

Voto particular que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. Las razones de mi discrepancia son las que tuve ocasión de sostener en el Pleno en el que se deliberó el presente asunto.

Mi disconformidad tiene que ver esencialmente con la fundamentación que se realiza en la sentencia para sostener la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, pues considero que parte de un entendimiento equivocado de las categorías constitucionales aplicables.

Este erróneo planteamiento tiene como resultado inmediato declarar inconstitucionales las medidas adoptadas por el Gobierno para luchar contra las pandemias en dicho artículo séptimo; medidas que habían sido ratificadas por más del 90% de los miembros del Parlamento cuando se aprobó la prórroga inicial.

El correcto entendimiento de las categorías constitucionales suspensión/restricción no es por tanto un simple problema doctrinal, pues tiene importantes consecuencias en nuestro sistema de derechos fundamentales.

1. Debo señalar, en primer lugar, que la Sentencia de la que discrepo parte de un entendimiento “material” del concepto constitucional de “suspensión” lo que le lleva a considerar que, en lo que a los derechos afecta, existiría un *continuum* entre su restricción (posible en el estado de alarma) y su suspensión (sólo posible en los estados de excepción y sitio). Nociones que sólo serían distinguibles en términos de la menor o mayor intensidad de la incidencia sobre los derechos fundamentales.

Es este entendimiento gradualista o cuantitativo de cada una de estas intervenciones, suspensión/restricción, sobre los derechos fundamentales la que lleva a la Sentencia de la mayoría a considerar que, en el caso de lo dispuesto en determinados apartados del art. 7 del Real Decreto impugnado, se produjo una suspensión de derechos, pues se adoptó una restricción del derecho a la libertad de circulación de “altísima intensidad”, y “general en cuanto a sus destinatarios”. Sin

precisar, con la suficiente certeza el momento concreto en que una determinada limitación puede considerarse como de “altísima intensidad”, por lo que el canon establecido solo puede generar una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión.

Suspensión que, en nuestro sistema constitucional, no sería posible adoptar bajo la declaración de un estado de alarma sino únicamente bajo la declaración de un estado de excepción o uno de sitio. Es así el estado de excepción, el que considera la Sentencia que se tendría que haber declarado para poder acometer la situación pandémica acontecida en marzo de 2020, a pesar de no concurrir, como desarrollaremos, el presupuesto para poder declararlo que no es otro que una grave alteración del orden público.

Considero que este enfoque es equivocado. Restricción y suspensión son dos categorías jurídicas distintas.

2. La suspensión a la que se refiere el artículo 55.1 CE, además de exigir una declaración formal que explícitamente la prevea, se debe identificar con la supresión temporal del derecho o, si se quiere decir de manera distinta, con el desplazamiento circunstancial o *pro tempore* de la norma constitucional, de tal modo que el régimen jurídico-constitucional del derecho suspendido, incluyendo sus garantías, pasaría a ser sustituido por el régimen que establezca, para los estados de excepción y sitio, aquella ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (así lo hace hoy la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), sobre todo en sus artículos 16 a 23).

Así, en tales estados de crisis (excepción y sitio) los derechos suspendidos perderían su condición de derechos constitucionales. Se produciría una supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional. Los correspondientes ámbitos de libertad pasarían a estar intervenidos y regidos, porque así lo habría querido la Constitución para estas situaciones extremas, por lo dispuesto en la ley orgánica a la que la propia norma fundamental se remite. Un derecho “en suspenso” no sería, en definitiva, un derecho configurado por la Constitución, por más que la ordenación legislativa de su ámbito propio (ex art. 116.1 CE) no pudiera incurrir en arbitrariedad.

Es por ello, por lo que “suspensión”, de una parte, y “restricción” extraordinaria de derechos, de la otra, operarán en planos jurídicos diferentes: la primera, para los estados de excepción y sitio, produciría que el derecho fundamental suspendido pierda eficacia temporalmente y sea sustituida por la ordenación dispuesta por la concreta Ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE; la segunda, para el estado de alarma, produciría que el contenido del

derecho fundamental restringido, quede con carácter general disminuido, incluso de modo drástico, por el Real Decreto de declaración de dicho estado, pero sin que desaparezcan algunas de las garantías constitucionales de aquel contenido como es la del sometimiento de tal restricción al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, para la Sentencia de la que discrepamos, lo procedente hubiera sido hacer desaparecer el derecho a la libre circulación mediante su suspensión declarando el estado de excepción. Proponer que se garantizan mejor los derechos de los ciudadanos suprimiéndolos en lugar de restringiéndolos dejando incólumes sus garantías constitucionales, es, a mi juicio, no comprender adecuadamente el sistema de derechos fundamentales establecido en nuestra norma fundamental.

La concepción que subyace a la fundamentación de la Sentencia de la que discrepamos es contradictoria con nuestro régimen ordinario de derechos fundamentales en el que se admiten intensas restricciones del haz de facultades que un determinado derecho fundamental reconoce.

Difícilmente se puede poner en duda, por ejemplo, la constitucionalidad de la previsión de confinamientos individuales como los que se podrían derivar del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública cuando establece que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, [y] de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”. Se trata de una previsión que habilita una restricción de derechos de “altísima intensidad”, como se demostró con la crisis del ébola de 2014, pero que no por ello determina que la misma se convierta en una suspensión.

Tampoco el carácter general o individual de una medida puede ser el criterio determinante para que un derecho fundamental, que supone siempre el reconocimiento de un haz de facultades individuales, se considere suspendido en lugar de restringido. Cuando el art 17.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, dispone que “los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración”, no está suspendiendo el derecho de libre circulación por tratarse de una medida “general en cuanto a sus destinatarios”.

Así, ni la intensidad de la restricción, ni su generalidad, ni ambas conjuntamente, pueden determinar la transformación de una restricción en una suspensión.

Por cierto, que en lo que se refiere a la supuesta intensidad de la restricción conviene resaltar la incongruencia interna en la que incurre la Sentencia de la mayoría, pues considera que el art. 7 del Real Decreto impugnado supone una limitación del derecho a la libre circulación de “altísima intensidad” –que hace que la restricción se transmute, según su concepción, en una suspensión-, pero, sin embargo, la propia Sentencia diluye la intensidad de la restricción cuando considera que era posible circular para realizar tanto las “actividades” que expresamente puntualiza el art.7 [y que no cabe olvidar que incluyen cláusulas abiertas que deben ser interpretadas, *pro libertate*: la primera “por causa de fuerza mayor o situación de necesidad”, punto g), y la segunda “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”, punto h)]; como las “actividades” que constituían un ejercicio del resto de derechos fundamentales que nunca fueron prohibidas. En efecto, señala correctamente la Sentencia como bajo el estado de alarma declarado los ciudadanos podían circular por las vías públicas, además de en los supuestos expresamente previstos, también para encaminarse a los lugares de culto y a ceremonias religiosas; para, en su caso, manifestarse; para acudir a reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, y, en fin, prácticamente para ejercer cualquier otro derecho fundamental distinto del propio de circular. Con ello indudablemente la propia Sentencia de la que discrepamos, contradice su propia afirmación de que se trataba de una restricción de altísima intensidad que es la ratio que utiliza para convertir una restricción en una suspensión.

Como ya hemos indicado, para la Sentencia la suspensión se caracteriza por ser una forma más intensa de restricción del haz de facultades que se derivan del reconocimiento de un derecho fundamental. Sin embargo, considero, como igualmente he señalado ya, que la suspensión no es sino la supresión temporal del derecho y de sus garantías constitucionales, y su sustitución por lo dispuesto en la normativa de excepción. La suspensión exige una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las referidas garantías constitucionales.

Ciertamente, es la normativa de excepción -la LOAES, que reemplaza a las disposiciones constitucionales relativas a aquellos derechos fundamentales que de acuerdo con el art. 55.1 CE pueden ser suspendidos-, la que, en su caso, puede someter la suspensión de un determinado derecho al cumplimiento de concretos requisitos y condiciones que pasan así a constituirse en las garantías temporales de tal derecho mientras rija el correspondiente periodo de excepción que permite la suspensión. La decisión relativa a cuáles son las garantías de los derechos una vez suspendidos queda así en manos del legislador orgánico al que se remite el art. 116 CE, que es el

que tiene la capacidad de sustituir de manera temporal el régimen de los derechos en situación de normalidad por el régimen de los derechos en situación de excepción.

Así, ese legislador orgánico de excepción puede decidir que el régimen jurídico de los derechos en tales situaciones se someta al cumplimiento de determinadas condiciones como puede ser la de que las medidas a adoptar sean las estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOAES). Se trata, en este caso, del establecimiento por el legislador de excepción al que se remite el art. 116 CE de una condición legal, que no constitucional. Condición contingente, que no constitucionalmente necesaria, se ha señalado por la doctrina, pues no se deriva de la propia Constitución que precisamente habilita a aquel legislador para determinar, de manera temporal, el concreto régimen jurídico de determinados derechos en aquellas situaciones de excepción en las que se permite por previsión constitucional, ex art. 55.1 CE, su suspensión.

Recapitulando, lo que diferencia la categoría de la suspensión de la restricción es la sustitución, entre otras, del régimen de garantías al que se someten las limitaciones de un concreto derecho y no el grado de intensidad o la generalidad de estas. La Sentencia de la mayoría pretende que el régimen de garantías de los derechos limitados para hacer frente a la pandemia, en este caso el derecho a la libre circulación sea el propio del estado de excepción, donde las garantías constitucionales desaparecen, en lugar de aquel donde ello no ocurre, el estado de alarma. Se trata de una discutible concepción de los derechos fundamentales, pues los que la sostienen afirman que su construcción serviría a una mayor garantía de aquellos, cuando es precisamente al contrario, pues su efecto es, como hemos visto, la supresión de las garantías constitucionales a cambio de la mera parlamentarización de su declaración inicial. Parlamentarización que, por cierto, está igualmente prevista en el estado de alarma para poder prorrogar las medidas más allá de los primeros quince días.

Cabe realmente dudar de que los derechos de los ciudadanos se encuentren mejor protegidos en un sistema democrático como el nuestro, donde el Gobierno se encuentra sustentado por una mayoría parlamentaria, si se exige que la autorización de las medidas sea acordada por el Congreso desde el primer momento mediante la declaración del estado de excepción, pero se haga, por el contrario, prescindiendo de las garantías constitucionales de los derechos. No otra cosa es lo que propone la construcción doctrinal de la Sentencia. Para evitar que el Gobierno restrinja unilateralmente nuestros derechos durante quince días declarando el estado de alarma, la doctrina sustentada por la mayoría exige que sea el Congreso el que autorice a suspender los derechos mediante el estado de excepción. En este segundo caso se habrán

suprimido el contenido de nuestros derechos constitucionales y sus garantías, supresión que no es posible bajo el estado de alarma.

3. Una vez recordado lo anterior, no cabe sino señalar que el hecho de que consideremos restricciones las medidas recogidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, no significa que las mismas no deban quedar sometidas al escrutinio de este Tribunal.

Así, una medida de confinamiento domiciliario puede ser adoptada bajo cualquiera de los dos estados (alarma o excepción), pero el régimen jurídico y las garantías del derecho variarán dependiendo de si nos encontramos ante una restricción (alarma) o ante una suspensión formalmente declarada (excepción). Las restricciones de derechos a que puede dar lugar la declaración de un estado de alarma quedan sujetas siempre a límites y condiciones constitucionales, pues precisamente ello es lo que caracteriza a las restricciones frente a las suspensiones.

Son estos límites y condiciones constitucionales los que habría que haber aplicado para determinar si el Real Decreto impugnado era o no era conforme con nuestro ordenamiento constitucional. Pero, la eventual vulneración de tales límites y condiciones no supondría, sin embargo, la transformación de la restricción de un derecho en una suspensión del mismo, sino, simplemente, que tal restricción debió ser considerada contraria a la Constitución.

