



#### CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Atienza, M. (2023). Editorial. La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia. *Jurídicas*, 20(1), 7-17.  
<https://doi.org/10.17151/jurid.2023.20.1.1>

## Editorial La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia\*

MANUEL ATIENZA\*\* |

**1.** La sentencia dictada por el Pleno del Tribunal constitucional español en el recurso de inconstitucionalidad 2054/2020 (sentencia 148/2021, de 14 de julio) se ha convertido, sin duda, en una de las más comentadas y discutidas en toda la historia del Tribunal. Para empezar, el fallo fue suscrito por seis de los miembros que integraban el Tribunal, pero hubo otros cinco magistrados (entre ellos, el presidente) que disintieron del parecer de la mayoría y formularon votos particulares en términos que en algún caso dejaban traslucir la gran tensión que parece haberse producido en el interior del órgano. Y una tensión que, además, no se tradujo en una división estricta entre jueces “conservadores” y “progresistas”, como ha ocurrido con mucha frecuencia en los últimos tiempos. En esta ocasión hubo al menos dos jueces de los habitualmente calificados como conservadores que se apartaron de la opinión de la mayoría; y uno de los supuestamente progresistas que se habría pasado al bando contrario.

Por lo que hace a la comunidad jurídica y a la opinión pública, la división es también bastante notoria. En términos generales, me parece que es posible decir que quienes se sitúan políticamente en los espacios que suelen llamarse de izquierdas o progresistas son sumamente críticos en relación con el fallo mayoritario; mientras que los juristas y los medios de comunicación conservadores han acogido con aprobación la sentencia que, por otro lado, es la respuesta a un recurso de constitucionalidad planteado por un partido político considerado como de extrema derecha: VOX. Pero también aquí no deja de haber excepciones; por ejemplo, no todos los constitucionalistas que han emitido un juicio favorable sobre la sentencia podrían calificarse como políticamente conservadores y, menos aún, como afines a una ideología de extrema derecha.

\* Una versión previa de este texto fue publicada en el *Journal Jueces para la democracia*. Sin embargo, el Dr. Atienza nos cedió los derechos de esta versión para la editorial.

\*\* Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Alicante, España. E-mail: [manuel.atienza@ua.es](mailto:manuel.atienza@ua.es). **Google Scholar**. ORCID: 0000-0001-6569-1402.



En todo caso, el análisis que me interesa realizar aquí no tiene básicamente un propósito de tipo político. Lo que quiero mostrar es cómo la argumentación de la mayoría y la de los votos particulares (y creo que, en general, la de quienes suscriben una u otra posición) obedece a dos maneras distintas de entender los derechos fundamentales y de resolver los conflictos entre derechos que se plantean en los recursos de constitucionalidad; lo que, por cierto, seguramente se traduzca también en otras tantas concepciones del Derecho y de la propia Constitución y, en definitiva, en diferencias —parece inevitable que sea así— de carácter político. Pero empecemos por el principio.

Y el principio, en este caso, no es otra cosa que los principios. O sea, para entender la noción de derechos fundamentales y dar cuenta adecuadamente de cómo pueden resolverse los conflictos que de vez en cuando surgen entre ellos, muchos piensan (pensamos) que es indispensable partir de una cierta concepción de los principios y de la ponderación. Pero a esa manera de ver las cosas (a esa concepción del Derecho) se contrapone otra que tiende a reducir el Derecho a reglas y que es sumamente crítica en relación con la ponderación<sup>1</sup>.

**2.** La sentencia resuelve un recurso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una serie de disposiciones contenidas en varios reales decretos (y en una orden) que se habían dictado (en marzo y abril de 2020) para hacer frente a la crisis sanitaria surgida a raíz de la pandemia. Hay, por tanto, una multiplicidad de cuestiones planteadas, pero la central (la única que aquí tendré en cuenta) consistía en resolver si ciertos límites a la libertad de circulación de las personas recogidos en varios apartados del art. 7 del Real Decreto que declaraba el estado de alarma eran o no conformes con la Constitución. En particular, se trataba de: (apdo. 1) la prohibición de circular por las vías o espacios de uso público, salvo que hubiese alguna causa justificada como, por ejemplo, la adquisición de alimentos, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo, el retorno al lugar de residencia habitual, la asistencia y el cuidado de personas mayores, con discapacidad, etc. y (letra g) “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”; (apdo. 3) el permiso de circulación de vehículos particulares para la realización de las anteriores actividades o para repostar en gasolineras o estaciones de servicio (de donde se sigue la prohibición cuando no se dan esas circunstancias); y (apdo. 5) la habilitación al Ministerio del Interior para poder acordar el cierre a la circulación de carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

---

<sup>1</sup> En su voto particular, Juan Antonio Xiol se refiere precisamente (apartado “Observaciones generales”) a que, en su opinión, “la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria” se funda en “concepciones distintas del Derecho”. Y antes había señalado (“Consideraciones previas”) que “las posiciones esencialistas, degradadas hasta el extremo del formalismo” se habían enseñoreado del Tribunal Constitucional, lo que vinculaba con la existencia de “notables recelos frente al principio de ponderación”. Y Gabriel Doménech (2021) —en un reciente trabajo aparecido en *InDret*, “Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19”— atribuye también mucha importancia, para entender esas diferencias de planteamiento, a dos concepciones del Derecho a las que denomina “dogmatismo” y “pragmatismo”.

Pues bien, lo que quiero sostener aquí es que la “justificación interna” de la decisión mayoritaria y la de los votos disidentes tienen una estructura argumentativa diferente, y esa diferencia tiene implicaciones teóricas y prácticas de interés. En el primer caso, se trata de una subsunción, como corresponde a una comprensión del Derecho (y de los conflictos constitucionales) en términos de reglas; mientras que en el segundo, con lo que nos encontramos es con una ponderación, lo que viene a ser también una consecuencia de pensar que para dar cuenta de los conflictos entre derechos fundamentales (y para dar cuenta del Derecho en general) necesitamos incorporar al esquema las categorías de principio jurídico y de ponderación. Advierto desde ahora que soy perfectamente consciente de que mi reconstrucción no es una “descripción” exacta de la manera de proceder —de motivar— de unos y otros. No pretende serlo. A lo que aspiro es precisamente a ofrecer una “reconstrucción racional” de esos dos procesos argumentativos, porque me parece que ese método reconstructivo puede tener una considerable capacidad explicativa.

Procedo entonces a formular los dos esquemas de justificación interna que a mí me parece haber encontrado.

A) El de la mayoría, un esquema de tipo subsuntivo —un *modus ponens*—, sería este:

1. Si las medidas M (apdos. 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto de 2020) suponen una *suspensión* de derechos y no se impusieron tras la declaración de un *estado de excepción o de sitio*, entonces son inconstitucionales.
2. Las medidas M suponen una suspensión de derechos y se impusieron tras la declaración del estado de alarma (no del estado de excepción o de sitio).
3. Por lo tanto, son inconstitucionales.

B) El de los votos disidentes (y, en general, de los críticos de la sentencia) sería, por el contrario, un esquema ponderativo:

1. El principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida lleva a considerar como constitucionales las medidas en cuestión (M). Mientras que el principio de libertad de circulación empuja en sentido opuesto: hacia la calificación de las medidas M como no constitucionales.
2. En las circunstancias C (abreviatura para referirse a un conjunto de condiciones; fundamentalmente: la existencia de un riesgo grave para la vida, la salud y la integridad física de las personas como consecuencia de una pandemia), el primer principio pesa más que (tiene prioridad sobre) el segundo.

3. Por lo tanto, las medidas M son constitucionales<sup>2</sup>.

Como es sabido, la “justificación interna”, cuando se trata de casos difíciles, tiene que ir acompañada de la correspondiente “justificación externa”, o sea, de las argumentaciones dirigidas a justificar la premisa (o las premisas) cuya aceptación no resulte obvia. Veamos entonces en qué consistiría esa argumentación en relación con cada uno de los anteriores esquemas.

**3.** En la motivación ofrecida por la mayoría del Tribunal, la justificación externa del anterior silogismo puede sintetizarse en dos argumentos referidos a cada una de las dos premisas.

1) En relación con la primera premisa, lo que esgrimen es el art. 55.1 de la Constitución que establece que el derecho a la libertad de circulación puede ser suspendido si se ha declarado el estado de excepción o de sitio. Y del texto de ese artículo infieren, a sensu contrario, que no puede serlo (no puede ser suspendido) si lo declarado es el estado de alarma.

2) Y a propósito de la segunda premisa (quizás este sea el punto crucial de toda su argumentación), la mayoría del Tribunal entiende que la diferencia entre meramente restringir o *limitar* un derecho (algo constitucionalmente posible en un estado de alarma) y *suspenderlo* radica en la intensidad de la medida adoptada. Como esas medidas suponían, según ellos, límites muy severos y extensos, entonces debían considerarse como suspensiones de derechos.

Hay además otras razones (diríamos que de refuerzo) que la mayoría del Tribunal utilizó en favor de esa justificación externa (y, por tanto, de la decisión). Las dos que me parecen más significativas serían:

3) La necesidad de interpretar la ley que desarrolló los estados de alarma, excepción y sitio (una ley orgánica de 1981: la LOEA) en un sentido que califican de “evolutivo” y que se contrapondría a una interpretación meramente “originalista”, que atendiera simplemente a la literalidad de uno de los artículos de esa ley (el 4.b) y a los debates constituyentes —cuando se introdujeron esas tres figuras— y que vinculaban el “estado de alarma” con la existencia de situaciones como las que podría ocasionar una “pandemia”.

---

<sup>2</sup> Simplifico un poco el esquema de la ponderación que he propuesto en algún trabajo: *El Derecho como argumentación* (Atienza, 2006)—. Distinguía allí dos pasos argumentativos en ese procedimiento. La conclusión del primero sería una regla o, mejor dicho, la justificación de una regla, que estableciera (en nuestro ejemplo) que si se da una situación de conflicto entre el principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, por un lado, y el principio de libertad de circulación, por el otro (lo que equivale a decir, una situación en la que, a primera vista, serían de aplicación ambos principios), y concurren además las circunstancias C, entonces las medidas M son constitucionales. El segundo paso arrancararía de esa regla (que fungiría de premisa mayor); a la que se añadiría, como premisa menor, la constatación de que en el caso a examen se da ese tipo de conflicto y concurren esas circunstancias; siendo la conclusión final que las medidas M son constitucionales. Hay, como digo, tal y como en el texto lo planteo, una simplificación, pero que no altera lo fundamental del esquema.

4) Vinculada con la anterior, la necesidad de garantizar la mayor protección posible de los derechos fundamentales (en este caso, del derecho a la libre circulación y también a fijar libremente la residencia: ambos incluidos en el 19.1 de la Constitución) que, en su opinión, se produciría con la declaración del estado de excepción, puesto que el mismo exige “la previa autorización del Congreso de los Diputados”, o sea, hubiese dado lugar (y lo daría de cara al futuro) a un mayor control de carácter democrático.

Una de las ventajas de explicitar esos dos esquemas, de justificación interna y externa, es que ello permite —me parece— entender mejor (con más claridad) los argumentos dirigidos contra la sentencia por parte de los magistrados discrepantes y de quienes han escrito —críticamente— sobre el asunto, al igual que determinar su alcance. Obviamente, en el caso de un razonamiento de tipo deductivo (como lo es la justificación interna, el silogismo antes señalado) no es posible efectuar ninguna crítica referida a la inferencia como tal, esto es, si se aceptan las premisas, entonces también tendrá que aceptarse la conclusión. Razón por la cual, esas críticas han de ser entendidas como referidas a las premisas, a la justificación externa. Las que me han parecido más relevantes, podrían reconducirse a los siguientes argumentos: 1) Hay uno de carácter general y que consiste en calificar a la argumentación de la mayoría como “formalista”. Lo que se quiere decir con ello (varios magistrados utilizaron esa expresión o alguna otra de significado equivalente) es que la mayoría habría abordado el problema como si se tratase fundamentalmente de clarificar un concepto: de determinar el significado “esencial” de *limitar* o *suspender* un derecho, evitando así ir al problema de fondo, el de si estaban o no realmente justificadas las medidas en cuestión. De ahí que uno de los magistrados (Ollero) aludiera a la Jurisprudencia de conceptos, esto es al paradigma de lo que suele entenderse por formalismo jurídico de carácter conceptual y les acusara de proceder como los juristas que habitan en el famoso “cielo de los conceptos jurídicos” imaginado por Ihering.

2) Si se acude a los trabajos de dogmática constitucional, la conclusión a la que se llega es que la distinción entre los conceptos de limitación y suspensión de los derechos no puede establecerse con completa nitidez. Pero es que, además, la distinción en cuestión no parece tener que ver exactamente con la intensidad (y generalidad) de la restricción, sino más bien con una dimensión de carácter formal y temporal: se suspenden los derechos cuando dejan de estar en vigor durante un espacio de tiempo; mientras que la limitación no supone esa pérdida de vigor, sino la necesidad de restringirlos para hacer frente, por ejemplo, a una situación de pandemia, y de ahí que las limitaciones —cuando propiamente se trata de un límite y no de una suspensión— solo estarán justificadas si se dirigen a ese fin y son proporcionadas.

3) Además, la suspensión exige un acto formal (una declaración de suspensión) que no se produjo en este caso. Razón por la cual, la primera premisa de la justificación interna del fallo mayoritario no estaría justificada. Es algo que aparece muy destacado en el voto particular del presidente del Tribunal. Según él, la mayoría ha considerado que la suspensión a que alude el artículo 55.1 CE es un concepto sustantivo, cuando no es así, sino que solo existe si se acuerda formalmente: “en este caso no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio” (fund. 2)<sup>3</sup>.

4) Tampoco es cierto que las restricciones de las medidas tuvieran la intensidad y el carácter de generalidad pretendido por la mayoría. Como se ha visto, el apartado 1 del art. 7 del Real Decreto establece numerosas excepciones (hay incluso una cláusula para introducir situaciones simplemente análogas a las explícitamente señaladas). Existe además —en el Real Decreto— una referencia constante a la necesidad de que esas restricciones han de ser proporcionadas. Y, en fin, algunos de los artículos del Real Decreto que la mayoría consideró constitucionales establecían limitaciones (por ejemplo, el cierre al público de restaurantes) que no habría razón para considerar de menor intensidad que las medidas incorporadas en los apdos. 1, 3 y 5 del art. 7.

5) La interpretación “no originalista” o “evolutiva” que la mayoría hace de la distinción entre el estado de alarma y el de excepción no solo va contra la literalidad de los textos normativos y contra la intención tanto del legislador como del constituyente, sino que significa una clara ruptura en relación con la interpretación del propio Tribunal Constitucional, llevada a cabo, por ejemplo, en el ATC 40/2020, de 30 de abril (como pone de manifiesto Cándido Conde-Pumpido en su voto particular). Al contrario de lo que propone la mayoría, lo más acorde con el tenor de las normas, con las intenciones de sus autores y con una interpretación sistemática —coherente— del ordenamiento jurídico español es entender que la diferencia entre estado de alarma y estado de excepción tiene que ver con los fines perseguidos: la alarma trata de hacer frente a una situación de emergencia planteada por una catástrofe natural (como pueda ser un terremoto o una inundación), con una crisis sanitaria (como la provocada por una pandemia), con una situación de desabastecimiento..., mientras que el estado de excepción tiene una connotación política, o sea, lo que justifica su declaración es una alteración grave del orden público. En definitiva, lo procedente en el caso de la pandemia era la declaración del estado de alarma, no de excepción.

---

<sup>3</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo (2021) ha aclarado muy bien este punto en un trabajo titulado “La terrible confusión entre limitar y suspender derechos”. Lo que viene a decir es que la suspensión únicamente está prevista en nuestro ordenamiento para “casos de amenaza para el orden constitucional, la seguridad del Estado o su integridad. Nada que ver con la amenaza para la salud derivada de una pandemia”. Y achaca al Tribunal la comisión de una falacia de la falsa causa: el efecto de la restricción de los derechos a que se refiere la mayoría no tiene como única posible causa la suspensión.

6) La declaración del estado de excepción no supone tampoco, como vienen a sugerir los magistrados de la mayoría, una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos, sino al contrario. Simplemente porque la suspensión de los derechos tiene consecuencias más graves que la simple limitación. Cabría aducir a ello que lo que importa —lo que realmente supone garantizar la protección de los derechos— tiene que ver esencialmente con el *quién* controla las restricciones y no tanto con la naturaleza de las restricciones. Pero parece obvio que los Reales Decretos no quedan tampoco (no quedaron) fuera del control parlamentario.

7) La sentencia tiene consecuencias claramente negativas, tanto hacia dentro del sistema jurídico, como hacia fuera, en relación con el sistema social. Hacia dentro, porque crea una grave inseguridad jurídica, o sea, no quedan claros cuáles son sus efectos (apdos. 55, 56 y 57 del voto particular de Xiol), y la previsión que establece (en el fundamento 11) para intentar limitarlos muestra que los propios magistrados que la suscriben son conscientes de ello. Y hacia fuera porque, como también subraya Xiol, dado que la “suspensión” del derecho fundamental a la libertad de circulación no puede tener una duración superior a 60 días (art. 116.3 CE), ello significa “dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior”, como ocurrió con la pandemia; en el mismo sentido se pronunció Conde-Pumpido: la decisión del Tribunal “crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias” (p. 14).

8) Como conclusión de todo lo anterior, puede decirse que el fallo mayoritario no ha hecho que el Tribunal Constitucional pueda cumplir en este caso la función —que parece esencial— de estabilización del conflicto social. Para ello se necesitarían decisiones que —sobre todo en situaciones de grave crisis social— puedan gozar de un amplio consenso. Pero lo que ha producido es todo lo contrario: ha contribuido a incrementar el conflicto y, de paso, a desprestigiar una institución obviamente de gran relevancia para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Al final de su voto particular, Conde-Pumpido recuerda una frase del primer presidente del Tribunal, García Pelayo: “la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos”. Mientras que lo que habría hecho en este caso la mayoría es “crear un grave problema político y sanitario” con argumentos supuestamente jurídicos.

**4.** Y pasemos ahora al esquema de la ponderación. Como indicaba antes, no se trata exactamente de un argumento de tipo deductivo, pero para volverlo deductivo bastaría con añadir algunas premisas que —me parece— podrían aceptarse sin mayores dificultades. En la ponderación (lo que llamaba el primer paso de ese procedimiento argumentativo) se crea una regla jurídica a partir de los principios aplicables al caso: “Si se da una situación de conflicto entre, por un lado, el derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, y, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión, y concurren además las circunstancias C, entonces las medidas M son constitucionales”. O, dicho de otra manera, a la ponderación hay que acudir

cuando se trata de resolver un caso que supone una laguna en el nivel de las reglas del sistema: no existe una pauta específica que se refiera a esa situación a la que, sin embargo, sí que son de aplicación varios principios. Hay por ello que establecer esa regla para luego, en el segundo paso, proceder a una simple subsunción.

La justificación externa de la ponderación, entonces, nos remite a las dos premisas que señalaba en el esquema.

La primera —recuérdese— consistía en constatar la concurrencia de principios (de dos principios, o de sus correspondientes derechos) que tiran en direcciones opuestas. Y lo que aquí cabría cuestionar, entonces, es si efectivamente se da ese conflicto y si los principios concurrentes son precisamente los señalados. En relación con lo primero, no parece que pueda haber materia de discusión, puesto que es de común aceptación (y si no fuera así —si no hubiera conflicto, al menos *prima facie*— no habría, en realidad, caso que resolver). Pero la lectura de la motivación de la mayoría y de otros textos favorables a esa posición lleva a pensar que, en favor de la inconstitucionalidad de las medidas, cabría incorporar un nuevo principio de carácter formal o procedimental en la terminología de Alexy (yo preferiría llamarlo un principio institucional) que sería el que ordena respetar las competencias constitucionalmente establecidas, a lo que se añadiría un principio material, pues de esa forma se incrementaría también la garantía de los derechos fundamentales. Pero eso nos remite a algo que ya habíamos visto antes: a la cuestión de si lo constitucionalmente requerido en la situación era la declaración del estado de excepción (no del de alarma). Y no parece que la respuesta a la misma haya de ser afirmativa.

La segunda premisa, esto es, la justificación de por qué se atribuye un mayor peso (se da prioridad) a un principio o conjunto de principios sobre otro(s) suele constituir lo que muchos consideran como el verdadero *punctum dolens* de la ponderación. De hecho, la teoría de la ponderación de Alexy y la famosa fórmula del peso viene a ser, cabe decir, la justificación externa de la segunda premisa de ese primer paso de la ponderación. Hay varias maneras de formular ese criterio de proporcionalidad, balance, ponderación o como quiera llamarse, que vienen a ser sustancialmente equivalentes entre sí. En el planteamiento de Alexy, vendría a decir que una medida de restricción de un derecho (M) está justificada si es idónea para lograr el fin (en nuestro caso, la protección de la salud, integridad física y vida de las personas), es necesaria (no existe una medida alternativa que lograra el fin y fuera menos lesiva del derecho afectado —la libre circulación—) y es proporcional en sentido estricto; para determinar esto último, a su vez, deben tomarse en consideración básicamente tres variables: el peso abstracto de cada uno de los principios (o derechos), el grado de afectación de los principios en el caso concreto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy ha elaborado con mucho detalle esa teoría, ha propuesto incluso la traducción de las tres

anteriores variables a términos numéricos para construir con ello una fórmula matemática (la fórmula del peso), lo que, en mi opinión, constituye un exceso, por no decir un error. Pero, por lo demás, no hace falta entrar aquí en ninguno de esos detalles, puesto que todos, no solo los discrepantes con el fallo mayoritario, sino también los magistrados de la mayoría, parecen estar de acuerdo en que, dadas las circunstancias en que se produjo la pandemia (lo que antes llamaba C) las medidas M estaban justificadas. Por más que pueda parecer extraño (y ciertamente lo es), el fallo mayoritario no pone en duda la proporcionalidad de las medidas (la necesidad de dar prioridad —en las circunstancias C— al derecho a la salud, a la integridad física y a vida sobre el derecho a la libre circulación). Reconoce explícitamente que las medidas adoptadas para combatir la pandemia eran necesarias y proporcionadas y sustancialmente idénticas a las adoptadas en los países de nuestro entorno. Y otro tanto cabría decir del partido político, VOX, que planteó el recurso de inconstitucionalidad, pero después de haber votado en el Congreso de los Diputados en favor de las medidas cuya constitucionalidad pasó luego a cuestionar. Conviene, por cierto, aclarar que ese juicio de proporcionalidad tiene que hacerse teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el momento de la aprobación del Real Decreto, o sea, a partir del conocimiento (fundado) que entonces se tenía sobre la pandemia.

La conclusión que se extrae de todo ello es, me parece, simple e indubitable. Si el problema constitucional que se le planteó al Tribunal se hubiese tratado de resolver en términos de una ponderación, no se habría producido ninguna tensión entre los miembros del Tribunal, sino que se habría alcanzado —insisto, muy fácilmente— un acuerdo unánime. ¿Por qué entonces no se procedió así?

**5.** No es fácil saberlo. Antes apuntaba a la existencia de formas distintas de concebir el Derecho y los derechos fundamentales. Muchos juristas (incluyendo —claro está— a teóricos del Derecho) son sumamente escépticos en relación con la ponderación y supongo que también en este caso defenderían la necesidad de proceder a partir de reglas, esto es subsumiendo (e interpretando).

Eso, naturalmente, no quiere decir que, por ello, tuvieran que ponerse del lado del fallo mayoritario. Por ejemplo, podrían construir un silogismo como el siguiente:

1. Si las medidas M suponen una limitación de derechos, pero no son desproporcionadas y se establecieron tras la declaración del estado de alarma, entonces son constitucionales.
2. Las medidas M cumplen todas esas condiciones.
3. Por lo tanto, son constitucionales.

Pero, claro está, lo que tendrían que indicarnos a continuación es cómo se llega a la formulación de esas premisas, cuál es su justificación externa. En relación con la primera, la normativa, se trata (como ocurre con la correspondiente del fallo de la mayoría) de una *regla* jurídica, esto es, de una pauta específica de comportamiento que no se encontraba previamente (así formulada) en ninguna fuente autoritativa del sistema, y por eso hablaba yo también de la existencia de una laguna en el nivel de las reglas. Lo que el sistema proveía era un material jurídico en bruto (del que formaban parte principios, criterios interpretativos, reglas...) que han de elaborar los juristas (los magistrados del Tribunal) para poder encontrar una solución al problema. Y esa elaboración se resume en cierto modo en el paso de los principios a las reglas, siguiendo el esquema de la ponderación antes trazado. En resumidas cuentas, tanto en la justificación externa del anterior esquema como en relación con el del fallo mayoritario, no pueden dejar de usarse argumentos que hacen referencia a principios y a ponderaciones, aunque en ocasiones se haga en forma más o menos velada. Y por lo que se refiere a la segunda premisa, parece obvio que contiene un juicio de proporcionalidad, de manera que tampoco la ponderación está aquí ausente

La ponderación es, por lo tanto, un tipo de procedimiento argumentativo al que ha de acudir el jurista (el aplicador del Derecho), pero no siempre, sino solo cuando se encuentra con una situación de laguna (normativa o axiológica)<sup>4</sup> en el nivel de las reglas. Es importante insistir en que el uso de la ponderación no supone prescindir de la subsunción y del resto de las técnicas argumentativas (deductivas o no) características del razonamiento jurídico. Defender, para este caso, un esquema de justificación interna de tipo ponderativo no supone dejar a un lado el razonamiento subsuntivo o clasificatorio, sino mostrar que se necesitan ambas cosas: para subsumir, hay que saber antes en qué se subsume. De la misma manera que insistir en la relevancia de los principios no quiere decir prescindir de las reglas. Para la resolución de cualquier problema jurídico, al menos si reviste alguna complejidad, se necesita usar tanto reglas como principios. Y eso es lo que ocurre, en particular, en los supuestos de conflictos entre derechos, ya que los derechos no están recogidos únicamente en principios, sino también en reglas. Pero cuando surge el conflicto de cuál de dos derechos en pugna debe prevalecer, no queda otra alternativa que acudir a una ponderación, a un balance de razones en el que lo que se “sopesa”, por cierto, no tienen por qué ser exclusivamente principios, esto es, las reglas también pueden contribuir a inclinar la balanza hacia un lado o hacia otro.

Personalmente considero que la motivación de la sentencia (del fallo mayoritario) es un ejemplo clamoroso (incluso diría que algo obsceno) de formalismo jurídico.

---

<sup>4</sup> La distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas tiene mucha relevancia, pero no la desarrollo aquí porque no resulta indispensable para lo que nos ocupa. Simplemente aclaro que lo que se plantea en el caso es una laguna normativa. He tratado el asunto con algún detalle en varios trabajos referidos a la ponderación como “A vueltas con la ponderación” (forma parte ahora del libro *Un debate sobre la ponderación*, escrito con Juan Antonio García Amado, 2011) o “La ponderación en pocas palabras” (en *Filosofía del Derecho y transformación social*, 2017).

La esencia del fallo consiste en evitar entrar en el fondo del asunto (si las medidas estaban o no justificadas) utilizando para ello, como pretexto, la necesidad de proceder a una nítida separación entre los conceptos de estado de alarma y de excepción, de limitación y suspensión de los derechos. Pero hay además buenas razones para considerar que la motivación de la sentencia incurre también en activismo judicial. La apelación a lo que los magistrados de la mayoría llaman “interpretación evolutiva”, para construir como lo hacen esos conceptos, no parece tener otro propósito que el de saltarse el Derecho, eludir lo establecido al respecto por el material jurídico autoritativo. Quizás no esté de más recordar (dada la tendencia a olvidarlo) que lo que hoy llamamos activismo judicial tiene su origen en las decisiones, de orientación netamente conservadora, adoptadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos a comienzos del siglo XX que declararon inconstitucionales una serie de leyes de inspiración más o menos socialista; el ejemplo paradigmático es el caso *Lochner*. Y, en fin, lo que se produce con todo ello es una verdadera maniobra de distracción, esto es, ese planteamiento ha llevado a que lo que se discute en relación con la sentencia (lo que discuten básicamente los juristas “expertos” en la materia) no sea lo que cualquier persona no experta en Derecho (pero dotada de sentido común) diría que hay que discutir. Dicho de otra manera, la sentencia ha transmitido a la opinión pública una idea de lo jurídico según la cual el Derecho no es más que un obstáculo que hay que superar para poder hacer lo que se debe hacer.

Y si las cosas son así, me parece que no queda otro remedio que acudir a otra famosa distinción de la teoría de la argumentación jurídica: la contraposición entre el contexto de descubrimiento y el de justificación, entre las razones explicativas y las justificativas de una decisión. Yo no he podido encontrar (y creo que nadie puede hacerlo), en el fallo de la mayoría, un conjunto de argumentos que constituya una buena razón para considerar aceptable, justificada, la decisión. Lo cual invita, naturalmente, a poner el foco en el otro contexto. O sea, a hacerse la pregunta de cuáles pueden haber sido no las *razones*, sino las *causas* (ideológicas, políticas, idiosincrásicas, etc.) que han producido como efecto esa decisión.

## Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- De la Quadra-Salcedo, T. (5 de julio de 2021). La terrible confusión entre limitar y suspender derechos. *Agenda Pública*. <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos>
- Doménech, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret*, 4, 345-411. [https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/Final\\_Domenech-Pascual-2021-Dogmatismo-contra-pragmatismo.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/Final_Domenech-Pascual-2021-Dogmatismo-contra-pragmatismo.pdf)
- García, J. A. (2011). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra.