

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONTEXTOS DE INCERTIDUMBRE: INSUFICIENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES A LA LUZ DE LA COVID-19

The principle of proportionality in contexts of uncertainty: shortcomings and potential solutions in light of COVID-19

BORJA SÁNCHEZ BARROSO¹

Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

borja.sanchez@ucv.es

Cómo citar/Citation

Sánchez Barroso, B. (2023).

El principio de proporcionalidad en contextos de incertidumbre: insuficiencias y posibles soluciones a la luz de la COVID-19.

Revista Española de Derecho Constitucional, 128, 37-71.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.02>

Resumen

El principio de proporcionalidad es considerado el principal instrumento jurídico de control de las medidas restrictivas de derechos, tanto en la jurisdicción ordinaria como a nivel constitucional. Además de sus limitaciones tradicionales, se han puesto de manifiesto durante la pandemia algunas insuficiencias adicionales, que ponen en cuestión su efectividad en situaciones de incertidumbre fáctica, especialmente en contextos de alta complejidad técnica o científica. Tras analizar

¹ Profesor acreditado como contratado doctor y profesor de universidad privada en Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8685-2666>. Con agradecimiento al Prof. Dr. Federico de Montalvo, siempre, y a mis compañeros los profesores doctores Javier Gómez Lanz (UPComillas) y Javier Pérez Bou (UCV) por sus comentarios, que claramente han enriquecido el texto. Los errores que contenga, por supuesto, son solo míos.

detalladamente este problema e ilustrarlo con medidas concretas adoptadas frente a la covid-19, se analizan distintas vías que podrían ayudar a paliar estas insuficiencias. En concreto, la posibilidad de refinar el propio principio de proporcionalidad, extremar la deferencia a los demás poderes o adoptar decisiones previas sobre la información que debe tomarse como referencia en caso de incertidumbre.

Palabras clave

Principio de proporcionalidad; incertidumbre; control judicial.

Abstract

The principle of proportionality is considered the main legal tool in order to control restrictive measures of rights, both in ordinary Courts and at a constitutional level. In addition to its general limitations, new shortcomings have arisen during the pandemic, which question the efficacy of the principle in situations of factual uncertainty, especially in highly technical or scientifically complex contexts. This article analyses this problem in-depth and exemplifies it with specific measures adopted to prevent COVID-19. It also analyses potential ways to counter the aforementioned shortcomings, such as refining the principle of proportionality itself, reinforce judicial deference to legislative and executive powers, or adopting prior decisions as to the information that must be taken into account in case of uncertainty.

Keywords

Principle of proportionality; uncertainty; judicial review.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERIZANDO EL PROBLEMA DE BASE: INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE FÁCTICA: 1. Planteamiento general. 2. Incierta idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto. III. POSIBLES VÍAS PARA ABORDAR EL PROBLEMA: 1. Refinar el principio de proporcionalidad para contemplar los diferentes grados de incertidumbre existentes. 2. Extremar la deferencia al Parlamento, al Gobierno o a la Administración. 3. Adoptar reglas de decisión previas a la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la información que debe tenerse en cuenta en caso de incertidumbre. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad se ha convertido en las últimas décadas en la clave de bóveda del control jurisdiccional y constitucional sobre las restricciones de derechos aprobadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo en numerosos países (Jackson, 2015: 3094; Cohen-Eliya y Potal, 2010: 263). Pese a los diferentes matices que presenta en cada uno de ellos, su esqueleto, formado por cuatro grandes pasos o subprincipios, es comúnmente aceptado en la actualidad y ha contribuido a estructurar y refinar el control de las medidas adoptadas en caso de conflicto entre derechos o entre un derecho y un interés colectivo (Alexy, 2008; Barak, 2017; Kremnitzer *et al.*, 2020). En algunos países, aunque no en España, el principio de proporcionalidad se ha consagrado como mandato constitucional expreso al legislador². En nuestro país, ha sido el Tribunal Constitucional el encargado de reconocer el principio a nivel constitucional³, aunque este último también ha sido reconocido expresamente

² Así lo hacen las constituciones de Suiza, Rumanía o Turquía (*vid.* Ferreres Comella, 2020: 163) o, sin mencionarlo expresamente, la Constitución de Portugal (art. 18.2). A nivel de la Unión Europea, el art. 52 de la Carta de derechos fundamentales también ha «constitucionalizado» de forma expresa este principio.

³ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2006, de 29 de marzo, FJ 3; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, o 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5. En relación con la covid-19 y el primer estado de alarma, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, FJ 3. Buenos análisis de la jurisprudencia constitucional española inicial sobre el principio de proporcionalidad han sido desarrollados por González Beilfuss (2003) y Roca Trías y Ahumada Ruiz (2013).

en normas infraconstitucionales aplicables a la actuación de la Administración o a la iniciativa legislativa⁴.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad nació en el ámbito del derecho administrativo, pero no tardaría en pasar al derecho internacional y al derecho constitucional para el control de restricciones generales de derechos (Barnes, 1998: 22). En este último ámbito, en particular, el foco se ha puesto tradicionalmente sobre su uso como canon de constitucionalidad de leyes y medidas singulares por parte de los tribunales constitucionales —o aquellos que realizan funciones equivalentes de control de constitucionalidad en otros países— (Kyritsis, 2014: 396; Medina Guerrero, 1998: 119; Barnes, 1998: 19). Más recientemente, también se ha empleado como instrumento de control judicial *ex ante* para la autorización o ratificación previa de medidas de protección adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria⁵ (una discutible función que ha sido recientemente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional cuando las medidas tienen alcance general)⁶. Como consecuencia de este énfasis en el control judicial y de constitucionalidad, las principales objeciones al principio de proporcionalidad han versado sobre el amplio margen de apreciación que otorga a los tribunales, la menor legitimación y capacidad de estos últimos, frente a los titulares de otros poderes, para ponderar derechos e intereses al aplicar el test de proporcionalidad, y su criticable transformación en legislador positivo en casos de dudosa ponderación (Urbina, 2012: 66; Tsakyrakis, 2009: 475; Endicott, 2014: 311).

Las soluciones apuntadas frente a estas objeciones clásicas, también ampliamente desarrolladas por la doctrina y adoptadas de hecho por la mayoría de los sistemas constitucionales, se han centrado en dos grandes frentes. Por

⁴ Véanse los arts. 4 y 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; 1, 56, 100 o 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o 2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno.

⁵ Véase la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2178, FJ 4.

⁶ El Tribunal Constitucional ha resuelto esta cuestión en su Sentencia 70/2022, de 2 de junio, donde declara que encomendar a los tribunales la autorización *ex ante* de las medidas generales adoptadas por el Ejecutivo quebranta el principio de separación de poderes, al ser una competencia *ajena por completo* a la función jurisdiccional (FJ 7). Esta criticable transformación de los órganos jurisdiccionales en «colegisladores» o «correguladores» ya había sido criticada por numerosos autores. Un buen resumen de las diferentes posiciones doctrinales al respecto puede encontrarse en García Majado (2022: 145)

un lado, en una mayor justificación de los diferentes pasos del test de proporcionalidad, como parte de una legitimación democrática deliberativa y protectora de los valores compartidos (Alexy, 2005: 578; Bernal Pulido, 2007: 199; Thorburn, 2016: 305; Bindi, 2016: 325). Por otro, en mecanismos y requisitos para la elección de magistrados y la duración de su mandato, que aúnen la necesaria legitimación democrática con un efectivo control de constitucionalidad, eventualmente contramayoritario (Eisgruber, 2002: 29; Schlink, 2012: 301)⁷. A nivel de los tribunales ordinarios, estos últimos mecanismos se encuentran menos desarrollados, lo que intenta compensarse con una mayor motivación y una jurisprudencia más profusa, centrada generalmente en la proporcionalidad de las actuaciones administrativas singulares en la aplicación de las normas, más que en la proporcionalidad de las normas mismas⁸.

Recientemente, sin embargo, han aflorado otras posibles insuficiencias del principio de proporcionalidad como instrumento de control efectivo de la constitucionalidad de las normas o de las medidas generales. Se trata de insuficiencias que surgen en situaciones de incertidumbre fáctica, especialmente en contextos altamente dependientes de datos técnicos o científicos. Es decir, cuando la realidad subyacente a la aplicación del principio de proporcionalidad no se conoce con la necesaria certeza. En estos casos, parecería que la aplicación racional, informada y efectiva del principio de proporcionalidad se torna imposible para los tribunales. La información de que disponen no permite enfrentarse adecuadamente a los conflictos de derechos abordados por otros poderes, lo que impide emplear el principio de proporcionalidad para revisar y controlar de manera efectiva las medidas restrictivas de derechos y libertades que estos hayan adoptado. Para abordar este problema, trataremos de describirlo con el mayor detalle posible e ilustrarlo mediante ejemplos recientes (apartado II). Tras ello, abordaremos algunas vías posibles para resolver o mitigar el problema apuntado (apartado III).

⁷ Más allá del análisis específico del principio de proporcionalidad, existe una amplísima discusión sobre la legitimidad del control constitucional en sentido fuerte frente al legislador (véase un resumen en Lafont, 2016: 265), así como sobre la llamada *counter-majoritarian difficulty* [objeción contramayoritaria] (Bickel, 1963: 16). En España, Aragón (1998: 157) ya advirtió sobre los problemas de adoptar decisiones políticas por parte de los tribunales debido, entre otros, a su menor representatividad y pluralismo político.

⁸ Desde su recepción en España, su utilización como principio general del derecho administrativo que limita las potestades administrativas y protege las situaciones jurídicas de los particulares se ha extendido a toda actuación administrativa limitadora de derechos e intereses, no solo a la actividad de ejecución forzosa de los actos administrativos o a las sanciones administrativas (López González, 1998: 157).

Es cierto que las insuficiencias apuntadas podrían no ser exclusivas del principio de proporcionalidad, afectando así a otros principios que también se ven afectados por circunstancias de incertidumbre de hecho, como los principios de igualdad y no discriminación, por ejemplo. Tampoco explican por sí mismas la disparidad de formulaciones del principio de proporcionalidad y su inconsistencia en la jurisprudencia, cuanto más si se comparan diversas ramas del derecho y diversos ordenamientos jurídicos. Además, nuestro análisis no incluye otros mecanismos empleados en diferentes sistemas para controlar las medidas restrictivas de derechos en algunas situaciones de incertidumbre, como las empleadas, en el caso más grave, frente a la covid-19 (mecanismos propios del derecho de emergencia, exigencia de un mayor control parlamentario, reserva de ley general y, en el contexto particular de la covid-19, exigencia específica de una ley de cobertura para situaciones de pandemia, graduación de las restricciones, protección de contenidos indisponibles para el legislador dentro de cada derecho, etc.)⁹.

Todo ello podría ser objeto de un análisis complementario, centrado en el derecho positivo y en la forma concreta en que los tribunales han ido aplicando el principio de proporcionalidad a lo largo de las últimas décadas o en el difícil contexto reciente de la pandemia. Sin embargo, nuestro enfoque será esencialmente teórico. Solo emplearemos referencias a casos concretos, de diferentes ordenamientos, como ilustración de los problemas y de las posibles soluciones que aquí se plantean. Creemos que ello puede arrojar luz sobre el debate en torno al principio de proporcionalidad y facilitar su tratamiento sistemático, sin perjuicio de su posterior concreción, de formas muy variadas, en el derecho positivo y en la jurisprudencia. Se trata de una aportación teórica relevante, especialmente si se tiene en cuenta que una gran parte de la doctrina ha postulado el principio de proporcionalidad a nivel teórico como la herramienta de control esencial, si no única, para controlar la validez de las medidas restrictivas de derechos de carácter general, también durante la pandemia¹⁰.

⁹ Un interesante análisis comparado sobre estas cuestiones, centrado en los principales estándares de control desarrollados por los tribunales de diversos países durante la pandemia, ha sido desarrollado por Cafaggi y Iamiceli (2021: 807 y ss.).

¹⁰ La invocación del principio de proporcionalidad sirvió incluso como fundamento cuasi exclusivo de los votos particulares discrepantes formulados a la STC 148/2021 (votos del presidente, González Rivas, y los magistrados Ollero Tassara, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón). La doctrina que aboga por un papel central del principio de proporcionalidad frente a la covid-19 también es muy abundante (por todos, Carmona Cuenca, 2021: 36; Garrido López, 2021: 18; Álvarez Buján, 2021: 209; o, ya antes de la pandemia, Aba Catoira, 2011: 340). Aunque ello desvirtúa en

II. CARACTERIZANDO EL PROBLEMA DE BASE: INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE FÁCTICA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como es sabido, la versión canónica del principio de proporcionalidad en España, como en otros países de nuestro entorno (singularmente Alemania e Italia), hace que los tribunales deban responder a tres preguntas sucesivas: i) si la restricción de un derecho es idónea para conseguir el objetivo perseguido, ii) si es necesaria, en el sentido de que no existan otras medidas menos restrictivas del derecho que permitan alcanzar el mismo objetivo en la misma medida, y iii) si es estrictamente proporcional, entendiendo por tal que los beneficios obtenidos con la medida sean superiores al sacrificio impuesto sobre el derecho y otros valores¹¹. En algunas ocasiones, dichas preguntas vienen precedidas por otra, sobre la legitimidad del fin perseguido, en atención a los intereses cuya protección ha sido confiada a los poderes públicos¹².

Dicha pregunta inicial —identificar si el fin perseguido por una medida restrictiva es constitucionalmente legítimo— es una operación puramente técnica e intelectual: basta analizar el contenido del texto constitucional para comprobar si el fin perseguido por los poderes públicos les ha sido encomendado, ya sea de forma expresa o implícita como parte de sus funciones¹³.

cierto modo el significado del Estado de derecho, concepto mucho más rico y complejo que no puede reducirse al principio de proporcionalidad, ello no resta importancia a este último ni interés de nuestro análisis, al contrario. De hecho, parte de la doctrina ya ha señalado la insuficiencia del principio de proporcionalidad en esta situación, acudiendo a otros fundamentos, como los contenidos reglados mínimos que disciplinan los estados de emergencia constitucional y la prevención de riesgos sanitarios (Fernández de Casadevante Mayordomo, 2021: 515; Vidal Prado, 2021: 279).

¹¹ Por todas, véanse la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5, y las que allí se citan. Como han señalado algunos autores, el Tribunal Constitucional no siempre menciona expresamente el principio de proporcionalidad, aunque lo aplique, y menos aún todos los pasos del test que lo conforma. De hecho, la proporcionalidad ya venía aplicándose por el Tribunal Constitucional como canon de control mucho antes de concretarse en dicho test (Vidal Fueyo, 2005: 445).

¹² Las sentencias del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (FJ 6), y 60/2010 (FJ 9) llegan a considerar esta pregunta una fase aparte del juicio de proporcionalidad, anterior a las tres otras preguntas señaladas.

¹³ En palabras de M. Borowski (2021: 305), «qué fines se consideran legítimos es una cuestión de interpretación jurídica, no una cuestión de prejuicios o preferencias

Sin embargo, las tres preguntas posteriores descansan sobre una imprescindible base fáctica: saber si una medida restrictiva contribuye o no a alcanzar determinado fin implica conocer los efectos concretos de la medida; saber si existen otros medios para alcanzarlo también implica conocer sus efectos, en comparación con los de la restricción analizada; saber finalmente si la medida aporta más beneficios para satisfacer un principio (por ejemplo, la salud pública o el medio ambiente) que los sacrificios impuestos sobre otro implica conocer, con un mínimo de precisión, cuáles son dichos beneficios, dependientes nuevamente de los efectos de la medida (Bernal Pulido, 2006: 62; Díaz García, 2011: 179; Barak, 2017: 355).

El problema es que en situaciones donde impera una incertidumbre fáctica estos datos no siempre se pueden conocer, al menos no con la certeza suficiente. Es lo que ocurre especialmente en contextos de alta complejidad técnica o científica, donde los datos de base de los que se parte para adoptar medidas restrictivas casi nunca resultan concluyentes. No nos referimos a problemas de prueba, que los tribunales siempre han tenido que resolver (aunque pueda resultar complejo para la justicia constitucional por su escasa tendencia a solicitar y valorar medios de prueba, pese a que existan cauces procesales para ello)¹⁴, sino a casos en los que las pruebas más concluyentes, o aquellas que merecen mayor confianza para los tribunales, indican que la situación de base resulta parcial o totalmente desconocida, dudosa o controvertida. Es decir, situaciones de incertidumbre fáctica provocada por la inexistencia de datos, su insuficiencia o inadecuación para abordar las medidas planteadas, su complejidad e interrelación, o por una controversia irreductible en el seno de la comunidad científica sobre los datos que deben darse por ciertos, por ejemplo, por una diferencia de opiniones entre organismos científicos de igual prestigio (Stirling, 2007: 309).

Ejemplos recientes de medidas adoptadas frente a la covid-19, caracterizados por la amplia incertidumbre científica asociada a la nueva enfermedad (Rutter *et al.*, 2020: 1), permiten ilustrar esta circunstancia. Pese a los rápidos y encomiables avances de la investigación científica llevada a cabo sobre la

personales». Se trata de analizar únicamente si los poderes públicos están autorizados para adoptar medidas restrictivas, de acuerdo con el marco normativo vigente (Stone Sweet y Mathews, 2008: 75).

¹⁴ Ello se debe principalmente a que no constituye una tercera instancia judicial que deba efectuar una nueva valoración de los hechos (Corte Heredero y Moreno Fernández, 2020: 1014). Sin embargo, resulta problemático en casos donde se debe valorar la proporcionalidad de medidas restrictivas de derechos cuya incidencia efectiva y efectos son fundamentales para valorar su constitucionalidad.

covid-19, los pocos datos disponibles al inicio de la pandemia (o sobre las nuevas variantes del coronavirus) y algunos desacuerdos en el seno de la comunidad científica, junto con la amplitud e intensidad de las restricciones adoptadas, hacen de este caso un modelo privilegiado para comprobar la insuficiencia del principio de proporcionalidad tradicional como instrumento de control constitucional. El hecho de que el fin legítimo de las medidas adoptadas no sea puesto en cuestión —la protección de la salud pública indudablemente compete a los poderes públicos, de conformidad con el art. 43.2 CE— también facilita el análisis¹⁵.

2. INCIERTA IDONEIDAD, NECESIDAD O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Tomando como ejemplo las medidas restrictivas adoptadas frente al coronavirus, si se analiza en primer lugar su idoneidad, existe actualmente un consenso científico prácticamente unánime sobre la transmisibilidad humano-humano del virus, principalmente a través de partículas líquidas expulsadas por boca o nariz al hablar, estornudar, toser o respirar, ya sea en distancias cortas a través del contacto directo entre personas o en espacios cerrados, concurridos y mal ventilados (Organización Mundial de la Salud, OMS, 2021). Parece evidente, por tanto, que la prevención de una alta propagación del coronavirus debe implicar, para resultar idónea, algún tipo de limitación sobre estos contactos, su distancia, su frecuencia o sus condiciones. Sin embargo, los mecanismos de transmisión del coronavirus no siempre han resultado conocidos, como tampoco lo eran la rapidez de su propagación, la magnitud de sus efectos e, incluso, el estado concreto de la situación a la que cada Estado se enfrentaba al adoptar las primeras medidas. Frente a nuevas variantes del virus, este desconocimiento parcial se ha reproducido en los primeros momentos, sin que los poderes públicos dispusieran muchas veces de información suficiente para evitar a tiempo la propagación de estas nuevas variantes.

Por ejemplo, en los primeros momentos de expansión del coronavirus en China en enero de 2020, se pensaba que la transmisión del virus se realizaba por contacto con determinados animales en los principales mercados al aire libre existentes en aquel país, mientras que su transmisión entre humanos se

¹⁵ Como señalamos en la introducción, el fin de nuestro análisis no es poner en cuestión o analizar la validez de las concretas medidas aprobadas por cada Estado frente a la covid-19, sino analizar desde el punto de vista teórico el impacto de la incertidumbre fáctica sobre su posible control judicial.

consideraba improbable. Ello motivó la adopción de recomendaciones europeas —todavía no restricciones, aunque podían haber existido— para evitar dichos mercados húmedos al aire libre y el contacto con cualquier animal en China (CEPCE, 2020a: 5-8; 2020b: 6). De la misma forma, se entendió poco después que el coronavirus quizá podía transmitirse por medio de materias de origen humano (SoHo, por sus siglas en inglés —sangre, células u otros tejidos—), lo que provocó una restricción de su posible donación, incluso después de la aparición de vacunas frente a la covid-19 (Jacobs, 2022: 585-588; CEPCE, 2020c: 19). Finalmente, el 14 de marzo de 2020, fecha de adopción en España del primer estado de alarma y las medidas restrictivas de derechos fundamentales asociadas a este, todavía se pensaba que el coronavirus n-Cov-19 se transmitía activamente por contacto con determinados objetos. Además de la recomendación a la población de proceder a desinfectar exhaustivamente estos objetos, se adoptó en este caso una medida restrictiva más concreta: la obligación impuesta a las empresas de desinfectar intensamente toda superficie de contacto habitual para trabajadores o clientes¹⁶.

En todos estos casos, los poderes públicos reconocieron que los datos disponibles no eran concluyentes, lo que no debía impedir la adopción de medidas. Para ello, tanto el Gobierno y la Administración como los tribunales invocaron recurrentemente la versión tradicional del «principio de precaución», al que nos referiremos más adelante¹⁷. De hecho, varios meses después de su adopción, en julio de 2020, la OMS seguía investigando estas posibles vías de transmisión, sin alcanzar ninguna certeza sobre su condición de tales (OMS, 2020a). A la vista de esta situación, lo relevante a nuestros efectos no es si se determina, en algún momento, que las anteriores son o no vías de transmisión efectivas del coronavirus, algo que compete a las autoridades científicas, sino la dificultad que conlleva la incertidumbre apuntada para determinar si las medidas adoptadas en su momento (recomendaciones o restricciones) eran

¹⁶ Véase el art. 6 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Ha analizado el carácter restrictivo de este tipo de medidas Doménech Pascual (2021: 382).

¹⁷ Véanse el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Tenerife 84/2020, de 27 de febrero, que ratificó las primeras medidas adoptadas frente a la covid-19; las sentencias del Tribunal Supremo 719/2021, de 24 de mayo, ya citada, o 788/2021, de 3 de junio, ECLI:ES:TS:2021:2176; los reales decretos 537/2020, de 22 de mayo, y 555/2020, de 5 de junio, o la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, entre otros.

idóneas para atajar la propagación del virus. Simplemente se entendía, a la luz de los datos científicos disponibles en su momento, que *podían llegar serlo*, al menos con alguna probabilidad, a la luz de cómo se habían comportado virus anteriores similares (Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, 2020).

Si se analiza en segundo lugar la necesidad de las medidas restrictivas adoptadas, no resulta fácil determinar en cada caso si existían medidas de protección menos lesivas, pero igual de eficaces frente al coronavirus, puesto que se ignoraba en muchos casos el grado de efectividad concreto de las medidas adoptadas¹⁸. Al inicio de la pandemia, por ejemplo, las autoridades científicas solo eran capaces de ofrecer distintos escenarios posibles de riesgo, en función de su gravedad (determinada a su vez por el número de casos, la rapidez de transmisión posible, la magnitud de los daños esperados, etc.), sin llegar a conocer con certeza en cuál de ellos se encontraba cada país, incluida España. Se asociaban a cada uno de estos escenarios posibles medidas para intentar frenar la transmisión comunitaria del coronavirus, pero, sin conocer con exactitud el escenario real, no podía afirmarse con certeza si las medidas finalmente adoptadas eran estrictamente necesarias para alcanzar el objetivo perseguido¹⁹. Menos aún podían afirmarlo los tribunales en su función de control *ex ante* o incluso el Tribunal Constitucional en su revisión *ex post*, pues contaban con menor información todavía que los demás poderes públicos²⁰. Esta situación de incertidumbre se produjo también posterior-

¹⁸ Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el juicio de necesidad implica que no exista otra medida menos lesiva para conseguir el fin perseguido «con igual eficacia» (por todas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 5). Para Lopera Mesa (2008: 282), la dificultad de valorar empíricamente esta eficacia hace que «la racionalidad de la argumentación sobre este punto [sea] bastante frágil».

¹⁹ Las autoridades científicas establecieron en un primer momento una escala de gravedad en los distintos escenarios posibles, en los que recomendaban medidas de protección diferentes según el escenario. Bastaba con que el escenario de riesgo asumido por los poderes públicos no se correspondiera con el escenario real para que otras medidas menos restrictivas, propuestas por las mismas autoridades científicas, tuvieran la misma o mayor eficacia. La rapidez con la que evolucionaban los escenarios dificultaba todavía más esta apreciación (CEPCE, 2020c: 8).

²⁰ La necesidad de las medidas restrictivas también podría discutirse en los casos más extremos, como el confinamiento general decretado al amparo del estado de alarma en marzo de 2020. Si el Tribunal Constitucional hubiera entrado a valorar la necesidad de la medida, en vez de centrarse en su equivalencia material con una «suspensión» de derechos vetada por el art. 55 CE, hubiera tenido una ardua tarea por delante a la luz de los escasos datos científicos disponibles sobre este escenario extremo.

mente en relación con nuevas variantes del coronavirus, en relación con la distancia de seguridad exigible para evitar la propagación del coronavirus, que impactó directamente sobre el aforo permitido en determinados espacios cerrados y, consiguientemente, sobre la libertad de circulación, la libertad de empresa o la libertad religiosa²¹, o en relación con el uso generalizado de mascarillas en exteriores²².

Si abordamos, en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto de una medida restrictiva, más allá de las posibles críticas que esta operación pueda merecer desde el punto de vista de su legitimidad y racionalidad, lo relevante para nosotros es que descansa nuevamente sobre una cierta base fáctica²³. Al fin y al cabo, el beneficio que se espera obtener con la restricción de algunos derechos no puede ser meramente hipotético, imaginario o ficticio, sino que debe venir respaldado por algún dato. Al menos si se considera el principio de proporcionalidad como verdadera herramienta de control, en sentido fuerte, y no como un mero recurso lógico o retórico para ordenar, de forma coherente y compartida por las diversas instituciones implicadas, el análisis de una concreta medida (Harbo, 2010: 184-185).

Al comparar los sacrificios impuestos con los beneficios esperados en situaciones de incertidumbre fáctica, no se pueden completar con la suficiente certeza los dos lados de la balanza que se quiere emplear. En la mayoría de los casos, el sacrificio sí puede caracterizarse con cierta precisión, pues consiste

Algunos estudios han apuntado, de hecho, *a posteriori*, que confinamientos generales más cortos en el tiempo resultaron más eficaces frente al virus que los confinamientos largos (Coccia, 2021: 7-8).

²¹ Desde el ámbito científico, se ha llegado a considerar que las diferentes distancias establecidas resultan arbitrarias, puesto que la propagación del coronavirus sigue produciéndose a dos metros y disminuye progresivamente según se aumentan las distancias (University of Cambridge, 2021).

²² Otro ejemplo de incertidumbre sobre la necesidad en sentido estricto de las medidas se produjo en relación con el uso de mascarillas en exteriores, cuya obligación fue reintroducida por Real Decreto Ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Las autoridades españolas consideraron que un uso generalizado de mascarillas, incluido en el exterior y en todo tipo de actividades, era necesario para limitar los contagios, en contra del criterio de la OMS (Ministerio de Sanidad, 2020a: 21; OMS, 2020b: 10-11).

²³ Para algunos autores, la comparación propuesta por el test de proporcionalidad no es una operación racional, sino valorativa, fruto de las preferencias individuales más que de la lógica: las variables comparadas son, en realidad, inconmensurables (Endicott, 2014: 311; Urbina, 2015: 604-605).

en la restricción actual de un derecho o libertad (la mayor parte de la población confinada, obligada a portar mascarilla, impelida a no reunirse más allá de un cierto número de personas, etc.), aunque pueda contener datos discutibles (impacto global, efectos secundarios, daños económicos indirectos...). Sin embargo, el beneficio esperado con la adopción de las medidas, proyectado en el futuro, resulta casi siempre incierto en escenarios donde ni siquiera se comprende adecuadamente el nivel de gravedad de la amenaza enfrentada. En estos casos, la base misma de la comparación falta: al no conocer con certeza el beneficio que se va a obtener —aún menos se puede cuantificar, ni siquiera con un cierto grado de probabilidad—, difícilmente se podrá comparar con el sacrificio impuesto. Ni siquiera adoptando herramientas lingüísticas para simplificar el análisis, como la escala triádica propuesta por Alexy (2013: 20). Para calificar un beneficio esperado como alto, moderado o leve (en función, por ejemplo, del número de vidas que se pueden salvar, el número de contagios que se pueden evitar o las camas en unidades de cuidados intensivos que se pueden liberar), deben existir datos mínimamente verificables para calcular dicho beneficio, que solo después puede compararse con el sacrificio.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la medida de cierre de colegios e institutos adoptada en marzo de 2020 en España y en muchos otros países a lo largo de la pandemia²⁴. Al analizar la validez de esta medida, el Tribunal Constitucional coincidió en que el análisis de la proporcionalidad de la medida era la cuestión esencial que debía dilucidar (junto con su caracterización como suspensión o restricción y su amparo en la legislación aplicable a los estados de alarma)²⁵. Sin embargo, al aplicar el test de proporcionalidad, omite llevar a cabo el tercer paso, para concluir de manera un tanto apodíctica que la medida no resultó desproporcionada²⁶. Si hubiera intentado responder a esta tercera cuestión, habría tenido grandes dificultades para hacerlo puesto que, en

²⁴ Véase el art. 9 del RD 463/2020. Se estima que más de 150 países acordaron cierres de centros educativos de diferente intensidad a nivel nacional (UNICEF, 2021: 5).

²⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, FJ 8.

²⁶ El Tribunal Constitucional justificó el fin legítimo de la medida, su idoneidad y su necesidad en sentido estricto. También señaló que otros países habían adoptado medidas similares. Sin embargo, no abordó en ningún momento la ponderación en sentido estricto entre el sacrificio impuesto al derecho a la educación y los beneficios perseguidos para la preservación de los derechos a la salud pública y la vida. Una ponderación que debe realizarse en concreto, y no simplemente en abstracto, para evitar que la alegada defensa de la vida y la salud, pese a su indudable importancia, pueda justificar medidas de *cualquier* intensidad.

realidad, no se conoce ni se conocía al momento de adoptar la medida el impacto efectivo que el cierre de colegios e institutos podía tener para frenar los contagios. ¿Cómo valorar entonces si el sacrificio impuesto compensa los beneficios de la medida, cuando estos beneficios ni siquiera se conocen con la suficiente certeza? (Viner *et al.*, 2020: 397; Johansen, 2020: 5; Ministerio de Sanidad y Ministerio de Educación, 2020: 3).

Como señalamos en la introducción, no queremos insinuar con ello que esta medida concreta no fuera adecuada en España o no haya contribuido a prevenir daños mayores ocasionados por la pandemia. Ni siquiera argumentamos que no fueran medidas válidas. Simplemente ponemos de manifiesto que, en situaciones de incertidumbre fáctica, especialmente en contextos con un alto componente científico o técnico, el principio de proporcionalidad no basta como canon de control judicial y de constitucionalidad. Aunque ayude a estructurar el razonamiento y permita controlar la validez de algunas medidas, es insuficiente para valorar otras.

III. POSIBLES VÍAS PARA ABORDAR EL PROBLEMA

Una vez expuesto el problema de base, podemos valorar distintas vías jurídicas posibles para resolverlo o, al menos, mitigarlo. En ese sentido, siempre puede existir la sospecha, al aplicar el principio de proporcionalidad, de que jueces y magistrados se guíen por criterios puramente subjetivos, prejurídicos e incluso intuitivos, revestidos *a posteriori* de un lenguaje técnico que les presta su legitimidad, en línea con la descripción que el realismo jurídico hace del derecho en su conjunto (Möller, 2007: 463-465; Nourse y Shaffer, 2009: 106-107; Schlink, 2012: 299-301). En casos de incertidumbre fáctica, especialmente en contextos técnica o científicamente cargados, esta sospecha se ve reforzada por la impresión, en algunos casos, de una cierta falta de comprensión por parte de los tribunales de la información a su disposición, o la reticencia para abordarla en toda su complejidad (Faigman, 2006: 1225; Monaco, 2021: 281-282). En el contexto de la pandemia, por la urgencia de las decisiones que debían adoptar, sin tiempo para recurrir a fuentes de información más allá de las propuestas por las autoridades u otras partes procesales, este problema podría incluso haberse acentuado (Wiley, 2020: 2).

Si se aceptara esta crítica, las insuficiencias del principio de proporcionalidad apuntadas en el apartado anterior no requerirían subsanación alguna. Bastaría una aplicación intuitiva del principio, heredera del pensamiento de E. Burke (1790: 92 y 119), para quien los sentimientos naturales o las pasiones instruyen eficazmente a la razón y los derechos no pueden ser definidos sino

meramente discernidos, para revestir de una aparente legitimidad el control judicial de las medidas restrictivas de derechos²⁷. Sin embargo, si se quiere hacer del principio de proporcionalidad un verdadero instrumento de control, y se defiende, como en nuestro caso, un constitucionalismo racional de corte deliberativo, debemos explorar posibles vías para mitigar el problema, empleando fórmulas jurídicas para afrontar la incertidumbre extrajurídica —fáctica, científica, técnica— a la que se enfrentan los tribunales en numerosas ocasiones al aplicar el citado principio.

1. REFINAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA CONTEMPLAR LOS DIFERENTES GRADOS DE INCERTIDUMBRE EXISTENTES

La primera opción para contrarrestar la incertidumbre fáctica al aplicar el principio de proporcionalidad sería precisar o complementar el propio principio: los tribunales seguirían aplicándolo, pero con algunas modificaciones. El propio R. Alexy, tras proponer su célebre primera ley de la ponderación o ley material de la ponderación, fue consciente de la insuficiencia de esta primera versión en situaciones de incertidumbre sobre las premisas²⁸. Es decir, cuando existe, empleando sus palabras, «un margen epistémico [*epistemische Spielräume*] como resultado de la ponderación» (2008: 547). Por ello, propuso completar esta primera ley con una segunda, calificada como ley epistémica de la ponderación: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan» (*ibid.*: 552-554). A nivel de las preguntas que conforman el test de proporcionalidad, esta segunda ley de la ponderación implicaría preguntarse, tras la legitimidad del fin, la idoneidad y la necesidad, si existe un grado de certeza

²⁷ La moderna «sabiduría de la repugnancia» propuesta por Kass (1998: 686-689) recupera esta filosofía: si algo repugna al ser humano medio, representado por el juez que decide, no debe ser aceptado, aunque no pueda dar cuenta racional de esta decisión. A ello recuerda la anulación de medidas que los tribunales consideran desproporcionadas de forma «evidente» (Sentencia del Tribunal Supremo 2950/2014, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2014:2950, FJ 7), «patente» (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9) o «manifiesta[mente]» (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre, FJ 9).

²⁸ Según esta primera ley de la ponderación, «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2008: 59 y 552). Un ejemplo de aplicación de esta norma puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, FJ 9.

suficiente sobre los hechos subyacentes a la decisión —y otras premisas— como para justificar una restricción de la intensidad que se propone.

Si empleamos la fórmula del peso propuesta por el autor alemán, ello implicaría completar su formulación original, $W_{i,j} = \frac{I_i W_i}{I_j W_j}$, donde $W_{i,j}$ es el peso relativo del derecho restringido (i) en relación con el derecho protegido (j). Como puede verse, este peso relativo es el cociente obtenido al dividir la intensidad de la injerencia en el derecho, i , entre el grado de no satisfacción del derecho, j , si no se adoptara la restricción propuesta, cada una multiplicada por la importancia o peso abstracto de cada uno de los derechos en conflicto. Se llegaría así a una fórmula del peso corregida, donde se añadiría una variable de incertidumbre (R), referida al grado de certeza o calidad epistemológica de las demás variables de la fórmula. En especial, el grado de certeza sobre el alcance de la restricción adoptada en el primer derecho y el grado de no satisfacción del derecho enfrentado en ausencia de la restricción. Esta nueva fórmula adoptaría entonces la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j} \text{ (Alexy, 2009: 42-48).}$$

De esta manera, se busca que los poderes públicos no puedan restringir gravemente algunos derechos invocando un peligro para un derecho o interés colectivo basado en información muy poco fiable (es decir, con un valor de la variable R_j muy bajo, que denota la poca certeza sobre el daño esperado para el derecho o interés j que se busca proteger). Al mismo tiempo, se asegura que los poderes públicos sí puedan restringir algunos derechos para proteger otros derechos o intereses colectivos de especial trascendencia (con un valor W_j muy alto), aunque no exista plena certeza sobre el peligro que se cierne sobre ellos (es decir, aunque la variable R_j no alcance su valor máximo)²⁹.

El problema de la aproximación propuesta por R. Alexy es que no tendría en cuenta, para la protección de ciertos intereses colectivos, hipótesis de riesgos muy inciertas que, de resultar finalmente confirmadas, implicarían con cierta seguridad la producción de unos daños de gran magnitud, solo evitables mediante intensas medidas restrictivas adoptadas con suficiente anticipación.

²⁹ El primer límite, por exceso de intervención, sería propio de lo que algunos han llamado el «Estado de prevención cualificada [*Prävention-II*]» o el «Estado tutor» (Denninger, 2012: 65-67). El segundo, por defecto, sería propio de un Estado liberal de corte decimonónico y una aplicación sin matices del principio *favor libertatis*.

Es decir, hipótesis que no se han podido verificar en un primer momento y de las que no hay evidencia alguna en uno u otro sentido (por ejemplo, al inicio justo de la pandemia, si el coronavirus se transmitía o no de humano a humano), pero que, si se confirman, conllevarían prácticamente seguro efectos catastróficos³⁰. Justamente lo que sucedía con la covid-19, donde una intervención temprana de alta intensidad (no justificada seguramente según la segunda ley de la ponderación por existir una gran incertidumbre sobre sus premisas) debía evitar un gran número de fallecimientos³¹.

En una nueva ley de la ponderación, reformulada, cuanto mayor fuera el grado de confianza sobre la hipótesis inicial planteada, la certeza de los daños esperados en caso de ser cierta la hipótesis, o su magnitud, menores necesitan ser las otras dos para que los poderes públicos puedan intervenir (es decir, para confirmar la validez de una medida restrictiva). Estas variables podrían ser complementadas con otras, como la proximidad en el tiempo de los posibles efectos nocivos, entendiendo que posibles daños inmediatos legitiman una más amplia intervención restrictiva de los poderes públicos³². En la fórmula del peso propuesta por R. Alexy, ello implicaría refinar o desdoblar la variable de incertidumbre³³, para incluir en ella, por un lado, la confianza sobre la hipótesis plan-

³⁰ En ese sentido, no se deben confundir la certeza disponible sobre una determinada hipótesis (¿con qué grado de confianza pensamos que va a verificarse?) y el grado de certeza de los daños esperados en caso de que la hipótesis resulte finalmente cierta (¿con qué probabilidad se van a producir daños si, y solo si, la hipótesis resulta confirmada?). Ambas variables pueden unirse, como hace R. Alexy y como han propuesto diversos autores al elaborar estándares de certeza relativa a los hechos. Sin embargo, se pierden con ello importantes matices: unos daños pueden ser inciertos porque no disponemos de evidencia alguna sobre la hipótesis que los provocaría; o pueden ser inciertos porque, aunque la hipótesis resulte cierta (p. ej., el coronavirus se transmite también a los niños), la probabilidad de que se deriven daños de este hecho es baja (si supiéramos, por ejemplo, que los niños padecen efectos menos graves asociados a los coronavirus).

³¹ En sus primeras resoluciones sobre la covid-19, el Tribunal Constitucional parece adoptar este enfoque, al considerar que la incertidumbre legitimaba medidas especialmente intensas (*vid.* ATC 40/2020, FJ 4)

³² Estos estándares pueden ser vistos como una ampliación de la tradicional fórmula alemana *Je-desto*, empleada por la doctrina y la jurisprudencia para limitar la actividad de policía, según la cual, cuanto menor sea la lesión prevista o la importancia del bien jurídico protegido, mayor debe ser la probabilidad de que se produzca o su cercanía en el tiempo, para legitimar la intervención de los poderes públicos (por todos, Schenke, 2018: 43).

³³ El propio autor alemán contempla esta posibilidad, al señalar: «Las tres categorías del modelo epistémico triádico son las categorías de lo cierto o lo confiable (τ), lo

teada (Rb), y, por otro, el nivel de expectativa de que se produzcan *daños* para el derecho protegido si la hipótesis resulta cierta (Rd), y su mayor o menor proximidad en el *tiempo*, según la información disponible en ese momento (Rt).

De lo que se trata, en definitiva, y más allá de su posible formulación matemática, es de reforzar lo que todas estas fórmulas buscan garantizar: la motivación y valoración adecuada de todas las razones concurrentes en uno u otro sentido y su peso relativo para la decisión adoptada, de la forma más estructurada posible (Portocarrero Quispe, 2016: 82). Ello permitiría también, como hacen los estándares judiciales en los sistemas anglosajones, asegurar una aplicación más consistente del principio de proporcionalidad y revisar casos en los que pueda alegarse, con cierto fundamento, una vulneración del principio de igualdad (medidas restrictivas diferentes para casos sustancialmente iguales; o medidas restrictivas idénticas para casos sustancialmente diferentes).

Para ilustrar este apartado, quizás excesivamente teórico, bastan dos breves ejemplos:

- (i) En el caso del confinamiento total decretado en marzo de 2020, la restricción general sobre la libertad de circulación podría considerarse proporcionada si se tiene en cuenta que, pese a la alta incertidumbre sobre las hipótesis manejadas en un primer momento (escenario enfrentado, casos existentes, modos y rapidez de transmisión, etc.), estas implicarían, de ser ciertas, un daño catastrófico casi seguro (Zhang *et al.*, 2020: 215-219; CEPCE, 2020c: 7 y 12) —un daño que, no obstante, sería nulo si alguna de las hipótesis no se confirmara (por ejemplo, si el coronavirus no fuera transmisible a los humanos, o no hubiera ningún caso en el país que pudiera desencadenar los contagios)—.
- (ii) En cambio, la prohibición de una manifestación en vehículos cerrados ocupados individualmente, avalada por Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril de 2020 (en adelante, ATC 40/2020), debido al posible colapso de las vías de circulación de acceso a urgencias y hospitales, no debería haberse reputado proporcionada. La alta incertidumbre sobre las premisas, unida al menor daño provocado

sostenible o plausible (p) y lo que no es evidentemente falso (e). El hecho de que la fuerza de la defensa así como la fuerza del ataque decline con el aumento de la incertidumbre de las premisas sustentadoras de cada postura puede ser expresado mediante la asignación a r el valor de 2^0 , p el valor de 2^{-1} y e el valor de 2^{-2} . Por supuesto que es factible un refinamiento de esta triada». Otros autores han propuesto hasta seis (Di Fabio, 1994: 159) y siete grados diferentes de incertidumbre (Manson, 2002: 267).

en caso de ser ciertas (dificultar, que no impedir, el acceso de ambulancias) y la menor probabilidad de este último (asumiríamos que un coche no iba a poder llegar al hospital de ninguna manera), debería haber conllevado la anulación de dicha prohibición.

El problema es que la mayoría de los tribunales rara vez aplica de forma exhaustiva la primera ley de la ponderación, menos aún su fórmula del peso (Covarrubias Cuevas, 2018). Ello hace todavía más difícil aplicar una versión refinada de estas. Por tanto, se hace necesario explorar también otras soluciones alternativas.

2. EXTREMAR LA DEFERENCIA AL PARLAMENTO, AL GOBIERNO O A LA ADMINISTRACIÓN

Una segunda opción frente a las insuficiencias del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad (o parámetro de control judicial) es otorgar a los poderes Legislativo y Ejecutivo una cierta libertad para determinar las condiciones fácticas subyacentes a la aplicación del principio de proporcionalidad (Henckels, 2017: 192-193). Es decir, garantizar a los poderes públicos un margen de apreciación de los hechos, previo a la aplicación del principio, que limitaría el posterior control judicial y constitucional. O invertir la carga de la prueba sobre la proporcionalidad de las medidas, para hacer recaer sobre los recurrentes, afectados por dichas medidas, acreditar con una certeza suficiente que los hechos adoptados como base por los poderes públicos no se ajustan a la realidad³⁴.

³⁴ En ocasiones, se ha propuesto modular el control judicial en función del grado de incertidumbre existente: a mayor incertidumbre fáctica, mayor deferencia y, por tanto, menor intensidad del control judicial (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1 de marzo de 1979 BVerfGE 50, 290, citada por R. Alexy en su célebre epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*). Por el menor control que ello implicaría en situaciones controvertidas, parece más adecuada la modulación propuesta por el Tribunal Constitucional español en la STC 60/2010, de 7 de octubre: cuanto más intensa sea la restricción de un derecho, más exigente debe ser el control de las medidas (FJ 7). Este estándar de revisión coincide con el propuesto por Rivers (2006: 202-206). Recientemente, el Tribunal Constitucional alemán, al afirmar la constitucionalidad de la obligación de vacunación impuesta al colectivo médico, combinó ambos criterios, para señalar que el margen de apreciación del legislador sobre la necesidad de las medidas es menor en función del derecho fundamental afectado y la intensidad de la restricción, pero aumenta cuanto mayor

En ocasiones, se ha propuesto también modular el control judicial en función del grado de incertidumbre existente: a mayor incertidumbre fáctica, mayor deferencia y, por tanto, menor intensidad del control judicial³⁵. Por el menor control que ello implicaría en situaciones controvertidas, parece más adecuada la modulación propuesta por el Tribunal Constitucional español en la STC 60/2010, de 7 de octubre: cuanto más intensa sea la restricción de un derecho, más exigente debe ser el control de las medidas (FJ 7)³⁶. Más recientemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, al afirmar la constitucionalidad de la obligación de vacunación impuesta al colectivo médico, combinó ambos criterios, para señalar que el margen de apreciación del legislador sobre la necesidad de las medidas es menor en función del derecho fundamental afectado y la intensidad de la restricción, pero aumenta cuanto mayor sea la complejidad de la situación fáctica regulada³⁷.

Estas variadas formas de deferencia al Parlamento, al Gobierno o a la Administración se han invocado reiteradamente por los tribunales, sobre la base de distintos fundamentos, no siempre explicitados, según las circunstancias y los poderes implicados³⁸. Así, se ha fundado en ocasiones en la legitimidad democrática del legislador y su potestad de configuración política, que abarca una cierta capacidad para evaluar los hechos (el grado de amenaza para un bien jurídico, su perentoriedad, la capacidad económica y material de hacerle frente, la existencia de efectos secundarios o valores colateralmente afectados por las medidas, etc.)³⁹. También se ha apelado a la capacidad

sea la complejidad de la situación fáctica regulada (Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 27 de abril de 2022 —1 BvR 2649/21—, párrafo 187).

³⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1 de marzo de 1979 BVerfGE 50, 290, citada por R. Alexy en su célebre epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*.

³⁶ Este estándar de revisión coincide con el propuesto por Rivers (2006: 202-206).

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 27 de abril de 2022 —1 BvR 2649/21—, párrafo 187.

³⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, en relación con la suspensión de la educación presencial durante el primer estado de alarma (FJ 8). La deferencia debida al legislador y al Ejecutivo también se menciona en el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón (apartado 3).

³⁹ En España, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 112/2021, de 13 mayo (FJ 8); 99/2019, de 18 julio (FJ 6.a), o 161/1997 (FJ 11). A nivel europeo, véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2011, caso *AJD Tuna Ltd* (C-221/09), apartados 79-81. En relación con la covid-19, pueden consultarse las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán 483/20, de 18 de marzo de 2020, párrafo 8 (2 BvR 483/20); 1021/20, de 13 de mayo

técnica del Gobierno o de la Administración —a veces mal llamada discrecionalidad técnica—, es decir, a sus mejores medios, preparación, asesoramiento y experiencia para evaluar los hechos que motivan la restricción de un derecho⁴⁰. Finalmente, se ha esgrimido la presunción de validez de las medidas adoptadas por los poderes públicos para defender la inversión de la carga de la prueba en contra de quienes las recurren, haciendo que la incertidumbre fáctica deba ser despejada por estos últimos, y no por las autoridades que adoptan las medidas restrictivas de derechos⁴¹. Más recientemente, en relación con la covid-19, se ha fundamentado la limitación del control jurisdiccional sobre la proporcionalidad de las medidas en la vigencia del estado de alarma, que otorgaría al Gobierno y al legislador un margen de apreciación todavía mayor al existente en circunstancias ordinarias, extendido a la determinación de los hechos⁴².

Esta posible solución no está, sin embargo, exenta de problemas. En primer lugar, pese a la deferencia al legislador o al Ejecutivo, los tribunales, y en especial los tribunales constitucionales, rara vez agotan en ella su control, sino que parten de ella para aplicar posteriormente el test de proporcionalidad. Han llegado así a anular medidas y normas que consideraban desproporcionadas, pese a las incertidumbres fácticas existentes sobre su idoneidad y

de 2020, párrafo 10 (1 BvR 1021/20), o 1027/20, de 12 de mayo de 2020, párrafo 5 (1 BvR 1027/20), en las que se alude al amplio margen de valoración, evaluación y diseño de medidas correspondiente al legislador; o las decisiones del Consejo Constitucional francés 2020-803 DC, de 9 de julio de 2020 (apartado 13), y 2020-808 DC, de 13 de noviembre de 2020 (apartado 6), que señalan el mayor poder de apreciación del legislador frente al órgano revisor (y la limitación del control a afirmaciones manifiestamente inadecuadas según el estado de los conocimientos).

⁴⁰ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:454 (FJ 4), y de 29 de junio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:3719 (FJ 3). Esta deferencia al Poder Ejecutivo, en especial a las agencias, a la hora de establecer los hechos es especialmente señalada en Estados Unidos (Merrill, 2010: 389). Sobre el control de las apreciaciones técnicas de la Administración y su inadecuada equiparación con la discrecionalidad, pueden verse los trabajos de Fernández Rodríguez (2015) o Laguna de Paz (2017: 83).

⁴¹ Véase la Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán 1027/20, de 12 de mayo de 2020, ya citada (párrafo 8). Se ha aludido así a una «presunción de proporcionalidad» a favor de las medidas restrictivas adoptadas por los poderes públicos (Clérico, 2008: 153).

⁴² Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, sobre el segundo gran estado de alarma (FJ 3.C). En el mismo sentido, véase el voto particular del magistrado Xiol Ríos a la STC 148/2021, de 14 de julio (apartado 24).

necesidad⁴³. No dejaría de ser extraño, en estos casos, respetar el margen de apreciación de los otros dos poderes al establecer los hechos —algo que, fuera del contexto de aplicación del principio de proporcionalidad, los tribunales suelen acceder a revisar, por entender que los hechos son los que son, y no los que el legislador o la Administración considere⁴⁴—, mientras se supe la ponderación efectuada por dichos poderes —algo que, al amparo de su legitimidad democrática directa y consiguiente discrecionalidad política, parecería más difícil de revisar⁴⁵—. Hacer recaer el peso de la prueba en aquellos que han visto restringidos sus derechos, con una inversión de la carga que recuerda a la *probatio diabolica* de los hechos negativos (los recurrentes deben probar con certeza la desproporción de unas medidas que los propios poderes públicos reconocen haber adoptado en condiciones de incertidumbre), tampoco parece convincente⁴⁶.

En segundo lugar, la deferencia al legislador, al Gobierno o a la Administración para la fijación de los hechos (que determinan en gran medida, como hemos visto, el resultado de la ponderación) transformaría el principio de proporcionalidad en un mero mandato a los poderes públicos, con control de razonabilidad o no arbitrariedad posterior. Es decir, dejaría de considerarse como canon de control judicial o constitucional, para hacer que los tribunales solo expulsen del ordenamiento las normas y medidas manifiestamente

⁴³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que anuló la prohibición legal de la asistencia al suicidio (Sentencia de 26 de febrero de 2020, 2 BvR 2347/15, párrafos 238, 256 o 271).

⁴⁴ Así viene sosteniéndose desde la tradicional Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986, ECLI:ES:TS:1986:8462, que establece la posibilidad de controlar los hechos determinantes de toda potestad discrecional (FJ 2).

⁴⁵ Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, en relación con la proporcionalidad de las penas, «so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde» (sentencias del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8, y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

⁴⁶ Como ha señalado el Tribunal Constitucional Federal alemán (sobre la asistencia comercial al suicidio o la cadena perpetua), la incertidumbre en la evaluación de los hechos no debería en principio interpretarse en contra de los titulares de los derechos afectados (véanse la citada Sentencia de 20 de febrero de 2020, párrafo 238, y la Sentencia de 21 de junio de 1977, 1 BvL 14/76, párrafo 174). El Consejo de Estado francés también ha anulado alguna medida restrictiva frente a la covid-19 —como la suspensión en el otorgamiento de visados— al no haber aportado la Administración elementos de prueba suficientes sobre su idoneidad frente a la pandemia (Decisión del Consejo de Estado n.º 447878, de 21 de enero de 2021, apartado 18).

inidóneas, innecesarias o desproporcionadas⁴⁷. Esto, además de hacer menos incisivo el control sobre los demás poderes, puede entrañar una distorsión relevante en casos donde el conocimiento sobre los hechos —científico, técnico— evoluciona rápidamente. Puede surgir la duda, al controlar la validez de algunas medidas restrictivas de derechos, sobre el momento de referencia para aplicar el principio de proporcionalidad: bien el momento en que fueron adoptadas, a la luz de los conocimientos existentes en aquel momento (control similar, entonces, entonces al juicio de razonabilidad que hemos mencionado), bien el momento de revisarlas, en el que la evolución de los conocimientos existentes puede haber demostrado la idoneidad, falta de necesidad o desproporción de las medidas objeto de control (y que, de mantenerse hasta el momento mismo de la revisión, justificaría su anulación para evitar perpetuar una restricción desproporcionada de derechos, pese a que su adopción inicial pudiera considerarse razonable)⁴⁸.

Finalmente, si se fundamenta la deferencia a los poderes Legislativo y Ejecutivo en la mayor capacidad de estos últimos para determinar y evaluar los hechos subyacentes a una restricción de derechos, se debe asegurar, y poder comprobar, que ello sea realmente así, so pena de caer en un vacío de control injustificado⁴⁹. Para ello, resultaría imprescindible reforzar las exigencias de motivación, justificación y transparencia, así como las evaluaciones *ex ante* de los hechos que motivan la adopción de cada norma. Especialmente en relación con muchos de los instrumentos por los cuales vienen aprobándose las medidas restrictivas de derechos en tiempos recientes: decretos leyes⁵⁰, normas reglamentarias con

⁴⁷ La relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad ha sido analizada, entre otros, por Cianciardo (2018: 65) o García Roca (2019: 517).

⁴⁸ Como señala Barak (2017: 355), la conexión racional —y la relación de proporcionalidad en general— entre las medidas aprobadas y los fines perseguidos debe ser continua, durante toda la vigencia de la medida y, por tanto, también en el momento de su revisión. Recientemente, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 27 de abril de 2022 —1 BvR 2649/21— señaló que el juicio de idoneidad inicial del legislador, cuando se basa en meros pronósticos, no exige una prueba empírica inequívoca del efecto de las medidas ni implica, en caso de revelarse incorrecto *a posteriori*, que la medida inicial no fuera idónea. Ello no impide que la norma inicialmente constitucional pueda incurrir en una inconstitucionalidad sobrevinida, si se produce un avance en el estado de los conocimientos (párrafos 167-170).

⁴⁹ El principio de proporcionalidad debe corregir al menos ciertas patologías del proceso democrático: anulación de las minorías, captura del legislador por intereses espurios, etc. (Petersen, 2017: 13).

⁵⁰ Se ha propuesto así, a imagen del modelo adoptado por Italia en su reforma constitucional de 2016, que la convalidación de los decretos leyes tuviera que hacerse por

memoria de análisis de impacto normativo abreviadas o plazos muy reducidos por razones de urgencia⁵¹, proposiciones de ley sin análisis iniciales (no suplidos *a posteriori* en el íter de aprobación parlamentaria mediante informes o comparencias de expertos)⁵², acuerdos de conferencias sectoriales —o el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud— con requisitos formales más laxos que otras normas y medidas⁵³, o los propios decretos de alarma, que no exigen estudios iniciales por su propia naturaleza de emergencia⁵⁴.

3. ADOPTAR REGLAS DE DECISIÓN PREVIAS A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SOBRE LA INFORMACIÓN QUE DEBE TENERSE EN CUENTA EN CASO DE INCERTIDUMBRE

Una tercera opción para dirimir casos de incertidumbre fáctica previa a la aplicación del principio de proporcionalidad es adoptar una decisión previa sobre la información que se va a tener en cuenta en el juicio de ponderación. Como se señaló en la introducción, no nos referimos a una cuestión de prueba, para determinar qué información merece mayor confianza: esta tarea es relativamente

ley, a fin de aumentar las posibilidades de control y participación y —añadimos nosotros— reforzar el estudio de los hechos subyacentes a las medidas adoptadas, mediante nuevos dictámenes (Santaolalla López, 2017: 32).

⁵¹ Doménech Pascual (2022: 78) ha defendido evitar el procedimiento de elaboración ordinario en los «reglamentos de necesidad» frente a la covid-19 por el coste de oportunidad que implicaría. Cuando estos reglamentos adoptan medidas restrictivas de derechos —algo en sí discutible por el principio de legalidad, pero extraordinariamente frecuente durante la pandemia—, aligerar el procedimiento de elaboración podría resultar peligroso. Podría llevar a normas arbitrarias, huérfanas de justificación, así como a un control judicial (anterior, vía ratificación de las medidas, y posterior) mucho más difícil.

⁵² Como ha señalado Astarloa (2015: 86), «paradójicamente, nuestro ordenamiento se está mostrando más exigente en lo que afecta a la elaboración de reglamentos que en lo que se refiere a las leyes».

⁵³ De Montalvo Jääskeläinen (2021: 56) ha analizado extensamente la naturaleza y garantías asociadas a este órgano. De forma parcialmente discrepante, Sáenz Royo (2021: 380) ha desarrollado, de manera ampliamente razonada, una visión crítica sobre cómo se efectuó la restricción de derechos fuera del estado de alarma, con la participación, entre otros, del citado Consejo Interterritorial.

⁵⁴ Chano Regaña (2020: 152-156) ha reivindicado la conveniencia de justificar exhaustivamente, en fase de elaboración normativa, la proporcionalidad de las medidas de emergencia.

habitual para los tribunales, mediante el recurso a peritos y la decantación de diferentes criterios de valoración de prueba⁵⁵. De hecho, puede solucionarse mediante organismos expertos de referencia para la valoración de determinados hechos, como ha sucedido en Alemania durante la pandemia con el Robert Koch Institut, especialista en salud pública⁵⁶, o en Francia con el comité científico *ad hoc* creado por el nuevo Código de la Salud Pública⁵⁷. El problema que planteamos se da cuando estos organismos, o la información disponible por otras vías, reconocen sus propias limitaciones —no pueden afirmar con certeza, o con una probabilidad suficiente, que los hechos sean de una determinada forma— u ofrecen conclusiones contradictorias, imposibles de resolver.

En estos casos, una regla valorativa previa puede ayudar a determinar qué información fáctica de base debe tomarse como referencia. A primera vista, parecería que esta regla solo podría ser la de tomar como referencia la información *más probable*, es decir, aquella a la que los peritos u organismos

⁵⁵ En estos casos el juez «inexperto» zanja el desacuerdo entre peritos expertos (*iudex peritus peritorum*), una aparente paradoja que goza de amplia tradición jurídica y que descansa en la posibilidad racional, para cualquier lego, de evaluar el distinto grado de confianza, la calidad epistémica o la cantidad de las fuentes de información disponibles. No obstante, en relación con cuestiones científicas o técnicas especialmente complejas e inciertas, siempre se corre el riesgo de que el juez, excesivamente *imperitus*, acabe transformando al perito en *iudex* (Igartua Salaverría, 2019: 78).

⁵⁶ Véanse las decisiones de tutela urgente 31/20, de 10 de abril —1 BvQ 31/20—; 1230/20, de 9 de junio —1 BvR 1230/20—, o 1630/20, de 15 de julio —1 BvR 1630/20—, del Tribunal Constitucional Federal alemán, o la reciente Sentencia de 27 de abril de 2022 —1 BvR 2649/21—, ya citada. En esta última se alude, además, a la «mayoría científica» (párrafo 173), los datos científicos disponibles, debidamente recopilados y evaluados por el legislador (párrafo 174) y los expertos que ejercieron como peritos en el procedimiento de revisión constitucional (párrafo 184) para justificar la idoneidad y necesidad de las medidas.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la Decisión 2020-849 QPC de 17 de junio de 2020 del Consejo Constitucional francés (apartados 23 y 24). Cuando las decisiones del Poder Ejecutivo no han respetado las recomendaciones de las autoridades sanitarias, el Consejo de Estado francés ha llegado incluso a anular sus medidas, por resultar excesivas a la luz de dichas recomendaciones (véase la Decisión del Consejo de Estado francés n.º 440846, de 13 de junio de 2020, apartado 14). La participación en las decisiones de un comité técnico-científico también sirvió a la Corte Constitucional italiana como criterio adicional para validar la legislación de emergencia adoptada en Italia frente a la covid-10 (véase la Sentencia 198/2021, de 23 de septiembre, apartado 6.2). En España, se constituyó un Comité Científico Técnico *ad hoc* frente a la COVID-19, aunque se hiciera con posterioridad a la declaración del primer estado de alarma y casi cincuenta días después de la declaración mundial de pandemia (Ministerio de Sanidad, 2020b).

científicos de referencia otorgan una mayor confianza entre las distintas alternativas que manejan. Sin embargo, no es la única regla posible. Por ejemplo, podría decidirse dar prioridad a la información que, de resultar cierta, implicase una lesión para un valor jurídico más protegido que otros, un daño más difícilmente reversible, o una lesión más inmediata (aunque fueran escenarios menos probables que otros, o información menos confiable *a priori*). Se trata de reglas de valoración con un alto componente político, no de una decisión científica o técnica, que pueden imponer el legislador, el Gobierno o, como estándar judicial, los propios tribunales (Esteve Pardo, 2009: 146).

Entre todas estas reglas, han destacado en las últimas décadas dos que, sin embargo, pueden resultar contradictorias en la práctica:

- (i) Incluir en el juicio de ponderación la información más optimista de la que se disponga, que conlleve entonces las menores restricciones posibles sobre los derechos individuales. Es decir, aquella que asuma que el nivel de riesgo es menor (menores daños, menor probabilidad de la lesión...) y priorice el *laissez faire* de la ciudadanía a la espera de nueva información o mayor certeza en esta.
- (ii) Incluir en el juicio de ponderación la información más pesimista de la que se disponga. Es decir, aquella que asuma un nivel de riesgo mayor, una mayor necesidad de actuación por parte de los poderes públicos, unos daños posibles de mayor magnitud, etc.⁵⁸.

La primera de estas reglas estaría inspirada en el tradicional principio *favor libertatis* o en el principio de interpretación más favorable a los derechos y libertades fundamentales (si se entienden estos últimos en su sentido subjetivo y por contraposición a los intereses colectivos que se quieran salvaguardar en cada caso —como la salud pública—)⁵⁹. En cambio, la segunda regla estaría inspirada en el moderno «principio de precaución», según el cual, en caso de

⁵⁸ Klatt y Meister (2012: 115) han analizado y discutido los numerosos matices que admiten ambas reglas.

⁵⁹ Entre las diferentes acepciones posibles del principio *favor libertatis*, la que afecta a la determinación de los hechos base para la adopción de una medida restrictiva fue empleada, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Constitucional 163/2006, de 22 de mayo (FF. JJ. 2 y 3), y 195/1988, de 20 de octubre (FJ 3). De forma algo contradictoria, el propio Tribunal Constitucional mencionó esta doctrina en el ATC 40/2020 («no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos [...]»), aunque luego confirmó la prohibición de la manifestación revisada a la vista, entre otras, de la incertidumbre científica reinante.

incertidumbre científica, los poderes públicos deben intervenir anticipadamente para evitar posibles daños, aunque estos resulten menos probables que otros escenarios, especialmente si los daños pueden ser irreversibles o fatales (Sánchez Barroso, 2021)⁶⁰.

Por seguir con ejemplos relacionados con la lucha frente a la covid-19, recordemos que al inicio de la pandemia, de enero a marzo de 2020, las autoridades científicas no sabían si las personas asintomáticas podían o no transmitir el nuevo coronavirus detectado. De poder hacerlo, el riesgo de transmisión del virus era considerado muy alto (con los consiguientes daños potenciales asociados); de no poder hacerlo, algo que se estimaba igual de probable que lo anterior, el riesgo de transmisión del virus era considerado entre bajo y muy bajo (CEPCE, 2020b: 4). Ante esta incertidumbre radical, imposible de resolver según los conocimientos científicos existentes en aquel momento, la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos que afectaban a personas asintomáticas, posibles infectados o incluso a la ciudadanía en general, dependería totalmente de la información que decida tomarse como base —alternativas opuestas, igual de probables—. Si se diera prioridad a la información más pesimista, las medidas restrictivas de derechos serían seguramente proporcionadas y, por tanto, válidas; si, por el contrario, se diera prioridad a la información más optimista, en virtud del principio *favor libertatis*, las mismas medidas serían consideradas desproporcionadas. Tomar una decisión previa sobre este punto, mediante una regla clara y consistente que no varíe según los casos, aunque pueda hacerlo según los derechos en juego o los intereses potencialmente afectados (salud pública, medio ambiente, seguridad de los productos, etc.), podría favorecer una aplicación más consistente y efectiva posterior del principio de proporcionalidad.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha analizado, el principio de proporcionalidad es considerado el instrumento jurídico clave para restringir derechos y libertades

⁶⁰ Las críticas a esta posible norma de decisión han incidido en el riesgo de estancamiento social (Kourilsky y Viney, 2000: 139), la progresiva radicalización de las medidas para escenarios cada vez más pesimistas (Godard, 1997: 54), o la mala asignación de recursos que conlleva (Sunstein, 2005: 110). En su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, el magistrado Ollero Tassara fundamenta en ese principio la deferencia debida al legislador y al Ejecutivo (apartado 25), abordada en el apartado anterior.

fundamentales de cara a la protección de intereses o derechos colectivos. Durante la pandemia, gran parte de la doctrina y de los tribunales también lo han propuesto como canon de control principal de las medidas adoptadas por el legislador y el Poder Ejecutivo contra la covid-19, tanto en la jurisdicción ordinaria como a nivel constitucional. Sin embargo, además de las objeciones y limitaciones habituales del principio de proporcionalidad, la pandemia ha puesto de manifiesto otras insuficiencias del principio, para hacer frente a situaciones de incertidumbre fáctica, especialmente en contextos de alta complejidad técnica o científica.

En estas situaciones, donde no existen datos suficientes sobre los hechos, o no existe acuerdo sobre ellos entre los expertos y autoridades científicas de prestigio consultados, las principales preguntas formuladas como parte del test de proporcionalidad no pueden recibir respuesta, al menos no con un grado de certeza suficiente, tal y como hemos ejemplificado a lo largo de este artículo. No puede conocerse, según el estado de los conocimientos existente en un momento dado, si una medida restrictiva de derechos resulta realmente idónea para proteger un determinado interés público (como la salud pública o el medio ambiente), si otras medidas menos restrictivas tendrían idéntica o mayor eficacia para ello, o si los sacrificios impuestos se verán compensados por beneficios suficientes.

Frente a estas limitaciones, hemos explorado distintas vías posibles de respuesta para reforzar la efectividad del principio de proporcionalidad como canon de control. La primera implicaría refinar el test de proporcionalidad para incluir una variable de incertidumbre en la fórmula de ponderación, a imagen de lo propuesto por R. Alexy, o una pregunta adicional en el test de proporcionalidad, sobre el grado de certeza de los datos disponibles. ¿Son suficientemente fiables como para fundamentar una restricción tan intensa como la revisada?

La segunda sería extremar la deferencia debida al legislador, al Gobierno o a la Administración, sobre la base de distintos fundamentos, para que sean estos quienes puedan decidir qué hechos deben tomarse como base (restringiendo el control judicial sobre este punto en casos dudosos). Se trata, como hemos visto, de una solución no exenta de problemas que debería conllevar, sobre todo, un refuerzo en las exigencias de motivación y la capacidad de evaluación de hechos de los demás poderes.

La tercera solución posible consistiría, finalmente, en adoptar reglas de decisión previa sobre la información que debe primar en caso de incertidumbre (en un determinado sector, en relación con algún derecho en particular, etc.). Estas reglas no tienen por qué llevar a adoptar como base los hechos más probables. De hecho, las dos más importantes, aunque de signo opuesto, implicarían

tomar como referencia la información más pesimista disponible —sobre la base del llamado principio de precaución— o, por el contrario, la que requiera una menor restricción de derechos, que suele ser la más optimista en cuanto a la amenaza enfrentada —sobre la base del conocido principio *favor libertatis*—.

En todo caso, a la luz de cuanto se ha expuesto en este artículo, lo que debe evitarse a toda costa son motivaciones excesivamente escuetas y simplistas por parte del legislador, del Poder Ejecutivo o de los propios tribunales, que oculten o ignoren el problema apuntado, a la hora de adoptar restricciones de derechos en situaciones de incertidumbre. En otras palabras, debe evitarse que las insuficiencias del principio de proporcionalidad en contextos de incertidumbre fáctica permitan a los poderes públicos adoptar cualquier tipo de medida restrictiva, por complejas que sean las situaciones de hecho de partida, o bien conduzcan a anular cualquier medida solo porque no se haya podido establecer con absoluta certeza su proporcionalidad. Las posibles soluciones analizadas, si no resuelven el problema, podrían al menos contribuir a mitigarlo.

Bibliografía

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 313-341. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6961>.
- Alexy, R. (2005). Balancing, constitutional review, and representation. *I-CON*, 3 (4), 572-581. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>.
- (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2009). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Foro Jurídico*, 9, 40-48.
- (2013). La fórmula del peso. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, 8, 13-36.
- Álvarez Buján, M. V. (2021). A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, 209-248. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.07>.
- Aragón Reyes, M. (1998). *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2015). *Técnica normativa 2016-2017*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad: estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 15-50.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 51-75. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqhj5.5>.

- (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bickel, A. M. (1963). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Co. Inc.
- Bindi, E. (2016). Test de proporcionalidad en el «age of balancing». *Revista de Derecho Político*, 96, 291-330. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.96.2016.17066>.
- Borowski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Revista Derecho Estado*, 48, 297-339. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.11>.
- Burke, E. (1790). *Reflections on the Revolution in France*. London: J. Dodsley.
- Cafaggi, F. y Iamiceli, P. (2021). Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review: The Courts' Perspectives. *European Journal of Risk Regulation*, 792, 807-816. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3916801>.
- Carmona Cuenca, E. (2021). Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿limitación o suspensión? *Revista de Derecho Político*, 112, 13-42. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.112.2021.32214>.
- Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades. (2020a). *Risk assessment: Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, Wuhan, China. First update*, 22-1-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/4khepdrz>.
- (2020b). *Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, China: first local transmission in the EU/EEA. Third update*. 31-1-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yc5v3cb8>.
- (2020c). *Novel coronavirus disease 2019 (COVID-19) pandemic: increased transmission in the EU/EEA and the UK. Sixth update*. 12-3-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/44c2cm34>.
- Chano Regaña, L. (2020). La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 36, 125-163. Disponible en: <https://doi.org/10.17398/10.17398/2695-7728.36.125>.
- Cianciardo, J. (2018). Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones. *Estudios de Deusto*, 66 (2), 47-70. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp47-70](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70).
- Clérico, L. (2008). El principio de proporcionalidad: entre el por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la argumentación constitucional* (pp. 125-173) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Coccia, M. (2021). The relation between length of lockdown, numbers of infected people and deaths of Covid-19, and economic growth of countries: Lessons learned to cope with future pandemics similar to Covid-19 and to constrain the deterioration of economic system. *Science of the Total Environment*, 775. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2021.145801>.
- Cohen-Eliya, M. y Potal, I. (2010). American balancing and German proportionality: the historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (2), 263-286. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>.

- Corte Heredero, N. y Moreno Fernández, J. I. (2020). Artículo 89. En J. J. González Rivas (dir.). *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (pp. 1014-1018). Las Rozas: Wolters Kluwer.
- Covarrubias Cuevas, I. (2018). El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. *Ius et Praxis*, 24 (3), 477-524. Disponible en: <http://doi.org/10.4067/S0718-00122018000300477>.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2021). La competencia constitucional de coordinación sanitaria en tiempos de pandemia: análisis de la naturaleza y eficacia de la estrategia nacional de vacunación frente a la covid-19. *Revista de Derecho Político*, 112, 43-77. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.112.2021.32216>.
- Denninger, E. (2012). Die Polizei im Verfassungsgefüge. En H. Lisken y E. Denninger. *Handbuch des Polizeirechts: Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz* (5.ª ed.) (pp. 59-139). München: C. H. Beck.
- Di Fabio, U. (1994). *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Díaz García, L. I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, 167-206. Disponible en: <http://doi.org/10.4067/S0718-68512011000100005>.
- Doménech Pascual, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la covid-19. *In Dret*, 4, 345-411. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.10>.
- (2022). Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método Sociales*, 5, 73-114. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_5_2022_720.
- Eisgruber, C. L. (2002). Constitutional Self-Government and Judicial Review: A Reply to Five Critics. *University of San Francisco Law Review*, 37, 115-190. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.347284>.
- Endicott, T. (2014). Proportionality and Incommensurability. En G. Huscroft, B. W. Miller y G. Webber (eds.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (pp. 311-342). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107565272.019>.
- Esteve Pardo, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Faigman, D. L. (2006). Judges as «Amateur Scientists». *Boston University Law Review*, 86, 1207-1225.
- Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2021). Las emergencias constitucionales no regladas o insuficientemente regladas: una aproximación teórico-práctica. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 495-524. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32212>.
- Fernández Rodríguez, T.-R. (2015). La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. *Revista de Administración Pública*, 196, 211-227.
- Ferreres Comella, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (46), 161-188. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.07>.

- García Majado, P. (2022). Libertad de circulación de las personas, leyes de policía sanitaria y covid-19. *Revista de Derecho Político*, 113, 127-152. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022.33567>.
- García Roca, J. (2019). Il tempo moderato de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 503-524. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.44.2019.26026>.
- Garrido López, C. (2021). Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción. En C. Garrido López (coord.). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (pp. 1-24). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Godard, O. (1997). L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision. En O. Godard (dir.). *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines* (pp. 37-83). Paris: Fondation des sciences de l'homme. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1240-1307\(97\)86226-7](https://doi.org/10.1016/S1240-1307(97)86226-7).
- González Beilfuss, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Harbo, T.-I. (2010). The Function of the Proportionality Principle in EU Law. *European Law Journal*, 16 (2), 158-185. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2009.00502.x>.
- Henckels, C. (2017). Proportionality and the separation of powers in Constitutional Review: examining the role of judicial deference. *Federal Law Review*, 45 (2), 181-197. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0067205X1704500202>.
- Igartua Salaverría, I. (2019). Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica. *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, 96, 77-86.
- Jackson, V. (2015). Constitutional Law in an Age of Proportionality. *Yale Law Journal*, 124, 3094-3196.
- Jacobs, J. W. et al. (2022). Refusing blood transfusions from COVID-19-vaccinated donors: are we repeating history? *British Journal of Haematology*, 196 (3), 585-588. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/bjh.17842>.
- Johansen, T. B. (2020). Infection prevention guidelines and considerations for paediatric risk groups when reopening primary schools during COVID-19 pandemic, Norway, April 2020. *Euro Surveillance*, 25 (22), 1-6. Disponible en: <https://doi.org/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.22.2000921>.
- Kass, L. R. (1998). The Wisdom of Repugnance: Why We Should Ban the Cloning of Humans. *Valparaiso University Law Review*, (32), 679-705.
- Klatt, M. y Meister, M. (2012). *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199662463.001.0001>.
- Kourilsky, P. y Viney, G. (2000). *Le Principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0294-3506\(00\)80042-3](https://doi.org/10.1016/S0294-3506(00)80042-3).
- Kremnitzer, M. et al. (eds.) (2020). *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108596268>.

- Kyritsis, D. (2014). Whatever works: Proportionality as a Constitutional Doctrine. *Oxford Journal of Legal Studies*, 34 (2), 395-415. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt033>.
- Lafont, C. (2016). Philosophical Foundations of Judicial Review. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn. *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 265-281). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0014>.
- Laguna de Paz, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista española de Derecho Administrativo*, 186, 83-108.
- Lopera Mesa, G. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la argumentación constitucional* (pp. 269-306). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- López González, J. I. (1998). El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 144-158.
- Manson, N. A. (2002). Formulating the precautionary principle. *Environmental Ethics*, 24, 263-274. Disponible en: <https://doi.org/10.5840/enviroethics200224315>.
- Medina Guerrero, M. (1998). El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 119-141.
- Merrill, T. W. (2010). The origins of American- style judicial review. En S. Rose-Ackerman y P. L. Lindseth. *Comparative Administrative Law* (pp. 389-414). Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781849808101.00034>.
- Ministerio de Sanidad. (2020a). *Documento técnico: Evaluación del riesgo de la transmisión de SARS-CoV-2 mediante aerosoles. Medidas de prevención y recomendaciones*. 18-11-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yckws35x>.
- (2020b). *Se constituye oficialmente el Comité Científico Técnico covid-19*. Nota de prensa, 21-3-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/5cz4u3vt>.
- Ministerio de Sanidad y Ministerio de Educación. (2020). *Medidas de prevención, higiene y promoción de la salud frente a COVID-19 para centros educativos en el curso 2020-2021*. 17-9-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/havuzp4k>.
- Möller, K. (2007). Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 453-468. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mom023>.
- Monaco, P. (2021). Science at the Italian Bar: The Case of Hydroxychloroquine. *The Italian Law Journal*, 7 (1), 271-283.
- Nourse, V. y Shaffer, G. (2009). Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory. *Cornell Law Review*, 95 (1), 61-137.
- OMS. (2020a). *Transmisión del SARS-CoV-2: repercusiones sobre las precauciones en materia de prevención de infecciones*. 9-7-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/4aazpsur>.
- (2020b). *Mask use in the context of COVID-19: Interim guidance*. 1-12-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/mwym5mrd>.
- (2021). *Preguntas y respuestas sobre la transmisión de la COVID-19*. 23-12-2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/4944bkr>.
- Petersen, N. (2017). *Proportionality and Judicial Activism*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316823330>.

- Portocarrero Quispe, J. A. (2016). *La ponderación y la autoridad en el Derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. (2020). *Primeros casos investigados en España por covid-19*. 11-2-2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/47bc8x27>.
- Rivers, J. (2006). Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*, 65 (1), 174-207. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0008197306007082>.
- Roca Trías, E. y Ahumada Ruiz, M. A. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. 24-10-2013. Disponible en: <https://tinyurl.com/4yexwn8v>.
- Rutter, H., Wolpert, M., Greenhalgh, T. (2020). Managing uncertainty in the covid-19 era. *BMJ*, 370, 1-2. Disponible en: <https://doi.org/10.1136/bmj.m3349>.
- Sáenz Royo, E. (2021). Estado autonómico y covid-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 375-398. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32208>.
- Sánchez Barroso, B. (2021). *El principio de precaución en España*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Santaolalla López, F. (2017). La reforma de los Decretos-Leyes en Italia y sus posibles lecciones en España. *Revista de Derecho Político*, 98, 13-43. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18650>.
- Schenke, W.-R. (2018). *Polizei- und Ordnungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Schlink, B. (2012). Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 22, 291-302.
- Stirling, A. (2007). Risk precaution and science: towards a more constructive policy debate. *Embo Reports*, 8 (4), 309-315. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/sj.embor.7400953>.
- Stone Sweet, A. y Mathews, J. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 68-149.
- Sunstein, C. R. (2005). *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511790850>.
- Thorburn, M. (2016). Proportionality. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn. *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 305-321). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0016>.
- Tsakyarakis, S. (2009). Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, 7 (3), 468-493. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>.
- UNICEF. (2021). *COVID-19 and School Closures: One year of education disruption*. Disponible en: <https://tinyurl.com/wvc2rvr9>.
- University of Cambridge. (2021). *Two-metre COVID-19 rule is «arbitrary measurement» of safety*. Disponible en: <https://tinyurl.com/34nzt2pn>.
- Urbina, F. J. (2012). A critique of Proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, 57 (1), 49-80. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49>.
- (2015). Incommensurability and balancing. *Oxford Journal of Legal Studies*, 35 (3), 2015, 575-605. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqv015>.
- Vidal Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2, 427-447.

- Vidal Prado, C. (2021). Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional? *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 265-296. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32204>.
- Viner, R. M. *et al.* (2020). School closure and management practices during coronavirus outbreaks including COVID-19: a rapid systematic review. *Lancet Child and Adolescent Health*, 4 (5), 397-404. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(20\)30095-X](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(20)30095-X).
- Wiley, L. F. (2020). Public health law and science in the community mitigation strategy for Covid-19. *Journal of Law and the Biosciences*, 7 (1), 1-19. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jlb/ljaa019>.
- Zhang, S. *et al.* (2020). COVID-19 containment: China provides important lessons for global response. *Frontiers of Medicine*, 14 (2), 215-219. Disponible en: [10.1007/s11684-020-0766-9](https://doi.org/10.1007/s11684-020-0766-9)