Así, en efecto, en el caso del Real Decreto 463/2020 no se produjo formalmente la suspensión de derecho alguno y, por tanto, de lo que se trataba era de determinar si las restricciones de derechos establecidas en aquella norma se adecuaban a los límites y condiciones que permanecían incólumes precisamente por no haber quedado aquellos derechos formalmente suspendidos.

En primer lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación de la concurrencia de alguno de los presupuestos habilitantes que la Ley Orgánica 4/1981, fija a efectos de la lícita proclamación de la alarma constitucional ante la insuficiencia de los “poderes ordinarios” para el “mantenimiento [restauración, en rigor] de la normalidad” (art. 1.1 LOAES), presupuestos o hechos determinantes que, como es sabido, se enuncian en el artículo 4 de la misma Ley Orgánica y que se relacionan con determinados sucesos naturales o crisis sanitarias tales como epidemias.

En segundo lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación de la debida sujeción de las medidas introducidas por el mismo a las normas que en la LOAES

establecen los tipos genéricos de intervenciones posibles en un estado de alarma (arts. 11 y 12 LOAES), normas cuya eventual transgresión por aquel decreto determinaría su inconstitucionalidad por infracción (mediata) del artículo 116.1 CE.

Y finalmente, y en tercer lugar, el Real Decreto impugnado se habría de someter a la comprobación del respeto del principio de proporcionalidad en la concreta configuración de las medidas adoptadas. Así en el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten en todo caso y al servicio de que así sea está el control de proporcionalidad sobre el decreto que lo declare (siempre que ese mismo decreto hubiera superado previamente, con arreglo a la LOAES, el control de legalidad).

Lo que este Tribunal debiera haber hecho es aplicar el referido canon a los preceptos impugnados. Y al hacerlo, lo primero que hubiese constatado es la procedencia de haber declarado, ante la emergencia deparada por la pandemia, un estado de alarma, siendo así que una de las “alteraciones graves de la normalidad” que pueden justificar el recurso a este instrumento es el de las “[c]risis sanitarias, tales como epidemias [...]” [art. 4, punto b), LOAES].

En segundo lugar, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11.a) LOAES, hubiese confirmado que una de las medidas que pueden ser adoptadas “en el decreto de declaración del estado de alarma, o en los sucesivos que durante su vigencia se dicten” es la de “[l]imitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas o lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”.

Lo establecido en el artículo 7 (apartados 1 y 3) del Real Decreto tendría, entiendo, encaje en esta previsión legal.

Así, el Real Decreto de alarma viene a prohibir -a salvo de las “actividades” que expresamente puntualiza en el art.7 (incluyendo las cláusulas abiertas que allí se recogen) y a salvo también, como recuerda la Sentencia de la mayoría, de las “actividades” que sean un ejercicio del resto de derechos fundamentales que nunca fueron prohibidas-, la circulación por todas “las vías o espacios de uso público” y durante cualesquiera horas, restricción extrema que cabe reconducir, sin embargo, a la abierta previsión del primer inciso del precepto en orden a la limitación de permanencia y tránsito en horas o lugares que se determinen a la vista de las circunstancias de la emergencia (artículo 11.a) LOAES).

Es más, la regla controvertida recogida en el art. 7 encontraría igualmente su acomodo en la otra previsión del mismo artículo 11.a) LOAES, que apodera genéricamente para condicionar la libre circulación “al cumplimiento de ciertos requisitos”, requisitos que podrían entenderse

aquí cifrados en la “realización de las [...] actividades” que relaciona, a título de excepciones a la norma impeditiva, el artículo 7 del Real Decreto.

No puede, por tanto, compartirse la formalista afirmación de la Sentencia de la que discrepamos de que la disposición impugnada plantea la posibilidad de circular no como regla, sino como excepción, pues, precisamente lo que plantea es la posibilidad de circular sometida a una serie de requisitos como son la realización de ciertas actividades.

