

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.

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. 2054-2020.

En una pandemia que se ha desencadenado a nivel mundial, los medios científicos y jurídicos instrumentalizados para hacerle frente alrededor del planeta presentan perfiles muy homogéneos, de manera que las restricciones de los derechos han sido tan inevitables como universales.

La Comisión de Venecia ha podido pronunciarse acerca de estas, calificándolas como las respuestas ante un estado de necesidad que exigía la adopción, por parte de los gobiernos, de medidas proporcionadas a las exigencias de tan singulares circunstancias (Informe provisional aprobado en la 124ª Sesión Plenaria de octubre de 2020). Unas medidas que, como asegura la propia Comisión de Venecia, en todos los estados miembros de la Unión Europea “ya sea mediante la declaración de un estado de emergencia (o equivalente) o no, habrán tenido repercusiones en mayor o menor medida en la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos”.

En este sentido, la sentencia que este Tribunal estaba llamado a dictar, en una situación tan excepcional, exigía un esfuerzo argumental importante, en particular al tratarse de la primera vez en que una situación de estas características era sometida a juicio de constitucionalidad. A pesar del intento, no ha sido posible alcanzar una argumentación asumible para una mayoría más amplia de magistrados, poniendo de manifiesto la polarización extrema de los argumentos en cuanto al fallo. Sin embargo, una lectura acerca de su posible déficit de legitimación no sería, a mi juicio, apropiada. La mera previsión legal del voto de calidad de la presidencia (art. 90 LOTC), utilizado para resolver muchos recursos (SSTC 111/1983, sobre el Decreto-ley de expropiación del Grupo Rumasa; 53/1985, sobre la legalización parcial de la interrupción del embarazo; 127/1994, sobre la televisión privada, entre otras muchas) pone de manifiesto la eventualidad de la división aritmética de posiciones y esa realidad que en nada merma la consideración de las decisiones que han sido adoptadas de este modo. Las posibilidades abiertas a la interpretación de las normas jurídicas permiten diferentes opciones, todas ellas igualmente legítimas, en relación

con un texto constitucional configurado, también, desde el consenso de las diferentes fuerzas políticas en la fase constituyente de la transición en España.

Dicho esto, es en la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales del art. 120.3 CE, donde se cumple con la necesidad y la obligación constitucional de hacer comprensible a la ciudadanía el sentido del fallo. Y, es la argumentación que se lleva a cabo por el Tribunal, respecto de la norma objeto de enjuiciamiento, la que lo justifica dado que, según el art. 117 CE, “la justicia emana del pueblo”. Solo de esta manera es posible el control social del derecho en las sociedades democráticas sujetas al modelo de un estado social. Y, esa opción que en el voto mayoritario conforma el fallo, todavía permite que, mediante la institución del voto particular, prevista en el art. 90.2 LOTC, se puedan explicitar otras opciones tan válidas desde el punto de vista jurídico como la que consigue imponerse, y que permite, por lo tanto, la posibilidad de que la sociedad pueda conocerlas y formarse su propio juicio acerca de las alternativas posibles y sus consecuencias para el derecho.

En ejercicio de esa posibilidad emito este voto particular, que me permite señalar las diferencias con la mayoría en relación con una sentencia que puede producir cierta perplejidad y que, a mi juicio, y como dije también en el voto a la STC 172/2020, de 19 de diciembre (sobre la LOPSC), genera más inseguridad jurídica de la que intenta combatir y, añadido, resulta menos garantista de lo que pudiera intuirse al leer el fallo parcialmente estimatorio. Desde un somero análisis del sentido común, es difícil aceptar como contraria a la Constitución una legislación que ha permitido, de una manera rápida y eficaz, arbitrar medidas sociales efectivas de cara a proteger bienes jurídicos tan importantes como la vida y la salud de las personas, y en un contexto de identificación con las medidas del entorno europeo que no han sido discutidas, con el grado de intensidad que lo son en España, en sus estados respectivos. A esta dificultad ha podido contribuir un cierto ruido interno en el Tribunal, que de manera desacostumbrada ha sostenido algunas posiciones extrajurídicas poco recomendables para el futuro, en una institución que solo debería pronunciarse a través de sus resoluciones.

Pero en todo caso, mi voto pretende, en la medida de lo posible, clarificar algunas de las dificultades que han surgido del contraste entre la Constitución, la LO 4/1981, de los Estados de alarma, excepción y sitio, y 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 (y sucesivos) sujeto al control de constitucionalidad.

1. Las causas de declaración del estado de alarma como elemento determinante del juicio de constitucionalidad.

La sentencia establece el canon de enjuiciamiento de la declaración y mantenimiento del primer estado de alarma en su FJ 3, que se basa, a mi juicio, en una interpretación incompleta de los arts. 55 y 116 CE. Desde la afirmación de que estos preceptos 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, se 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, para concluir con la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 impugnado, por inadecuación de la fórmula de declaración del estado de alarma.

Pero este fundamento jurídico tercero, parte de una concepción formalista del texto constitucional, que obvia la necesidad de considerar la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), como parte integrante del bloque de la constitucionalidad, y que ignora la voluntad del legislador de la transición al diseñar el derecho constitucional de excepción en España.

Es cierto que ni el art. 55 CE, ni el art. 116 CE, se refieren a las causas por las que se puede declarar uno u otro de los tres estados excepcionales constitucionalmente previstos. Por eso, la lectura combinada de ambos nos permite definir el derecho de excepción como contenido constitucional abierto e inconcluso, en ausencia de su desarrollo por el legislador orgánico. La sentencia traduce ese silencio en irrelevancia constitucional de la causa que justifica la declaración, expresándolo claramente cuando dice que la LO 4/1981 no es una “*norma de mediación entre las previsiones constitucionales y los decretos del Consejo de Ministros que proclamen, y en su caso prorroguen, este estado de crisis*” [FJ 3 ii)].

Pero esta opción interpretativa ignora que el legislador -en la misma legislatura constituyente- completó esa ausencia de regulación al redactar la LOEAES, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 116.1 CE. Debe concluirse que la LO 4/1981 perfecciona la regulación del derecho constitucional de excepción, conformándose así en parte integrante del bloque de la constitucionalidad, entendido como parámetro de control de las normas con rango de ley como lo es el decreto de declaración del estado de alarma.

La lógica argumentativa, por tanto, lleva a descartar la afirmación contenida en el FJ 3, respecto de la definición de los estados excepcionales sobre la única base de sus distintos

procedimientos de adopción y los efectos que se les asocian. Porque si aceptásemos esa razón, la sentencia tendría que haber llegado a dos conclusiones más que, sin embargo, descarta.

Por un lado, si aceptamos que lo único relevante para declarar un estado de emergencia es el alcance suspensivo de los derechos, que se deriva de las medidas previstas en el Real Decreto, debería asumirse también que su control se limita a verificar la naturaleza y el alcance de esas medidas. La consecuencia directa de esta posición, es que podría llegar a considerarse constitucional cualquier declaración de un estado de excepción que contemple medidas suspensivas de derechos, aprobadas por la mayoría de una Cámara, que tendría un amplísimo margen para verificar la concurrencia o no de la causa habilitante. Pero la lectura de los trabajos parlamentarios, previos a la aprobación de la LO 4/1981, da cuenta de la identificación de los riesgos que una facultad tan amplia tendría para el propio estado de derecho. Las garantías para la ciudadanía, en este caso, no serían mayores, ni quedarían mejor salvaguardados los derechos fundamentales desde esta opción argumental.

Por otro lado, y en la medida en que no es viable declarar simultáneamente el estado de alarma y el estado de excepción, una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido que debió optarse por el de excepción para imponer la medida del confinamiento domiciliario, lo lógico hubiera sido declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto. Si la forma elegida era constitucionalmente inviable, lo era con carácter general, porque las medidas no podían fragmentarse, utilizando el estado de excepción para las suspensivas de derechos y el estado de alarma para las meramente limitativas. En suma, o todo es inconstitucional por inadecuación del estado excepcional identificado, o nada lo es, habida cuenta de la imposibilidad de disociar las medidas adoptadas en varios instrumentos normativos distintos.

2. Concurría el presupuesto habilitante para declarar el estado de alarma y no para declarar el estado de excepción.

El estado de alarma puede ser declarado por el Gobierno cuando, en una parte o en todo el territorio nacional, se produzca alguna de las siguientes “alteraciones graves de la normalidad”: “b) crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad en el marco de la adopción de medidas de conflicto colectivo, o en el caso de una convocatoria de huelga; y d) en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria, consideró que

concurrían dos de los supuestos: una crisis sanitaria [art. 4 b) LO 4/1981] y una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad [art. 4 d) LO 4/1981]. La propia sentencia reconoce que concurrían estos presupuestos fácticos, pero asume que la gravedad de la situación provocada cualificaba los mismos haciendo posible la declaración del estado de excepción. Como si alarma y excepción fueran situaciones de distinta gravedad dentro de un mismo arco de escenarios de crisis. Pero el legislador no pretendió que los estados de alarma y excepción fueran vasos comunicantes, ni que se pudiera transitar de uno a otro en función de la gravedad de las situaciones de emergencia.

El art. 13 de la LO 4/1981, establece que se adoptará el “estado de excepción” en aquellos supuestos en que “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”. En este caso, el tipo de situación de emergencia que justifica la declaración del estado excepcional es distinto. Se conecta con la naturaleza de la amenaza al sistema constitucional: la existencia de un riesgo para ese sistema que presupone una alteración del orden público, de tal magnitud, que solo sería reconducible mediante la declaración de un estado de excepción que prevea una severa limitación de los derechos individuales.

Pero la situación acaecida en marzo de 2020, si bien observó la modificación del normal funcionamiento del servicio público sanitario en muchas zonas del país, no vino provocada por ninguna alteración previa del orden público que condicionara la prestación de ese servicio público sanitario. La naturaleza del riesgo para el sistema constitucional es distinta en el estado de alarma y en el estado de excepción. En cualquiera de los dos casos, la declaración del estado excepcional supone la posibilidad de adoptar medidas destinadas a controlar o revertir la situación de emergencia que justifica esa adopción. Por esa razón, la LO 4/1981 asocia al estado de alarma medidas vinculadas a la gestión de la crisis material, sin descartar aquellas que pueden suponer limitación del ejercicio de derechos, mientras el estado de excepción se asocia a la adopción de medidas claramente restrictivas (suspensivas según el art. 55 CE) de aquellos derechos fundamentales que, de ser ejercitados de forma ordinaria en el contexto de la crisis constitucional identificada, podrían reforzar esa misma situación así como la situación de alteración del orden público que ha llevado a la declaración del estado de excepción.

La sentencia, subvirtiendo la intención del legislador, afirma que es posible que una situación justificativa de la declaración de un estado de alarma, en supuestos particularmente graves, pueda justificar también la declaración del estado de excepción. Dice, literalmente que “cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no sólo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (FJ 11)

Pero no se puede estar de acuerdo con tales afirmaciones. La gravedad de la situación que provoca la COVID-19 es innegable, y la sentencia así lo reconoce. Que se trata de una epidemia que debe ser afrontada, esencialmente, con medidas de prevención médica, también. Y la cuarentena (el confinamiento domiciliario) no es más que esto, y aparece profundamente vinculada a la aplicación del principio de precaución, que exige adoptar medidas preventivas cuando una actividad (en el caso de la COVID cualquier actividad que supusiera contacto entre personas) representa una amenaza o un daño para la salud humana, incluso cuando la relación causa-efecto no haya podido demostrarse científicamente de forma concluyente.

La razón del confinamiento domiciliario no era recuperar el orden público, ni el correcto funcionamiento de los servicios públicos -excepción hecha del sanitario-, porque ese funcionamiento normal se vio alterado, precisamente, como consecuencia de esta medida, del mismo modo que quedó alterada la labor del parlamento, o el trabajo en las escuelas y las universidades, o en la administración de justicia. La 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.

Debe recordarse, asimismo, que la jurisprudencia del Tribunal atribuye una obligación positiva al poder público en relación con la protección del derecho a la salud, cuando se conecta con el derecho a la integridad física y los riesgos para la vida, porque cualquier “actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de

un perjuicio para la salud” de una persona (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3). Esto significa que, en el contexto de la adopción de medidas de control de la pandemia, cualquier acción gubernamental que no hubiera aplicado el principio de precaución, o que hubiera obviado el riesgo de las acciones u omisiones asumidas para la vida de las personas, hubiera podido resultar lesiva del art. 15 CE. Se trataba de sacrificar el derecho a la salud y, por tanto, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), presupuesto a su vez del ejercicio de otros derechos fundamentales, o de limitar la libertad deambulatoria del art. 19 CE.

Lo cualitativo está ahí, y no en lo muy intensa que pudiera ser la alteración de la vida normal de la ciudadanía en ese tiempo y, evidentemente, de sus derechos.

La gravedad de la afectación de los derechos de la ciudadanía, o la inevitable alteración del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la organización de los poderes del Estado, cuando esta es consecuencia de una medida adoptada en el Decreto de declaración del estado de alarma, no pueda alegarse como causa de la adopción sucesiva del estado de excepción. Una comprensión tal nos llevaría a encadenar sistemáticamente la declaración de uno y de otro, porque la situación derivada del estado de alarma sería presupuesto para la adopción del estado de excepción. No parece ser esta la previsión del legislador postconstituyente, claramente preocupado por separar los presupuestos fácticos que justifican la adopción de uno y otro estado excepcional.

En suma, en el supuesto que nos ocupa, se daban las circunstancias propias de la declaración del estado de alarma, de modo que el instrumento elegido por el ejecutivo nacional fue el constitucionalmente adecuado, sin perjuicio del análisis que se pueda hacer sobre las medidas y sus efectos sobre la restricción, más o menos intensa, al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

3. Un canon de constitucionalidad basado en el juicio de proporcionalidad.

En el FJ 3 de la sentencia, el Tribunal asume que las nociones de suspensión o limitación de derechos son “apriorísticas” y tienen un significado completo, en sí mismas, que permite calificar una medida, más allá de lo previsto en la LOEAES, como suspensiva o limitativa de derechos. A partir de esa calificación sería posible enjuiciar la selección del tipo de estado de emergencia declarado, y la sentencia formula ese juicio sosteniendo que el confinamiento domiciliario que preveía el Real Decreto 463/2020, fue una medida suspensiva por la intensidad de la afectación del contenido esencial del derecho a la libertad deambulatoria. Por ello, entiende

la sentencia que la declaración del estado de alarma no se ajustó a la Constitución, que no permite suspender derechos fundamentales en este caso.

Pero esta construcción argumental puede ser cuestionada, si se niega que la distinción entre limitación y suspensión sea la que aplica la sentencia.

Un 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. Muchos autores las consideran útiles y entienden que son limitaciones de intensidad distinta en relación con un derecho fundamental, otros evitan recurrir a ellas y prefieren reflexionar en clave de límites al contenido esencial de los derechos, y algunos otros consideran que resulta más apropiado recurrir a fórmulas de interpretación de objetividad contrastada y uso habitual por los tribunales internacionales como, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de los límites de los derechos.

A mi juicio, no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión y, aunque lo fuera, creo que la sentencia tampoco lo consigue. De modo que la calificación del confinamiento domiciliario como medida suspensiva de la libertad deambulatoria, termina por parecer un ejercicio de voluntarismo cargado de subjetividad, entre otras razones porque olvida que la restricción de movimientos no fue absoluta, en la medida en que se contemplaban un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio.

En cambio, si la sentencia hubiera aplicado al juicio de constitucionalidad sobre el art. 7 del Real Decreto, el mismo canon que aplica al resto de los preceptos impugnados, es decir, un juicio clásico de proporcionalidad, la solución hubiera sido mucho más comprensible y objetiva. Incluso aunque hubiera llegado a la conclusión de que la norma limitativa de derechos era desproporcionada y, por ello, merecía un juicio negativo de constitucionalidad. No obstante, aplicado desde una perspectiva centrada en la preservación del derecho a la vida y la salud de las personas, entiendo que la aplicación del canon de proporcionalidad, de haberse aplicado, debería haber conducido a declarar la constitucionalidad del art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Una vez aceptada la concurrencia del presupuesto habilitante para adoptar el estado de alarma, como se ha expuesto, y no pudiendo identificarse plenamente las medidas cuestionadas con las previstas en los arts. 11 (estado de alarma) o 20 (estado de excepción) LOEAES, a pesar de ofrecer cualquiera de los dos preceptos cobertura legal suficiente para adoptarlas, el juicio de

proporcionalidad habría llevado a valorar la idoneidad, necesidad y razonabilidad de la medida de confinamiento. Ese canon fue el aplicado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en el ATC 40/2020, de 30 de abril, (FJ 4), al cual apela la sentencia en diversos pasajes.

La idoneidad concurría, porque existía una finalidad constitucionalmente legítima para adoptar las medidas restrictivas: la preservación de la salud pública. El confinamiento estaba directamente destinado a controlar la progresión de la enfermedad causante de la crisis sanitaria, esto es, a proteger preventivamente la salud de los ciudadanos (art. 43 CE), estando estrechamente conectado este principio rector, a la preservación del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

La necesidad de la medida adoptada tampoco es negada por la sentencia, sin perjuicio de que pueda concebirse la posibilidad de haber adoptado decisiones, sobre distanciamiento social y evitación de contactos interpersonales, que hubieran afectado de modo diverso a la libertad deambulatoria. No obstante, la deferencia con el ejecutivo y con el Congreso de los Diputados que ratificó la decisión llegado el momento, autorizando la prórroga, y que actuaban en ejercicio de las funciones que la Constitución reconoce a cada uno de estos poderes, exige reconocer que se adoptaron, contando con la información escasa y disponible en ese momento, decisiones pertinentes y adecuadas al principio de precaución previamente referido. Y, si bien pudieron tomarse otras distintas, no corresponde al Tribunal Constitucional reemplazar las funciones que cumple desempeñar al legislativo y al ejecutivo en el marco del derecho constitucional de excepción.

Por último, las medidas adoptadas también pueden superar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. La restricción de la libertad deambulatoria contenida en el art. 7 del Real Decreto, pese a ser severa, no resultaba desproporcionada, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el derecho a la salud de la ciudadanía en el contexto de desabastecimiento de equipos médicos, materiales y humanos, existente en el momento en que se adoptaron las medidas cuestionadas, y la situación equivalente que se estaba viviendo en todos los países de nuestro entorno. El sacrificio innegable infringido en el derecho fundamental a la libertad deambulatoria, no puede entenderse superior al beneficio obtenido, en ese momento, en relación con la limitación del contagio exponencial del virus, que habría impactado de forma irrecuperable en el derecho a la vida de muchas personas, y de forma intensa en el derecho a la salud de un número aún mayor.

El canon propuesto, además de ser más claro y permitir comprender e interpretar mejor el modelo de derecho constitucional de excepción que prevé nuestro bloque de la

constitucionalidad, ofrece una ventaja innegable: permite tener presente la existencia de un eventual conflicto entre derechos a partir de la idea de la universalidad de los mismos.

En la situación que forzó y justificó la adopción del estado de alarma, se puso de manifiesto (y lo seguimos viendo y viviendo hoy en el discurso político y en la realidad cotidiana) una confrontación abierta entre la garantía de las libertades individuales y la preservación de la salud particular, pero también colectiva. La salud, que tenemos como principio rector en nuestro texto constitucional (art. 43 CE), pero que de ninguna manera puede entenderse desligada del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), actúa como presupuesto natural del ejercicio de las libertades de cada uno y cada una de nosotras. Y solo un juicio que asuma la relatividad como pauta hermenéutica, un juicio como el de proporcionalidad, que nos permita apreciar esa realidad que opone dos derechos, de naturaleza diversa pero profundamente relacionados, nos dará respuestas que nos sirvan para avanzar en la función que el constituyente, en su día, atribuyó al Tribunal Constitucional.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno.