

vista catalana de dret públic

CONSTITUCIONAL / DEBATS / LEGISLACIÓ

La Sentència del Tribunal Constitucional del 14 de juliol de 2021 sobre la declaració i pròrroga del primer estat d'alarma durant la crisi sanitària de la COVID-19 – Joan Ridao

Professor agregat de dret constitucional a la Universitat de Barcelona i lletrat del Parlament de Catalunya en serveis especials

🕒 29 de juliol de 2021

👤 EAPC

💬 DEIXA UN COMENTARI



**Una exegesi
extravagant i
inquietant de l'estat
d'excepció i del control
de constitucionalitat
dels drets fonamentals
en nom de la "llibertat"**

**La qüestió a debat i
alguns elements de
context a tenir en
compte**

S'acaba de fer pública la Sentència del Tribunal Constitucional, del 14 de juliol, per la qual es resol el recurs

Font: "Laura Guerrero" Llicència CC BY-NC-ND 4.0

d'inconstitucionalitat
interposat per més de

cinquanta diputats del Grup Parlamentari de VOX al Congrés dels Diputats contra el Reial decret (RD) 463/2020, del 14 de març, que va declarar el primer estat d'alarma per a la gestió de la crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, les seves pròrrogues (RD 465/2020, del 27 de març, RD 487/2020, del 10 d'abril, i RD 492/2020, del 24 d'abril), i l'Ordre SND/298/2020, del 29 de març, per la qual es van establir mesures excepcionals en relació amb les sales de vetlla i les cerimònies fúnebres per limitar la propagació i el contagi del virus.

Aquesta resolució examina la qüestió —debatuda durant mesos per sectors acadèmics i també polítics— entorn de si determinades limitacions dels drets fonamentals imposades als ciutadans tenien suficient cobertura jurídica amb l'estat d'alarma. Amb tot, no deixa de ser una qüestió aparentment ben resolta per l'ordenament. No per la Constitució, que com és sabut no defineix els supòsits de fet que justifiquen la declaració dels estats d'alarma, excepció i setge, més enllà de permetre, en el seu article 55.1, la suspensió col·lectiva de determinats drets en aquests últims, excloent-los *a sensu contrario* en qualsevol altra circumstància (incloent-hi, per tant, l'estat d'alarma). Però sí per la Llei orgànica 4/1981, de l'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge (LOAES), que els descriu. Aquesta llei preveu com a pressupòsit habilitant de l'estat d'alarma les “[c]rises sanitàries, tals com epidèmies” [art. 4.b)]. A més, la declaració de l'estat d'alarma té força de llei (STC 83/2016, del 28 d'abril), de manera que les limitacions de drets que es puguin imposar sota el seu paraigua tenen tant la cobertura general d'una llei orgànica com l'empара d'una llei ordinària singular.

Tant és així que, fins no fa gaire, no semblava que ningú discutís la concurrència del supòsit de fet de l'estat d'alarma davant d'una pandèmia com la de la COVID-19, perfectament recognoscible com a malaltia greu, transmissible i d'efectes supracomunitaris. Més aviat, abans que aparegués la qüestió de l'estat d'excepció en alguns articles d'opinió —i a través de la filtració de les deliberacions del mateix TC—, la controvèrsia entre diferents sectors jurídics —assenyaladament, entre constitucionalistes i administrativistes— va estar centrada durant mesos en la disjuntiva entre la necessitat/contingència de l'estat d'alarma i la suficiència dels poders de necessitat previstos en la legislació sanitària —Llei general de sanitat (LGS), Llei general de salut pública (LGSP), Llei orgànica de mesures especials en matèria de salut pública (LOMESP). I també en el funcionament de la gestió multinivell que ha caracteritzat la fase de cogovernança, les relacions de col·laboració i de conflicte entre l'Estat i les comunitats autònomes, etc.

Així és que tant els alambinats arguments del TC com l'exigua majoria que els sostenen desprenen un *fumus* d'estirada d'orelles de la dreta judicial al Govern de Pedro Sánchez, que al meu parer connecta clarament —a través d'una prima línia roja— amb la posició dels “llibertaris de dreta”, que s'han oposat sistemàticament a qualsevol mesura limitadora de drets fonamentals i llibertats públiques durant la crisi sanitària. No en va, com ja s'ha dit, el recurs fou interposat per un partit com VOX, per bé que —i això no deixa de ser paradoxal— aquest recurrent es mostrà més condescendent amb el Govern que la majoria del TC, atès que no arribà a qüestionar la concurrència del supòsit habilitant de l'estat d'alarma, postulant l'anul·lació de determinades restriccions o mesures de protecció per excessives, en considerar que mesures com el confinament general constituïa una “suspensió” de drets, però sense reduir la pandèmia com fa la sentència a una qüestió d'ordre públic (pàg. 3, 4 i 72). No en va aquests mateixos diputats que van impugnar havien votat a favor de la pròrroga (recordem que l'STC 27/1981 no havia considerat un impediment que diputats que votessin favorablement una llei la poguessin recórrer davant del TC).

És clar que una constitució justiciable implica interpretació constitucional, com ens recordava Cruz Villalón aquests dies arran de la polèmica suscitada per la sentència. Però és que aquí el que hi ha hagut és un debat polític sobre la "llibertat", propiciat com un mantra per alguns polítics, que ha mutat —per obra i gràcia de la majoria conservadora del TC— en un suposat debat juridicoconstitucional en què l'alt tribunal ha actuat un cop més com un poder neoconstituent que s'arropa en exclusiva la interpretació autèntica de la Constitució i que ha passat com una piconadora per sobre d'una decisió greu però plausible com l'estat d'alarma, mostrant-se poc deferent amb els dos poders de l'Estat que gaudeixen de major legitimitat i representativitat, especialment en un context complex com el de la pandèmia.

A més, el Tribunal ha fet això en les pitjors condicions de legitimitat possibles, perquè la majoria que subscriu la sentència no només s'ha beneficiat de la caducitat de quatre magistrats, sinó que ha portat el seu avantatgisme fins a l'extrem d'aprofitar-se de l'alteració de la composició natural del Tribunal a conseqüència de la renúncia del magistrat Fernando Valdés Dal-Ré (octubre de 2020), qui havia rebut precisament l'encàrrec d'elaborar la ponència. Amb aquestes dades no és gens estrany que s'hagi fet, a més, un discutible maneig dels temps, ja que no sembla acceptable que un recurs transcendent com aquest, presentat el 28 d'abril de 2020, s'hagi ventilat a finals de juliol de 2021 (el darrer tràmit que consta als antecedents és del 5 de juliol de 2020), quan ja no hi ha estat d'alarma i sembla que la pandèmia, encara que amb prou feines, pot quedar aviat i feliçment enrere.

De fet, la degradació del màxim intèrpret de la Constitució és tan gran que, sense cap mena de rubor, alguns dels seus membres han propiciat filtracions del contingut de les deliberacions, cosa que ha afavorit tota mena d'especulacions i de debats espuris als mitjans de comunicació. També hem vist la publicació d'un vot particular en un article d'opinió, la filtració de la resta de vots discrepants abans de la seva publicació i fins i tot l'omissió d'un altre amb la sentència publicada. Per acabar-ho d'adobar, la resolució no reflectia alguns paràgrafs del text inicial que es mostraven més "comprensius" amb el Govern. I una cosa més: seguint un mal costum recent, l'alt tribunal va fer pública la decisió sense haver publicat la sentència íntegra, igual que ha fet amb altres decisions importants com les sentències sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya, la qual cosa ha donat peu a tot tipus de lectures sobre el seu contingut i les seves conseqüències. Es tracta d'una pràctica que comença a ser massa usual i il·lògica, per tal com la part dispositiva ha de ser conseqüència del raonament i no al revés, i la intencionalitat de la qual sembla que busca evitar un debat públic amb subtileses i imposar en l'imaginari col·lectiu el posicionament discutible de la majoria del TC.

En aquest cas, però, aquesta discutible praxi és particularment rebutjable, perquè, parafrasejant Jiménez de Parga, no estem davant d'una sentència platònica, atès que hi havia i encara hi ha, com veurem, molts dubtes sobre els seus efectes pràctics. En efecte, tot i haver perdut vigència el decret de l'estat d'alarma, el recurs no només tenia interès per fixar doctrina constitucional, sinó també sobre les sancions

Aquí el que hi ha hagut és un debat polític sobre la "llibertat", propiciat com un mantra per alguns polítics, que ha mutat —per obra i gràcia de la majoria conservadora del TC— en un suposat debat juridicoconstitucional en què l'alt tribunal ha actuat un cop més com un poder neoconstituent que s'arropa en exclusiva la interpretació autèntica de la Constitució i que ha passat com una piconadora per sobre d'una decisió greu però plausible com l'estat d'alarma, mostrant-se poc deferent amb els dos poders de l'Estat que gaudeixen de major legitimitat i representativitat, especialment en un context complex com el de la pandèmia

No estem davant d'una sentència platònica, atès que hi havia i encara hi ha molts dubtes sobre els seus efectes pràctics. En efecte,

administratives imposades a conseqüència de les restriccions susceptibles de ser anul·lades. No és una qüestió menor. Com hem vist, un jutge es va afanyar a anul·lar la primera multa en fer-se públic l'avançament de la part dispositiva de la sentència. En fi, tot plegat, un sàinet grotesc en el qual pocs han estat a l'altura.

Una succinta aproximació al contingut (controvertit) de la sentència

La sentència considera que l'article 7.1 (apt. 1, 3 i 5) del Reial decret 463/2020, titulat "Limitació de la llibertat de circulació de persones", suposà una violació dels articles 55.1 i 116 CE i de la LOAES pel que fa al confinament obligatori de tota la població pel fet de tractar-se en realitat d'una suspensió del dret fonamental de circulació (art. 19 CE), atès que ni la Constitució ni la LOAES no permeten tal circumstància tret del cas dels estats d'excepció i de setge.

Com que l'estat d'alarma només pot consentir la limitació dels drets fonamentals, però no la seva suspensió, la lectura del Tribunal sobre l'article 7 objecte de retret, entre d'altres, és que, per molt que el reial decret impugnat reconegués múltiples excepcions o causes justificades per permetre la lliure circulació, aquest precepte no responia al concepte legal de limitació de l'exercici del dret fonamental *ex* article 19 CE (art. 11 i 12 LOAES). Així doncs, tot i que sembla difícil que en aquest cas es pugui parlar d'una suspensió (que implica una supressió absoluta, encara que sigui temporal), la majoria del TC considera que la norma impugnada no només no delimitava el dret a circular lliurement (personal, espacial, temporal), sinó que el suspenia *a radice*: "parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho" (pàg. 52).

A partir d'aquest raonament, el Tribunal conclou que la concepció jurídica de l'estat d'alarma no s'ajusta a les característiques d'una crisi sanitària, tot i el que preveuen l'article 4.b) LOAES i l'article 12 de la mateixa llei, que remetent a la legislació sanitària *ad hoc*. Per això, segons l'alt tribunal, l'anorreament del dret de lliure circulació de l'article 19 CE "comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica" (pàg. 52 *in fine*). I en connexió amb això hi ha altres drets que es veuen afectats, com el dret a triar lliurement la pròpia residència (pàg. 53) i el dret a manifestar-se lliurement (art. 21.2 CE) (pàg. 55).

Per al Tribunal, doncs, l'existència d'una crisi sanitària declarada com a epidèmia —que la LOAES només considera la raó o la causa eficient per declarar l'estat d'alarma (el citat art. 4.b)— difícilment pot conduir al fet que els poders públics limitin els drets fonamentals, i en cap cas a suprimir-los, com va fer l'article 7 del Reial decret 463/2020. En conseqüència, quan s'adopta una mesura sanitària destinada a contenir un transmissió entre la població de malalties contagioses, això implica inexorablement una suspensió general a tot el territori d'aquests drets fonamentals, i el que correspon és declarar l'estat d'excepció (pàg. 72). I com que la concepció jurídica de l'estat d'excepció no encaixa amb una

tot i haver perdut vigència el decret de l'estat d'alarma, el recurs no només tenia interès per fixar doctrina constitucional, sinó també sobre les sancions administratives imposades a conseqüència de les restriccions susceptibles de ser anul·lades. No és una qüestió menor. Com hem vist, un jutge es va afanyar a anul·lar la primera multa en fer-se públic l'avançament de la part dispositiva de la sentència

Per al Tribunal, quan s'adopta una mesura sanitària destinada a contenir un transmissió entre la població de malalties contagioses, això implica inexorablement una suspensió general a tot el territori d'aquests drets

crisi sanitària, el TC postula una “reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción” (pàg. 74). En suma, no es poden adoptar mesures de contenció mitjançant l'estat d'alarma i, òbviament, tampoc amb la legislació sanitària (recordem que l'art. 3 LOMESP autoritza a adoptar en aquests casos les mesures que es considerin “oportunes”).

Ara bé, una de les màximes incoherències de la sentència és que el TC salva la constitucionalitat de les mesures de tancament d'instal·lacions i de suspensió d'activitats (mesures de contenció) (art. 9, 10 i 11 del real decret), per estimar que són proporcionades, fins i tot en cas que hi hagi una limitació (“constricció”) de drets fonamentals (educació, llibertat d'empresa i llibertat religiosa), perquè considera que estaven cobertes per la remissió de l'article 12.1 LOAES a la legislació sanitària, que és la que va habilitar l'aplicació del citat article 3 LOMESP. De fet, aquest

raonament —que era d'esperar que s'estengués sobre el conjunt de la sentència— ja l'havia utilitzat el mateix Tribunal (ITC 40/2020, de 30 d'abril) en pronunciar-se per primera vegada sobre l'estat d'alarma a conseqüència d'un recurs d'empara relacionat amb l'eventual lesió del dret fonamental de reunió (art. 21 CE) amb motiu de la prohibició d'una manifestació rodada amb cotxes particulars a Vigo, en què va aplicar el judici de constitucionalitat sobre la mesura, un test clàssic de proporcionalitat.

Per això mateix, el FJ 11 de la sentència (pàg. 71 i seg.) s'escarrassa a justificar que la sentència és el resultat d'una interpretació “integradora” i “evolutiva”, en la qual s'adreça, per una banda, a motivar per què la lluita contra una pandèmia com la COVID-19 s'ha de reconduir necessàriament a l'estat d'excepció sempre que s'hagi de “suspendre” un dret fonamental com el de circulació, i, per l'altra, a raonar que l'estat d'excepció està cridat a evitar —des d'una aspiració constitucional garantista— que s'usi l'estat d'alarma per eliminar l'eficàcia dels drets fonamentals amb el pretext que s'han de limitar en situacions de crisi sanitària greu, especialment si els seus controls —sobretot el parlamentari— són més febles.

Els vots particulars de la minoria discrepant

Menció a part mereixen els vots particulars de la minoria discrepant —cinc, en concret. El de la magistrada María Luisa Balaguer critica la inseguretad jurídica creada per la sentència (“menos garantista de lo que pudiera intuirse al leer el fallo parcialmente estimatorio”) i critica que la majoria no hagués aplicat el cànon clàssic de proporcionalitat per analitzar el confinament (art. 7), igual que a la resta de preceptes impugnats, de manera que la “solución hubiera sido mucho más comprensible y objetiva”. Balaguer considera, a més, que es donava el pressupòsit habilitant de l'estat d'alarma però no el d'excepció, ja que només es va produir, al seu parer, l'adopció d'una quarantena massiva, un confinament de la població el motiu del qual —igual que dels tancaments perimetrals o del toc de queda— era evitar el contagi com a mesura estrictament sanitària, amb l'únic objectiu d'evitar la pèrdua de vides humanes. En opinió de la magistrada, “no es posible definir claramente el alcance de la noción de suspensión y, aunque lo fuera, creo que la sentencia tampoco lo consigue. De modo que la calificación del confinamiento domiciliario como medida suspensiva de la libertad deambulatoria termina por parecer un ejercicio de voluntarismo cargado de subjetividad, entre otras razones porque olvida que la restricción de movimientos no fue absoluta, en la medida en que se contemplaban un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio”. De la seva banda, Andrés Ollero realitza un

fonamentals, i el que correspon és declarar l'estat d'excepció. I com que la concepció jurídica de l'estat d'excepció no encaixa amb una crisi sanitària, el TC postula una “reforma normativa de alcance a fin de admitir las crisis sanitarias o epidemias graves como supuestos de hecho habilitadores para una declaración del estado de excepción”

enfocament dels conceptes limitació-suspensió a partir de la noció de contingut essencial dels drets de la clàssica STC 11/1981. I insisteix, com Balaguer, en la necessitat de prendre com a referència la tècnica de la proporcionalitat en el control del reconeixement de drets fonamentals, i no un enfocament gradualista i incert de les limitacions de les llibertats.

En aquesta mateixa línia, el magistrat Conde-Pumpido, a través d'un prolix i elaborat vot particular, rebutja en una línia similar l'abordatge de la distinció suspensió-limitació dels drets fonamentals en termes quantitius o gradualistes, i afirma que la suspensió requereix una declaració formal la conseqüència de la qual és que el dret suspès perd les garanties constitucionals. En un to molt dur —del qual posteriorment es retractà— el magistrat afirma que la sentència és una dreuera d'arguments destinada a aconseguir una declaració d'inconstitucionalitat per desarmar l'Estat, i rebutja de ple la idoneïtat de l'estat d'excepció, per tal com “cuando no se produce una alteración del orden público, no se pueden suspender los derechos fundamentales”.

El vot particular del president del Tribunal, Juan José González Rivas, abraça, com Conde-Pumpido, la teoria que la suspensió d'un dret fonamental és un acte formal, cosa que s'ha d'acordar mitjançant el procediment establert constitucionalment i no pas com a resultat, més o menys discrecional, d'una interpretació gradualista sobre la intensitat de la limitació d'un dret fonamental. Per aquesta raó, al seu parer, el cànon de constitucionalitat hauria d'haver estat l'anàlisi de proporcionalitat de la limitació de la llibertat de moviments, que considera plenament justificat.

El darrer vot conegut és el del magistrat Xiol Ríos, que comença amb tota una declaració d'intencions de tarannà utilitarista i constructivista davant d'una concepció formalista i essencialista dels drets: el dret ha de donar solucions als nous problemes que ens planteja la societat d'avui dia. I, en una dura invectiva cap a la majoria, a la qual retreu la manca d'aprofundiment en el debat i la deliberació, el magistrat recorda els diferents correctius del TEDH cap al TC. Pel que fa al fons de la qüestió debatuda, en línia similar al que han expressat altres magistrats discrepants, Xiol considera que “la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria en el caso examinado no se funda en una diferente apreciación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad o sobre el alcance recíproco de los derechos e intereses en juego, sino, partiendo de concepciones distintas del derecho, en el contenido que pueda tener en el mundo abstracto de los conceptos la noción de limitación de derechos en el marco del estado de alarma”. Per al magistrat, la idoneïtat de l'estat d'excepció per afrontar crisis sanitàries —que jutja que ha estat proclamat “*a priori*, en abstracto y por una mínima mayoría en la sentencia”— no es concilia, entre altres extrems, amb el termini de seixanta dies que imposa la Constitució de manera peremptòria per a aquest estat, i retreu que la sentència no conté cap explicació sobre això, raó per la qual no descarta que el TC hagi d'examinar la qüestió novament.

Conclusions

Com hem vist, la sentència del primer estat d'alarma esgrimeix que les restriccions a la mobilitat imposades durant la primera onada de la pandèmia van transgredir la limitació dels drets fonamentals i van constituir una suspensió d'aquests drets, la qual cosa hauria trobat el seu encaix en l'estat d'excepció en lloc de l'estat d'alarma.

El TC arriba, tanmateix, a aquest pronunciament sense gaires explicacions, i això serà inevitablement una font d'incertesa i de nous litigis. Perquè, en efecte, un cop llegida la sentència, el primer que crida

El TC arriba a aquest pronunciament sense gaires

l'atenció és que la teoria de la "suspensió" de drets s'aplica de forma tan discrecional que no farà res més que aportar inseguretat jurídica i major pertorbació a les autoritats sanitàries i als tribunals quan hagin d'acordar o examinar, si s'escau, les autoritzacions de mesures sanitàries acordades a l'empara de la legislació sanitària. Si, com s'especula, la pròxima sentència del TC sobre el segon estat d'alarma, en lloc d'un desitjable i saludable *overruling*, declara la inconstitucionalitat del "toc de queda" i de la cogovernança amb les comunitats autònomes adduint —com s'ha apuntat en algun mitjà— que en l'estat d'alarma no és possible la descentralització política, perquè l'abast de la crisi era supracomunitària, el caos estarà servit (al qual es pot sumar la pertorbadora modificació prevista de la Llei de seguretat nacional, que consumaria la deriva "seguritària" de la gestió de les crisis sanitàries).

Ja he deixat apuntat en un altre moment que, al meu parer, no sembla que la qüestió a debatre hagués de ser l'anàlisi de la idoneïtat de l'estat d'excepció versus l'estat d'alarma. Com bé han posat en relleu alguns dels magistrats de la minoria discrepant, n'hi hauria hagut prou amb el fet que el TC hagués donat resposta a la pregunta clau: si el decret de l'estat d'alarma va afectar o no el contingut essencial de cadascun dels drets fonamentals i de les llibertats públiques sobre els quals es formulaven reptes d'inconstitucionalitat, a partir del test de proporcionalitat en tots els casos. Per contra, el TC ha dut a terme una tutela dels drets i llibertats de caràcter abstracte i buida de contingut, del dret a la lliure circulació i del dret de reunió —que relliga amb el concepte de "llibertat" exhibit per determinats sectors polítics—, que contrasta, per cert, amb la seva tèbia determinació en altres moments a l'hora de tutelar l'exercici de drets i llibertats des del punt de vista substancial [v. gr. cas Stern Taulats (STC 177/2015), cas Fragoso (STC 190/2020), execucions hipotecàries, supòsits de violència de gènere, etc.].

D'altra banda, la invocació de l'estat d'excepció no deixa de constituir un element una mica extravagant. Com sabem, l'estat d'excepció constitueix el grau d'excepcionalitat més sever a què pot acudir el poder civil (si n'excloem l'estat de setge, que també pot gestionar l'autoritat militar), previst per a circumstàncies en què l'Executiu no es capaç d'assegurar i mantenir l'ordre i els serveis públics, així com el correcte funcionament de les institucions democràtiques. A més, com també van posar de manifest alguns dels magistrats discrepants, a diferència de l'estat d'alarma, aquesta situació no es pot aplicar durant més de trenta dies, atès que pot vulnerar drets fonamentals, raó per la qual aquesta limitació ha de tenir l'autorització prèvia de Congrés dels Diputats. Potser conscient d'això el mateix TC adverteix en la sentència que caldria operar una reforma normativa en profunditat. No deixa de causar certa perplexitat que, per justificar aquest raonament, el TC qualifiqui la seva arriscada interpretació com d'"integradora" i "evolutiva", ja que diu que hi ha dubtes (?) sobre l'abast dels diferents estats excepcionals.

En suma, el resultat de l'operació és una exegesi entre inquietant i extravagant de l'estat d'excepció i una aplicació discrecional dels clàssics controls de proporcionalitat. I tot això, en un context de profunda divisió i de precària legitimitat institucional d'un alt tribunal que cada dia es troba més allunyat de la realitat social.

Joan Ridao

Professor agregat de dret constitucional a la Universitat de Barcelona i lletrat del Parlament de Catalunya

explicacions, i això serà inevitablement una font d'incertesa i de nous litigis. Perquè, en efecte, un cop llegida la sentència, el primer que crida l'atenció és que la teoria de la "suspensió" de drets s'aplica de forma tan discrecional que no farà res més que aportar inseguretat jurídica i major pertorbació a les autoritats sanitàries i als tribunals quan hagin d'acordar o examinar, si s'escau, les autoritzacions de mesures sanitàries acordades a l'empara de la legislació sanitària