En tercer lugar, hubiese concluido que la medida establecida en el artículo 7 (apartados 1 y 3) del Real Decreto no puede ser tachada –en sí misma- de desproporcionada. Fue, cabría decir, una limitación razonablemente idónea y necesaria, en las circunstancias en las que se adoptó, para hacer frente de manera perentoria a una epidemia (pandemia, a escala universal) fuera de control entonces, de magnitud sin precedentes para las generaciones vivas y que no sólo ponía en riesgo máximo la salud de todos (art. 43 CE), sino que amenazaba también con deparar inmediatos estragos sociales y económicos. Así las cosas, esta extrema constricción de la libertad de circulación se puede considerar idónea a fin de detener la expansión de los contagios y en atención a las recomendaciones cursadas por la Organización Mundial de la Salud, que puso énfasis, como es conocido, en la necesidad de acotar y restringir, ante la ubicuidad del virus, los contactos sociales. Fue, asimismo una medida necesaria o indispensable en aquella ocasión, cuando los recursos sanitarios se encontraban al límite de sus capacidades y se carecía tanto de terapias adecuadas para la enfermedad en curso como, muy en particular, de vacunas para evitar las infecciones o remediar sus efectos más intensos, terapias y sobre todo vacunas que, según la experiencia acreditó después, hubieran permitido –de estar disponibles y generalizarse- evitar o aliviar tan drástica limitación de la libertad constitucional (art. 19 CE). Sin que quepa olvidar, en fin, que medidas análogas fueron adoptadas en fechas muy próximas por las autoridades competentes de otros Estados de la Unión Europea. No puede corresponder al control de la jurisdicción constitucional, a la vista de todo ello, concebir y designar opciones de prevención sanitaria menos incisivas sobre el derecho fundamental y que fueran, en lo sustancial, de equivalente eficacia.

Sin embargo, la Sentencia de la que discrepamos no hace nada de esto. La razón para calificar como una suspensión una restricción muy intensa de un derecho fundamental no parece ser otra que, como se ha denunciado, permitir un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad. Es un atajo con el que se pretende, por un lado, eludir un juicio de constitucionalidad más riguroso y complejo, basado en el principio de proporcionalidad; y por

otro, permitir que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la medida adoptada aun cuando la misma pudiese superar tal juicio de proporcionalidad.

Ciertamente, la propia Sentencia de la mayoría parece considerar que las medidas adoptadas habrían sido proporcionadas para hacer frente a la situación planteada en marzo de 2020, pues así se afirma en el FJ 11 que dispone que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se lleva cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales”. Pero viene a considerar que tanto el Gobierno como el Parlamento que prorrogó las medidas inicialmente adoptadas por este con más del 90% de apoyo de la Cámara y sin ningún voto en contra, erraron en la elección del estado declarado.

Para la Sentencia no había que declarar el estado, el de alarma, que mejor se adaptaba al presupuesto de hecho, una pandemia, y que era el que mejor permitía mantener las garantías constitucionales; entre las cuales se encuentra el control de la proporcionalidad de las medidas. No, era preferible innovar y considerar que se cumplía el presupuesto de hecho de otro estado, el de excepción, y que se garantizaban mejor los derechos de los ciudadanos suprimiéndolos.

4. En efecto, la sentencia de la mayoría nos propone para luchar contra la pandemia suprimir los derechos constitucionales y sus garantías mediante la declaración del estado de excepción. Para ello debe superar el obstáculo no menor que supone el hecho de que no se cumpla el presupuesto para poder declarar tal tipo de estado.

Como se desprende de los debates constituyentes, de los debates legislativos que se produjeron al aprobarse la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de lo interpretado mayoritariamente por la doctrina científica, y de la propia doctrina previa de este Tribunal Constitucional, la declaración de un estado de excepción tiene como presupuesto la existencia de una situación de naturaleza eminentemente política que pueda provocar una grave alteración del orden público. Así, mientras que de acuerdo con el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, el estado de alarma se dispone para hacer frente a situaciones derivadas de hechos naturales (terremotos, inundaciones), crisis sanitarias (epidemias, contaminación grave), accidentes graves, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, o también alteraciones que supongan la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (en este último supuesto, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y siempre que

concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en el propio artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981); el estado de excepción, de acuerdo con el art. 13 de la Ley Orgánica 4/1981, ofrece una respuesta a situaciones de naturaleza eminentemente política que pueden provocar una grave alteración del orden público. Es la alteración del orden público, incidiendo en aspectos como el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, o el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, el presupuesto que debe concurrir para la declaración del estado de excepción.

Así se desprende del proceso de elaboración de la vigente Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en el que ciertamente el proyecto de ley presentado por el Gobierno y que daría lugar después a la vigente Ley Orgánica 4/1981, se fundó, en ese primer texto, en una concepción gradualista: el estado de alarma podía ser declarado tanto por la concurrencia de catástrofes públicas, crisis sanitarias o paralizaciones económicas como por “alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana” [letra a) del art. 20 del proyecto de ley, “Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados”, I Legislatura, núm. 73-I, de 21 de septiembre de 1979]. Las alteraciones del orden o la seguridad ciudadana debían ser tales que “su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa” (*idem*). A su vez, la situación que justificaba declarar el estado de excepción venía definido en el proyecto del Gobierno así: “Cuando el orden público resulte tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades previstas en los artículos anteriores [el estado de alarma] fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (art. 28.1 del proyecto de ley).

Sin embargo, las Cortes rechazaron esa interpretación e impusieron una distinta, que no es gradualista sino esencialista: los supuestos que permiten declarar el estado de alarma son distintos a los que dan lugar al estado de excepción. Este sirve para afrontar situaciones de grave alteración del orden público (art. 13.1 LOAES, que procede del art. 28.1 del proyecto de ley). Por el contrario, el estado de alarma se ciñe a lo dispuesto en el vigente art. 4 LOAES, que tiene su origen en el art. 20 del proyecto del Gobierno, una vez suprimido el apartado a) que mencionaba las alteraciones del orden público.

Las enmiendas de supresión del orden público en los estados de alarma [que dieron lugar a la eliminación de la letra a) del actual art. 4 LOAES] fueron completadas con aquellas enmiendas dirigidas a centrar el estado de excepción únicamente en las alteraciones del orden público.

La Sentencia de la mayoría para sortear los términos de la normativa de excepción a la que se remite la propia Constitución, y lo que denomina una interpretación “originaria” u “originalista” de la misma, propone realizar una interpretación original fundada en lo que denomina una interpretación “evolutiva” -que no es otra cosa que una interpretación “contra legem” contraria a la voluntad explícita del legislador al que el art. 116.1 de la norma fundamental ha remitido explícitamente la regulación de la materia-, y que implica que “la situación producida por la pandemia hubiera permitido la declaración de un estado de excepción, atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas”; legitimando con ello lo que la sentencia considera una suspensión de derechos.

Sin embargo, el entendimiento amplio que se realiza en la Sentencia de la que discrepamos del concepto de alteración del orden público como presupuesto para la declaración del estado de excepción se opone al entendimiento que de tal concepto había realizado con anterioridad la propia doctrina de este mismo Tribunal. Así, en efecto, en el reciente ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala Primera, se consideró que con la prohibición de una manifestación en pleno estado de alarma “no se trata [aquí] de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas”.

Ahora, apenas unos meses después, en un cambio de criterio (*overruling*) inmotivado, se considera por la Sentencia de la que discrepamos 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... no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (FJ 11).

Es decir, en el ATC 40/2020, en pleno estado de alarma, este Tribunal negó explícitamente que los derechos allí concernidos se hubiesen restringido por razones de orden público, pues se trataba de otra cosa, de la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Ahora, sin embargo, este Tribunal considera que las razones que entonces ya concurrían son reconducibles a una afectación del orden público. La interpretación “originalista” asumida por este mismo Tribunal hace apenas unos meses se ve atropellada por la necesidad de una interpretación “evolutiva” justificada en la “necesidad de acomodarse a las realidades de la vida... como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, la de la norma fundamental se supone. La interpretación con la que se juzgó la misma situación que se juzga

ahora, y más concretamente la interpretación del concepto de orden público, ha quedado en apenas unos meses anticuada.

En todo caso, no puedo sino dejar constancia de mi preocupación al constatar que, como ya señalé en los votos particulares formulados en el recurso de inconstitucionalidad 2035-2020 o en el recurso de inconstitucionalidad 3883-2018, se están realizando cambios en la doctrina jurisprudencial no expresamente reconocidos ni debidamente justificados, incurriendo así en cambios doctrinales u “*overrulings*” encubiertos que no responden a las exigencias que nuestra propia doctrina jurisprudencial establece para estos cambios de criterio.

Así, cabe constatar que la utilización de las categorías constitucionales restricción/suspensión que propone la Sentencia genera un problema: en el caso actual no habría sido posible establecer en nuestro ordenamiento un confinamiento domiciliario, pues no concurría el presupuesto para declarar el estado de excepción, una situación de alteración del orden público interpretado este concepto en sentido estricto.

Y es para “arreglar” el problema creado por la propia Sentencia mediante el uso equivocado de las referidas categorías constitucionales para lo que se decide hacer una interpretación extensiva del concepto de orden público, poniendo así en cuestión tanto lo afirmado en nuestra anterior doctrina como lo dispuesto en la Ley orgánica 4/1981, pero sin considerar siquiera la necesidad de someter la propia norma a control de constitucionalidad. Se consigue con ello posibilitar que nuestros derechos y sus garantías sean suprimidos obligando a tener que acudir a su suspensión y a la sustitución del régimen ordinario por el extraordinario. Si bien para ello es necesario forzar el presupuesto para poder declarar el estado de excepción.

Bajo mi punto de vista lo que sería radicalmente contrario a la Constitución sería, precisamente lo que nos propone la Sentencia: declarar el estado de excepción -suspendiendo derechos fundamentales y, por ende sus garantías constitucionales- para luchar contra una pandemia, pues el propio poder constituyente, a través de la remisión que ha realizado al legislador orgánico de excepción, ha decidido que en el caso de pandemias, y cuando no se produce una alteración del orden público, no se puedan suspender los derechos fundamentales.

5. La sensación de que la construcción de la Sentencia de la que discrepamos no es sino un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que dispusieron el denominado confinamiento domiciliario, se fortalece al constatar que la propia

Sentencia elude en buena medida llevar a sus últimas consecuencias la aplicación de su propia construcción cuando examina la constitucionalidad del resto de medidas adoptadas.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la medida de suspensión de determinadas actividades económicas adoptada en el art. 10 del Real Decreto impugnado, la Sentencia, en su FJ 9, señala que “no hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos”. Sin embargo, considera que se trata de limitaciones muy intensas, pero no de una suspensión del derecho a la libertad de empresa, pues la “suspensión de actividades” no es general, se afirma, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos “minoristas”, que no se encuentren incluidos entre “las numerosas excepciones previstas”. O en relación con las “actividades de hostelería y restauración” no se puede considerar una suspensión, pues se pueden realizar “servicios de entrega a domicilio”.

Puesto que era posible abrir algunos establecimientos, como los de alimentación, o se podía hacer entregas a domicilio, en el caso de la hostelería, la prohibición general de abrir, nos dice la Sentencia, no era una suspensión del derecho a la libertad de empresa por no ser una restricción de carácter tan general sino una restricción a secas a la que, por cierto, se somete al principio de proporcionalidad para determinar finalmente su constitucionalidad. Calificar de simple restricción el cierre al público de los restaurantes por el mero hecho de que puedan realizar servicios de comidas a domicilio, y sin embargo de “suspensión” las limitaciones a la libertad de circulación, que contienen unas excepciones mucho más numerosas, demuestra que nos encontramos ante una interpretación legal que solo genera inseguridad jurídica, ya que finalmente la determinación de que una determinada limitación constituya suspensión o no, dependerá del libérrimo criterio del interprete constitucional.

Debo insistir en que ni la intensidad ni la generalidad de una restricción puede determinar que nos encontremos ante una suspensión (posible sólo en el estado de excepción), pero es que además tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación misma. Así se confirma en la Sentencia de la que discrepamos cuando realiza afirmaciones apodícticas en relación con cuantas excepciones -numerosas, según la sentencia, en el caso de la libertad de empresa o escasas, parece, en el caso de la libre circulación-, son necesarias para que se transite desde una restricción a una suspensión. Así, la construcción de la Sentencia de la que discrepamos no da certeza alguna, pues se funda en la paradoja de *sorites* atribuida a Eubulides de Mileto que demostró la dificultad de determinar cuantos granos de arena hacen un montón, y se convierte en

instrumental para permitir que este Tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas, si bien pudieron ser correctas para hacer frente a la pandemia, fueron inconstitucionales por el hecho de que el número de excepciones no fue suficiente para evitar tener que catalogar la restricción como una suspensión, y considerar, así, que se habría adoptado sin haber utilizado la herramienta correcta.

Lo que ocurre es que tal construcción, con la falta de certeza que se deriva de la misma, aboca a los poderes públicos a la utilización futura de una herramienta, el estado de excepción, que, sin embargo, conlleva como hemos señalado, una evidente disminución de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

En efecto, las consecuencias derivadas de la concepción que se alumbra en la Sentencia serán sufridas directamente por los ciudadanos, pues a partir de ahora, el Gobierno autorizado por el Congreso -y ante la dificultad para determinar cuan intensa debe ser una restricción para transmutarse en una suspensión de derechos-, tendrá que suspender los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo el estado de excepción suprimiendo las garantías constitucionales de los mismos. Como ejemplo paradigmático, una vez declarado el estado de excepción para hacer frente a una futura pandemia, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 21 de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones (art. 22 LOAES). Algo que nunca sería posible bajo el estado de alarma, pues de acuerdo con la doctrina recogida, acertadamente en este punto, en la propia Sentencia, los derechos del art. 21 CE y sus garantías se someten, bajo aquel estado, al régimen ordinario previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica que los desarrolla y que recordemos que dispone por ejemplo para las manifestaciones un mero régimen de comunicación previa. Bajo el estado de alarma no se pueden excepcionar o cancelar los derechos de reunión y manifestación que permanecen incólumes, bajo el estado de excepción las garantías constitucionales de aquellos si pueden desaparecer, y a ello anima la construcción realizada por la Sentencia de la que discrepamos.

6. Constituye una cierta tradición en el Tribunal citar la frase del primer Presidente, García Pelayo, quien señaló que la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos.

La sentencia de la mayoría hace exactamente lo contrario. No resuelve, sino que crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias, privándole del instrumento que la ley determina expresamente para hacer frente a las crisis sanitarias, que es el

estado de alarma. Y no responde, a criterios propiamente jurídicos, pues dichos criterios deben proporcionar certeza y seguridad jurídica mientras que en el caso actual, se utiliza un atajo argumental (calificar como suspensión una restricción intensa de un derecho fundamental) para estimar la inconstitucionalidad de una medida sanitaria solicitada por un partido político, que previamente la había apoyado expresamente en el debate y votación parlamentaria de la prórroga del estado de alarma

La construcción doctrinal de la Sentencia podría suscitar en un inadvertido lector la impresión de que lo que se consigue con la misma es una mejor garantía de los derechos, pues se somete al Gobierno a un control parlamentario desde el primer momento en el que se produce la restricción de aquellos. Sin embargo, nada más alejado de la realidad, la construcción lo que permite es que se debiliten las garantías constitucionales de los derechos a cambio de que la supresión constitucional de los mismos sea autorizada por el Parlamento.

Ciertamente el resultado inmediato de la construcción de la mayoría no es otro que lograr una declaración de inconstitucionalidad fundada en que el instrumento jurídico utilizado no fue correcto, puro formalismo jurídico, como se ha dicho. Sin embargo, las consecuencias no son sólo formales, pues se prescinde del Estado de alarma a costa de disminuir las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

Madrid, a 16 de julio de dos mil veintiuno.

Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón

