricción del derecho a la libre circulación y demás derechos afectados con él relacionados en aras de la protección del derecho la vida. Obviamente, la aceptación de alguna de las opiniones sin base científica difundidas incluso por relevantes personajes públicos conduciría a la conclusión contraria.

Hay que tener en cuenta también otros factores que, en un contexto valorativo y no solo circunstancial, podrían conducir a una conclusión contraria, como la idea del sacrificio éticamente necesario para evitar males mayores (Philippa Foot) y el análisis de las consecuencias que comporta restringir la expansión del virus desde el punto de vista económico, en la medida en que pueden repercutir sobre otros derechos, incluso el derecho a la vida.

Si, atendidas las circunstancias, se considera éticamente inaceptable el sacrificio de una parte de la población y se acepta como presupuesto fáctico que la expansión descontrolada del virus comporta un elevadísimo número de fallecimientos y que existen mecanismos económicos que permiten paliar los efectos negativos de la ralentización de la economía si esta no se prolonga por excesivo tiempo, la conclusión es la de que se cumple el segundo paso.

18. El tercer paso es el de la proporcionalidad en sentido estricto.

En relación con la restricción nocturna de la movilidad es aquí donde la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia alude por primera vez (en la aplicación de la fórmula de la proporcionalidad) a los derechos de la vida y de la salud [FJ 5, B), g), (iii)]. Aun así creo, sin embargo, que la regla de los tres pasos en que se inspira la opinión mayoritaria, ampliamente aceptada en la jurisprudencia constitucional española, es más compleja que el razonamiento formulado por la mayoría, pues exige aplicar la fórmula del peso: valorar el peso de cada uno de los derechos afectados y determinar cuál tiene valor prevalente.

Para ello es necesario ponderar, en cuanto a cada uno de los dos derechos fundamentales afectados, los tres factores siguientes: (i) gravedad de la afectación del derecho fundamental en

concreto; (ii) gravedad de la afectación del derecho fundamental en abstracto; (iii) seguridad en la afectación.

A la gravedad de la afectación del derecho a la vida en las circunstancias concurrentes descritas por la opinión mayoritaria debe asignársele en el caso examinado un grado máximo, tanto en abstracto como en concreto y en relación con el grado de seguridad de la afectación.

En cuanto al derecho a la libre circulación y demás derechos afectados frente al derecho a la vida y a la salud, la gravedad de la afectación de estos derechos en abstracto, en función de su naturaleza, es inferior respecto del derecho a la vida, que tiene un carácter primario. En cuanto a la afectación de estos derechos en concreto, a tenor de las circunstancias concurrentes, debe calificarse como inferior a la del derecho a la vida, supuesto su carácter temporal y la posible (y necesaria) aplicación de medidas de relajamiento desde el primer momento y con intensidad proporcionalmente creciente a tenor de la evolución de la pandemia en el proceso de desactivación de las medidas. El grado de seguridad en la afectación es, sin embargo, también máxima.

19. La conclusión a que debe llegarse comparando todos estos parámetros es la de que el sacrificio de los derechos que se contraponen al derecho a la vida y a la salud en los términos que resultan de los actos impugnados se ajusta a la ley de la proporcionalidad.

c) Motivación del Acuerdo del Congreso sobre la prórroga de las medidas

20. Llamé, finalmente, la atención en la deliberación de este recurso sobre el silencio que se guarda sobre el dictamen del Consejo de Estado que informó el real decreto luego autorizado por el Congreso.

21. Esta omisión tiene, a mi juicio, cierta importancia, pues la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia afirma, entre otras argumentaciones, que para que se considerase constitucional el acuerdo de prórroga adoptado por el Congreso, se “habría requerido del Congreso que, en su labor de control de la solicitud de autorización cursada por el Gobierno, razonara sobre la debida correspondencia entre el período de duración de la prórroga a autorizar y las medidas a aplicar en su transcurso” [FJ 8, E), d), (ii), apartado primero] y atribuye a la omisión de este razonamiento un valor sustancial para declarar la inconstitucionalidad del acuerdo impugnado. Esta decisión se toma después de afirmar que “[d]ado que la Resolución no incluyó en su contenido ninguna argumentación expresa que justificara la duración de la prórroga

por tiempo de seis meses, hay que entender que, de modo implícito, la Cámara hizo suya la motivación expresada por el Gobierno para solicitar aquel periodo de tiempo.” FJ 8, E), a), apartado tercero].

22. Este conjunto de valoraciones parece estar en contraposición con la doctrina, generalmente admitida en el derecho público, de la motivación implícita o por remisión, especialmente relevante cuando está en juego la autonomía parlamentaria. La falta de referencia alguna al dictamen del Consejo de Estado (a cuyas observaciones, por cierto, se ajustó el real decreto impugnado) contrasta con una posible valoración del dictamen que hubiera permitido quizás un examen más profundo de esta cuestión, indirectamente suscitada por el órgano consultivo cuando afirmó en aquel (apartado IV) que “[l]a mención que se contiene en el preámbulo, en cuanto a la necesidad de prorrogar la declaración del estado de alarma durante seis meses, constituye una mera estimación de la autoridad consultante, realizada a la vista de las circunstancias actuales, que carece de valor normativo alguno”. El Consejo de Estado estimó que “la redacción del precepto [el artículo 4 del que luego fue Real Decreto 926/2020] debe completarse fijando el término final de duración del estado de alarma en función del plazo máximo de 15 días establecido para el mismo por la Ley orgánica 4/1981 (artículo 6.2) y tomando como *dies a quo* el momento de la entrada en vigor del presente real decreto”. Esta observación se incorporó al texto definitivo del real decreto fijando el expresado plazo de seis meses.

Resultan discutibles, a mi juicio, los razonamientos que formula la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia rechazando que pueda aceptarse en el acuerdo del Congreso la existencia de una motivación por remisión a las razones contenidas en el preámbulo del real decreto como fundamento de la decisión adoptada por la Cámara.

23. En último término, mi observación quiso ser una llamada de atención sobre el carácter excesivamente autorreferencial que a mi juicio tienen habitualmente las argumentaciones del Tribunal Constitucional, el cual trae consigo el riesgo de creación de un lenguaje propio (Wittgenstein) y de aislamiento respecto de la comunidad jurídica a la que compete un papel activo en la interpretación de los enunciados constitucionales (Dominique Rousseau).

Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil veintiuno.