

**Reptes democràtics en temps de pandèmia:  
el termòmetre dels drets de la ciutadania  
Una perspectiva jurídica**

DOI: 10.2436/15.3000.01.3

MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA  
Catedràtica de dret constitucional  
Universitat Autònoma de Barcelona

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA  
Catedràtic de dret constitucional  
Universitat de Barcelona

JOSEP M. VILAJOSANA RUBIO  
Catedràtic de filosofia del dret  
Universitat Pompeu Fabra

# Índex

Resum

Introducció

## PRIMERA PART: MODELS DE GESTIÓ I INSTRUMENTS JURÍDICS

1. Els reptes jurídics plantejats per la COVID-19 i els models de resposta més respectuosos amb els drets i llibertats de la ciutadania
  - 1.1. Plantejament
  - 1.2. Davant la temptació de la gestió competitiva, més cooperació entre estats
  - 1.3. Davant la temptació de la gestió tecnocràtica, una política amb control democràtic
  - 1.4. Davant la temptació de la gestió autoritària, respecte als drets i llibertats
  - 1.5. Davant la temptació de la gestió centralitzada, coordinació i descentralització
  - 1.6. Davant la temptació de la gestió paternalista, foment d'una ciutadania responsable
2. Instruments legals per protegir la població en casos de crisis sanitàries
  - 2.1. Les possibilitats legals
  - 2.2. Control de pandèmies mitjançant la declaració de l'estat d'alarma
    - 2.2.1. L'autoritat competent
    - 2.2.2. Mesures a adoptar i afectació de drets i llibertats de la ciutadania
  - 2.3. Control de pandèmies mitjançant les lleis especialitzades en l'àmbit sanitari
    - 2.3.1. L'autoritat competent
    - 2.3.2. Mesures a adoptar i afectació de drets i llibertats de la ciutadania
  - 2.4. Recapitulació
3. La garantia i el control de la proporcionalitat
  - 3.1. Valorar la legitimitat de la limitació de drets
  - 3.2. El test de proporcionalitat
  - 3.3. L'aplicació del principi de proporcionalitat: institucions decisòries i revisió judicial

## SEGONA PART: LES RESTRICCIONS DE DRETS

1. Introducció
2. La llibertat de moviment
  - 2.1. L'afectació de la llibertat de moviment de les persones per les mesures dictades per afrontar una situació d'emergència sanitària
  - 2.2. La possibilitat de limitació de la llibertat de moviment
    - 2.2.1. Suspensió i limitació de drets
    - 2.2.2. Limitació de la llibertat de circulació habilitada per la legislació d'excepció i la legislació ordinària
    - 2.2.3. Condicions per a la limitació de la llibertat de circulació
  - 2.3. Afectacions incidentals d'altres drets
  - 2.4. Sancions
3. El dret de reunió
  - 3.1. Diferents models del tracte al dret de reunió en temps de pandèmia: de la prohibició a la ponderació entre drets
  - 3.2. Espanya: de la inicial prohibició de reunions i manifestacions a l'adequada ponderació entre dret
  - 3.3. Què no poden oblidar els poders públics del dret de reunió en temps de pandèmia
4. Conclusions

Referències bibliogràfiques

## Resum

La pandèmia provocada per la COVID-19 ha originat una profunda crisi sanitària amb repercussions econòmiques, socials, polítiques i jurídiques, l'abast de les quals encara està per determinar. Més enllà de la particularitat produïda per aquesta pandèmia, la reacció per part dels qui han hagut d'entomar la gestió pública suposa un banc de proves privilegiat que permet de comparar les diferents maneres d'actuar dels estats davant de situacions d'emergència. La mesura que podem prendre com a referència principal per tal de valorar les respostes dels estats, en general, i la dels poders públics de l'Estat espanyol, en particular, és la de determinar quin grau de limitació en el gaudi dels drets i llibertats és justificable en el marc d'una democràcia liberal. Si bé és cert que, en situacions de normalitat, cal estar amatents a qualsevol vulneració d'aquests drets i llibertats, també ho és que, en les situacions crítiques, se sotmet a examen, com mai, la solidesa democràtica d'un país. La mena de reacció que predomina en aquests casos en els poders públics i en la societat en conjunt mostra de manera fefaent els trets de caràcter més profund que sovint queden amagats en el capteniment quotidià.

Per dur a terme aquesta anàlisi, l'informe es dividirà en dues parts: una de primera, en què es tractaran els possibles models de resposta dels poders públics a la situació i els instruments jurídics que tenen a disposició per tal de trobar un equilibri entre la protecció del dret a la salut i la resta de drets de la ciutadania; i una de segona, en què s'analitzaran les restriccions a diversos drets fonamentals que han tingut lloc amb les actuacions concretes dels poders públics del nostre àmbit en la gestió de la pandèmia.

## Introducció

El fenomen de la COVID-19, a més d'haver produït inestimables estralls en vides humanes, ha causat una profunda crisi d'efectes imprevisibles i de magnitud encara no determinada en l'àmbit social, jurídic, polític i econòmic. Pel que fa a l'àmbit jurídic, que és la perspectiva des d'on s'analitzen aquí alguns dels efectes de la pandèmia, una de les claus per copsar-ne l'abast és examinar quina ha estat la reacció dels qui han hagut d'entomar la gestió pública en relació amb dos factors: el gaudi dels drets i llibertats de la ciutadania i la decisió de qui havia de ser-ne el gestor concret.

Certament, es tractava que la gestió pública es fes càrrec de protegir els drets a la salut i a la integritat física de les persones; i de protegir també, en relació amb aquests drets, l'accés universal al sistema sanitari públic, desbordat des del primer moment. Però això implicava restringir altres drets, com el dret a circular, a la protesta o al treball? Implicava suspendre'ls? Si s'havien de limitar, fins a on? Existien als estats, i en especial a l'Estat espanyol, instruments jurídics prou afinats per gestionar la situació sense desconstruir fites assolides quant a la protecció dels drets i llibertats?

L'altre factor clau per estimar la incidència dels efectes de la pandèmia en l'àmbit jurídic és com han reaccionat els poders públics davant la qüestió de qui n'havia d'ésser l'administrador concret. I aquí hi havia diverses opcions: exigia una situació com l'actual una desfederalització dels estats i una recentralització —no només a favor dels estats centrals, sinó fins i tot potser a escala de la Unió Europea, en el nostre cas— per a la presa de decisions?, o més aviat es tractava que fossin els poders locals qui les prenguessin en nom de la seva eficàcia? Es tractava de deixar la presa de decisions en mans de comitès d'experts, del poder judicial o de la política? Tots han fet bé els rols que els corresponien?

Sabem que el tipus de reacció que predomina en aquests supòsits de profunda crisi per part dels poders públics mostra de manera fefaent els trets de caràcter més profund que sovint queden amagats en el capteniment quotidià. Sabem, també, que, enfront de la temptació d'una gestió de la crisi sanitària competitiva, tecnocràtica, autoritària, centralitzada i paternalista, una democràcia de qualitat demana dels poders públics una gestió cooperativa, controlada democràticament, amb limitacions proporcionades dels drets, descentralitzada i que fomenti la consolidació d'una ciutadania responsable. A partir d'aquí, caldrà veure quines han estat les reaccions dels poders públics a l'Estat espanyol, que, ja s'avança, s'han decantat més pel primer model que pel segon.

Per dur a terme aquesta anàlisi, l'informe es dividirà en dues parts: la primera, en què es tractaran els possibles models de resposta dels poders públics a la situació i els instruments jurídics que tenen a disposició per tal de trobar un equilibri entre la protecció del dret a la salut i la resta de drets de la ciutadania, entre la centralització i la coordinació. El primer apartat ha estat elaborat per Josep Maria Vilajosana; el segon, per Mercè Barceló, i el darrer, per Enoch Albertí. En la segona part, es tractaran algunes de les innombrables restriccions a diversos drets fonamentals que han tingut lloc amb les actuacions dels poders públics del nostre àmbit en la gestió de la pandèmia —les

relatives al dret de circulació les analitza Enoch Albertí i les que afecten el dret de reunió, Mercè Barceló.

# PRIMERA PART: MODELS DE GESTIÓ I INSTRUMENTS JURÍDICS

## 1

### **Els reptes jurídics plantejats per la COVID-19 i els models de resposta més respectuosos amb els drets i llibertats de la ciutadania**

#### **1.1. *Plantejament***

La pandèmia provocada per la COVID-19 ha originat una profunda crisi sanitària amb repercussions econòmiques, socials, polítiques i jurídiques l'abast de les quals encara està per determinar. Més enllà de la particularitat produïda per aquesta pandèmia, la reacció dels qui han hagut d'entomar-ne la gestió pública suposa un banc de proves privilegiat que permet de comparar formes diferents d'actuar dels estats davant situacions d'emergència. Si bé és cert que, en situacions de normalitat, cal estar amatents a qualsevol vulneració de drets, també ho és que, en les situacions crítiques, se sotmet a examen com mai la solidesa democràtica d'un país. El tipus de reacció que predomina en aquests casos en els poders públics i en la societat en conjunt mostra de manera fefaent els trets de caràcter més profund que sovint queden amagats en el capteniment quotidià. En aquest sentit, és útil examinar quins reptes presenten aquestes situacions i quins serien els models de resposta més respectuosos amb els drets i llibertats d'una ciutadania democràtica.

Alguns d'aquests reptes poden expressar-se en forma de dicotomies:

- a) Estatal o global?
- b) Tècnica o política?
- c) Seguretat o llibertat?
- d) Concentració o descentralització?
- e) Coerció o responsabilitat?

A continuació examinaré molt breument cadascun d'aquests desafiaments tot proposant els models de respostes que, a parer meu, són més adients per evitar algunes temptacions, amb el benentès que es tracta només de fornir un marc que permeti encabir una anàlisi més acurada al voltant dels drets i llibertats concrets que poden veure's afectats.

### **1.2. *Davant la temptació de la gestió competitiva, més cooperació entre estats***

Tot i que hi ha un ampli acord que crisis com aquesta són producte d'un món cada cop més globalitzat (Beck, 2002), la reacció dels diferents estats no pot ésser considerada una resposta global. Potser amb l'excepció de l'Organització Mundial de la Salut (OMS), que ha anat oferint algunes recomanacions de caràcter general, no sempre del tot coherents ni tampoc seguides per tothom (els Estats Units d'Amèrica en són l'exemple més clar), el cert és que altres institucions que podrien haver coordinat respostes més eficients a la crisi pandèmica, com és ara el cas de la Unió Europea (UE), o bé no ho han fet o, quan ho han fet, ha estat parcialment o amb un retard notable. Les decisions preses a l'inici de la pandèmia per molts estats europeus, tot tancant fronteres unilateralment o competint de manera deslleial entre ells per tal d'obtenir subministrament de material sanitari, són exemples paradigmàtics que, davant la dicotomia aquí plantejada, la balança sovint ha caigut del costat de la gestió competitiva de la crisi, sense prendre gaire en consideració les entitats supraestats, o senzillament bandejant-les. Dins de la Unió Europea, la situació ha pogut millorar a l'hora d'adquirir i distribuir les vacunes, però no ha estat així en la relació de la UE amb altres països, com ara els Estats Units o el Regne Unit.

Cal tenir en compte que la competició, sovint deslleial, entre els diferents estats per tal d'aconseguir subministrament mèdic o vacunes per a llurs poblacions, no només és ineficient, sinó també injusta. És ineficient perquè, com és sabut, en un món globalitzat, si la immunitat de grup no s'assoleix a escala mundial, hi ha un alt grau de probabilitat que no s'erradiqui la malaltia infecciosa, en augmentar les probabilitats de mutacions cada cop més resistents a les vacunes; és injusta atès que origina desigualtats inadmissibles en assumptes que afecten un dret tan bàsic com és el dret a la vida i a la salut: «En l'àmbit dels drets humans no hi ha lloc per als passaports» (Dworkin, 2008, p. 69).

Per aquestes raons, aquesta actitud competitiva entre estats caldria que fos substituïda per una altra que prioritzi la cooperació. Cal fer un ús més intensiu i honrat dels instruments de dret internacional i relatius a organitzacions internacionals que podrien ajudar a una gestió cooperativa d'aquest tipus de crisi (Pérez González, 2020).

### **1.3. *Davant la temptació de la gestió tecnocràtica, una política amb control democràtic***

Quan s'esdevé una crisi que, en darrer terme, té el seu origen en un virus, pot semblar força assenyat que les respostes les cerquem a l'entorn propi de les ciències naturals. Així, hem vist que passen a un primer pla la diagnosi i les propostes de diferents especialistes en les matèries involucrades, com ara metges, epidemiòlegs, biòlegs, etc. Ara bé, darrere del paper molt rellevant que han de tenir els científics en aquests casos, cal parar esment a no ultrapassar la línia que delimita l'assessoria tècnica, imprescindible en situacions com aquesta, del govern tecnocràtic, de dubtosa legitimitat democràtica. No es tracta d'un perill purament retòric. En les darreres crisis econòmiques es van dur a la pràctica governs tecnocràtics sota l'argument que, si hi havia una crisi econòmica, les decisions les haurien de prendre els economistes.

Davant la incertesa que provoca una crisi econòmica o una crisi sanitària de grans dimensions, és comprensible que la primera determinació sigui considerar que les

decisions que cal prendre estiguin en les mans dels qui en saben, siguin economistes o metges. Segons un estudi recent, justament aquesta ha estat la reacció de la majoria de la població espanyola davant els estralls inicials originats per la COVID-19. Entre el gener (abans que es fes palesa la crisi sanitària) i el març de 2020 (en el seu punt àlgid) es va produir un notable increment de la preferència a favor d'un govern tecnocràtic (Amat *et al.*, 2020). Aquesta és una reacció molt humana, com diem. Tanmateix, qui en vulgui treure rèdits polítics amaga una confusió molt estesa: fer passar per decisions tècniques (i, per tant, ideològicament neutrals) el que són en realitat decisions polítiques.

En aquest sentit, cal tenir en compte que les propostes tècniques tenen a veure només amb la necessitat d'establir el *mitjà* necessari per tal d'obtenir una determinada finalitat (i contribuir d'aquesta manera a l'*eficàcia* de la decisió) o d'optar, entre els diferents mitjans possibles, per aquell que permeti assolir la finalitat amb un cost menor (i fer que la decisió sigui *eficient*). Però, estrictament parlant, triar quina és la *finalitat* que cal perseguir o decidir què compta com a *cost* no és mai una decisió tècnica (o neutral). En definitiva, decidir quina ha d'ésser la finalitat que cal perseguir és una qüestió política.

Cal defensar que, en un estat democràtic de dret, les decisions tècniques (els mitjans) han de quedar supeditades a les finalitats perseguides i als costos definits pels representants de la voluntat popular, amb el límit indefugible que suposa el respecte als drets i les llibertats de la ciutadania. Això pot tenir conseqüències, per exemple, a l'hora de determinar l'abast del control jurisdiccional de les normes jurídiques aprovades en aquest període. Si ja resulta inassumible, com he dit, que les decisions polítiques es facin passar per tècniques, encara origina més perplexitat que alguns jutges suplantïn els tècnics sense tenir-ne l'expertesa necessària (Blanquer Criado, 2020, p. 323 i seg.).

#### **1.4. Davant la temptació de la gestió autoritària, respecte als drets i llibertats**

En el mateix estudi suara esmentat es recull una dada molt significativa: no solament augmenta considerablement la porció de la població espanyola que es decanta per un govern tecnocràtic, sinó que més de la meitat dels enquestats expressen la seva disposició a sacrificar llibertats bàsiques per tal de fer front a la pandèmia. Fins i tot s'hi constata que aquestes actituds són compartides més àmpliament que en altres desafiaments que poden requerir respostes excepcionals, com ara el terrorisme o el canvi climàtic (Amat *et al.*, 2020).

Altre cop cal dir que la reacció pot ésser titllada de comprensible, des d'un punt de vista psicològic. La por i la incertesa acostumen a originar aquests actes reflexos fruit de l'instint de supervivència. Però aquesta situació és el brou de cultiu idoni perquè apareguin, i es puguin arribar a consolidar amb el temps, actituds autoritàries que tinguin difícil encaix en estats democràtics de dret. El desafiament que comporten aquests casos és una especificació del problema clàssic general de la contraposició entre la seguretat i la llibertat. En un extrem trobem qui prioritza de manera gairebé absoluta la seguretat de la població a costa de sacrificar-ne la llibertat. L'esment de Hobbes és obligat. Precisament aquest autor és qui va treure les conseqüències més radicals de l'impuls psicològic que provoca la inseguretat en les persones, que les porta a acceptar una autoritat absoluta, capaç de garantir per damunt de tot el dret a la vida, amenaçat permanentment si no hi hagués un estat que el protegís (Hobbes, 1968, cap. XVII). A l'altre extrem trobaríem una posició reflectida en la cèlebre frase de Benjamin Franklin, segons el qual «Qui estigui disposat a renunciar a la llibertat per obtenir seguretat, no mereix ni la llibertat ni la seguretat» (Franklin, 2007, p. 19016).

Tanmateix, la radicalitat d'aquestes posicions pot donar lloc a un malentès: pensar que la seguretat i la llibertat són excloents i no estan relacionades. Però això no és així. D'entre els autors clàssics, ho va expressar clarament Montesquieu: «La llibertat política d'un ciutadà depèn de la tranquil·litat d'esperit que neix de l'opinió que té cadascú de la seva seguretat» (Montesquieu, 1983, llibre XI, capítol 6). Per tant, sembla raonable pensar que un cert grau de seguretat és una condició necessària per poder gaudir dels drets i les llibertats.

Així, doncs, no pot defensar-se que per tal de garantir la seguretat calgui prescindir de la llibertat, però les llibertats no poden exercir-se sense un mínim de seguretat. En el cas d'estats que no tenen un compromís ferm amb el respecte dels drets i les llibertats de la ciutadania, la defensa de la seguretat es pren com a coartada per limitar-los o desposseir-los de llurs garanties. En canvi, en un estat dotat d'una constitució que en garanteixi de manera efectiva el gaudi, la seguretat no ha d'ésser menyspreada, però sí que cal canviar-ne la funció. La seguretat, aleshores, ha d'ésser tractada com un instrument destinat essencialment a preservar el gaudi pacífic de la llibertat. D'aquest canvi de funció es deriven conseqüències importants a l'hora d'establir el contingut i l'abast dels drets i llibertats que poden veure's afectats quan es confronten amb la justa mesura de la seguretat que en fa possible llur exercici. En aquesta direcció cal interpretar, per exemple, la garantia i el control de la proporcionalitat en la limitació dels drets que exigeix la jurisprudència constitucional, com es tractarà més endavant.

### **1.5. Davant la temptació de la gestió centralitzada, coordinació i descentralització**

L'Estat espanyol, si més no en la primera escomesa de la malaltia, va optar per aplicar l'estat d'alarma amb una determinada interpretació, i refusà d'emprar altres instruments o el mateix amb una altra interpretació. No tots els països han reaccionat de la mateixa manera. A Alemanya, per exemple, des d'un primer moment van confiar que l'experiència sanitària i la proximitat dels *länder* amb les respectives poblacions garantirien una gestió més acurada de la crisi sanitària (Arnold, 2020).

Hi ha la sospita que la tria feta pel govern espanyol tenia com a objectiu posar en relleu la força que dona la concentració de poder, en comptes de la coordinació, que podia ésser vista, des d'una perspectiva hobessiana de la seguretat, com un signe de debilitat. Un clar indicador que aquesta devia ésser la intenció, atès el simbolisme que incorpora, el trobem en la presència de comandaments militars en les rodes de premsa del govern i la terminologia bèl·lica emprada per «animar» a lluitar contra el virus. La contemplació diària de militars oferint una escenografia més pròpia de «comunicats de guerra», en un país de llarga tradició d'intervencions militars en els afers públics, reforça una imatge del poder concentrat i autoritari. En la fase posterior al desconfinament, s'ha optat per un model més respectuós amb les competències autonòmiques, però sempre amb l'amenaça latent de la centralització de poder. Hi ha, fins i tot, qui ha defensat que l'estat d'alarma no era suficient i que calia declarar l'estat d'excepció. I en aquest sentit s'ha acabat pronunciant el Tribunal Constitucional, com es veurà després.

Deixant de banda l'estat d'excepció, en analitzar els instruments necessaris per protegir la població davant les crisis sanitàries, hi havia dues vies normatives que l'Estat espanyol podria haver seguit: l'aplicació de l'estat d'alarma o l'aplicació de les lleis de sanitat, com després s'explica a bastament. En un primer moment es va triar el primer camí, emparant-se en el fet que era l'únic instrument que permetia un confinament total de la població. Ara, al marge de si això era així i si era convenient o no aquesta mesura tan radical, el cas és que es va optar per centralitzar el poder i arrabassar competències

autonòmiques relacionades amb la crisi directament, com són les sanitàries, però també amb altres àmbits en què costa de veure-hi la relació. Sorgeix el dubte, aleshores, de si aquesta centralització del poder era necessària per tal d'obtenir els resultats estrictament sanitaris o econòmics que calia perseguir. Hom pot pensar, en canvi, que o bé la utilització de l'estat d'alarma, però interpretat de manera que l'Estat es reservés només les facultats de coordinació i en aquelles àrees directament afectades per la crisi, o bé l'aplicació de les lleis sanitàries, hauria estat més eficient i més respectuós amb les competències autonòmiques (Martín, 2020). Així s'ha posat en relleu, si més no en determinades comunitats autònomes, en la fase posterior al desconfinament i en el període d'aplicació de les vacunes.

### **1.6. Davant la temptació de la gestió paternalista, foment d'una ciutadania responsable**

Finalment, cal parar esment en el fet que gaudir d'un entorn lliure de virus (o en el qual se'n dificulti la transmissió) és un bé públic. Els béns públics, tal com els han entès els economistes, tenen dos trets característics. En primer lloc, només poden néixer si la major part de les persones afectades (però no necessàriament totes) fan allò que els toca (per exemple, guardar la distància, posar-se la mascareta, rentar-se les mans o vacunar-se). En segon lloc, un cop generats, no es pot excloure ningú del gaudi. Ara, sempre hi ha un perill: l'aparició de *free riders* o «aprofitats», que es beneficien de l'esforç fet pels altres en la generació del bé, però sense contribuir-hi. Ultrapassat un determinat nivell d'aprofitats, aleshores no es produeix el bé públic corresponent i tothom en surt perjudicat (Stiglitz, 2000, p. 149 i seg.).

El sorgiment, després del període de desconfinament, de molts rebrots del virus va posar sobre la taula amb cruïra aquest problema d'acció col·lectiva. I encara pot resultar més clar pel que fa a la vacunació. Sovint es dona per descomptat que l'administració de les vacunes ha d'ésser de caràcter voluntari, de tal manera que cadascun de nosaltres tindria una mena de «dret» a no ésser vacunat. Ara bé, a parer meu, plantejar les coses d'aquesta manera justament amaga el problema d'acció col·lectiva que implica la generació de béns públics. Admetem que per tal d'assolir aquest bé públic no cal que tothom es vacuni, però sí que ho faci un alt percentatge de la població (posem per cas, un 80 %), que porta a una situació que els experts qualifiquen com a immunitat de grup. Si això és així, podríem dir que el naixement d'aquest bé públic admet com a màxim un nivell d'aprofitats d'un 20 %. Per tant, si es deixa la vacunació en mans d'una decisió voluntària dels afectats, què succeiria si més del 20 % esmentat decideix no vacunar-se? En aquest supòsit, com he dit, el bé públic no s'obté i tothom en surt perjudicat.

En aquestes circumstàncies, si no hi ha la col·laboració voluntària necessària per generar el bé públic, cal prendre mesures coercitives mitjançant normes jurídiques (Ullmann-Margalit, 1977). El sol fet de prendre-les no fa que un estat passi a ésser autoritari. El que cal tenir en compte, però, és que viure en una societat en què els drets i les llibertats siguin efectius, també podríem considerar-ho un bé públic. Per tant, un cop més la solució anirà lligada al grau d'afectació de cada bé que estem disposats a acceptar. Posats davant de diferents opcions en què s'assoleix el bé públic de la reducció de la transmissió del virus, caldrà triar la que ho aconsegueix limitant només els drets i llibertats que hi tenen connexió i només en la mesura i el temps imprescindible per tal de continuar-ne gaudint al màxim possible.

A més, quin sistema de resposta es triï té repercussions pel que fa a la relació entre els poders públics i la societat, atès que hom pot assolir aquest objectiu bàsicament

mitjançant dos mecanismes: obligar al comportament corresponent de manera coercitiva o bé fer les recomanacions oportunes amb la confiança que els destinataris comprendran la importància de les seves accions i actuaran en conseqüència. Tanmateix, per tal que aquesta segona via funcioni, cal que hi hagi una ciutadania responsable.

Ara bé, assolir la fita de tenir una ciutadania responsable no és gens fàcil. Cal fomentar-la mitjançant la generació d'una determinada cultura del bé comú a la qual l'actuació dels poders públics no és aliena (Pettit, 2000). Quan s'enfoca la qüestió d'aquesta manera, però, sorgeix el problema d'un possible cercle viciós que és difícil de trencar.

Si l'Estat fa un ús més intensiu del model coercitiu, assumeix en bona mesura l'èxit o el fracàs de l'empresa, és a dir, la responsabilitat l'assumeixen les institucions (al cap i a la fi, són les encarregades d'aplicar les sancions corresponents en el cas d'incompliment). Aquesta aproximació tendeix a anar acompanyada d'una visió paternalista de la societat. Se sol amagar informació rellevant o se'n dona d'esbiaixada, la qual cosa, de retruc, origina desconfiança en la ciutadania. Aquesta desconfiança genera poca implicació en els afers públics. En el cas que ens ocupa, no crea consciència en la ciutadania del paper que li toca fer per tal de contribuir al bé comú. L'únic incentiu per actuar serà evitar la sanció. La ciutadania es veurà a si mateixa simplement com a un subjecte passiu, receptor d'unes normes jurídiques que li són alienes. Això, al seu torn, reforça la idea en els poders públics que la ciutadania no és de fiar i que, consegüentment, el mecanisme idoni ha de continuar essent el coercitiu. I la roda continuarà girant en el mateix sentit.

Tot i que, com diem, no és fàcil fer que la roda giri en un sentit divers, perquè al cap i a la fi es necessita un profund canvi cultural, sí que és possible prendre mesures que ajudin a trencar alguns d'aquests engranatges. Per començar, sempre que sigui possible cal deixar un ampli espai a les recomanacions acompanyades de transmissió d'informació de qualitat. Aquí cobra una importància cabdal el deure de transparència de l'administració pública. Només oferint informació de qualitat hom pot esperar generar confiança en la ciutadania. Si es genera aquesta confiança, és més probable que la ciutadania s'impliqui en els afers públics i sigui conscient del paper actiu que se n'espera per tal de contribuir al bé comú. Això, al seu torn, reforça la idea en els poders públics que es pot confiar en la ciutadania, tot i que es reservin el paper de supervisors i coordinadors de les accions generals que cal dur a terme.

Podem concloure, doncs, que enfront de la temptació d'una gestió de la crisi sanitària competitiva, tecnocràtica, autoritària, centralitzada i paternalista, una democràcia de qualitat demana dels poders públics una gestió cooperativa, controlada democràticament, només amb limitacions proporcionades dels drets, descentralitzada i que fomenti la consolidació d'una ciutadania responsable.

## **Instrumentos legales per proteger la poblaci3n en casos de crisis sanitarias**

### **2.1. Les possibilitats legals**

L'ordenament jur3dic cont3 un bon nombre de normes per fer front a crisis sanitarias, especialment en episodis epidemiol3gics. Destaquen per especialitzaci3n les següents: la Llei orgànica 4/1981, de l'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge (només pel que fa a la declaraci3n d'estat d'alarma, articles 4 a 12); la Llei orgànica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública (article 3); la Llei 14/1986, del 25 d'abril, general de sanitat (article 26), i la Llei 33/2011, del 4 d'octubre, general de salut pública (articles 27.3, 52.3, 54).

Aquestes quatre lleis obren la possibilitat d'encarar una crisi sanitària des de dues perspectives diferents: una, des de l'excepcionalitat que representa la declaraci3n de l'estat d'alarma. Com és sabut, aquesta és la via que, en un inici, trià l'Estat central per gestionar la situaci3n de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, amb l'aprovaci3n del Reial decret 463/2020, del 14 de març, i que continuà triant després, amb matisos, quan cursà la segona declaraci3n d'estat d'alarma, pel Reial decret 926/2020, del 25 d'octubre. El primer d'aquests reials decrets ha estat declarat inconstitucional parcialment per la sentència del Tribunal Constitucional 148/2021 del 14 de juliol (quant a les limitacions relatives a la llibertat de circulaci3n previstes en l'article 7, en entendre que suspènien el dret i que amb l'instrument de l'estat d'alarma només es podia «restringir»). El segon continua pendent de sentència.

Al marge de l'estupefacci3n que ha generat en la comunitat jurídica aquesta sentència, en confondre categories constitucionals bàsiques (suspensi3n *versus* restricci3n de drets; estat d'alarma *versus* estat d'excepci3n), com bé es posa de manifest en els vots particulars que l'acompanyen, el cert és que hi havia aleshores i ara una altra opci3n possible que passava per emprar el bloc de les altres tres lleis específiques en matèria de salut pública. Però una via i l'altra responen a concepcions diferents de l'organitzaci3n territorial de l'Estat i possibiliten, en conseqüència, gestionar la crisi sanitària per autoritats governatives diferents.

### **2.2. Control de pandèmies mitjançant la declaraci3n de l'estat d'alarma**

Les «crisis sanitarias, com ara epidèmies i situaci3ns de contaminaci3n greus» són un dels supòsits en els quals el govern central pot declarar l'estat d'alarma (article 4, lletra b, de la Llei orgànica 4/1981).

La declaraci3n es fa mitjançant un decret aprovat pel Consell de Ministres en el qual s'ha d'establir l'àmbit territorial, la durada (que no pot excedir quinze dies) i els efectes. Tota pròrroga de la declaraci3n inicial necessita l'autoritzi3n expressa del Congrés dels Diputats.

D'aquesta declaració convé destacar dues qüestions: d'una banda, la de l'autoritat competent i les facultats que això li confereix, i de l'altra, quines poden ésser les mesures a adoptar i quins els efectes de tal declaració sobre els drets i llibertats de la ciutadania.

### 2.2.1. L'autoritat competent

D'acord amb la Llei orgànica que regula l'estat d'alarma, l'autoritat competent és el govern de l'Estat o, per delegació d'aquest, el president de la comunitat autònoma quan la declaració afecti tot el territori o una part del territori d'una comunitat. I l'autoritat competent és qui pot emetre ordres directes a totes les autoritats civils de l'administració pública del territori afectat per la declaració, als integrants dels cossos de policia autonòmics i locals i a altres funcionaris i treballadors al servei de les administracions autonòmica i local. Això, però, en la mesura «que sigui necessari» per a la protecció de persones, béns i llocs (article 9.1).

Per tant, en una declaració d'estat d'alarma que ha afectat tot el territori de l'Estat, com l'operada pel Reial decret 463/2020, l'autoritat competent podia ésser la del govern central, el qual assumia la possibilitat d'impartir ordres directes a autoritats civils, funcionaris i policies, fossin estatals, autonòmics o locals, sempre que aquestes «ordres fossin necessàries» per a la protecció de persones, béns o llocs.

I tot entenent que sí que eren necessàries, però «sense justificar el per què», el Reial decret delegà en quatre ministres (de Sanitat, de Defensa, de Transport i d'Interior) la possibilitat de dictar *«las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley orgánica 4/1981»*.

Aquest és un punt força discutible de la primera declaració d'estat d'alarma efectuada pel Reial decret 463/2020, perquè trenca el sistema de repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes (en els àmbits de sanitat, transport i interior, en què les comunitats tenen importants competències) sense justificar-ne els motius com la norma li exigeix, amb possibles repercussions en la protecció de persones, béns i llocs en termes d'eficiència i d'eficàcia.

En efecte, prenguem com a exemple l'àmbit de la sanitat com a competència cardinal en una crisi sanitària. El sistema de repartiment competencial en matèria de sanitat establert per la Constitució i els estatus d'autonomia opera de la manera següent: correspon a l'Estat la sanitat exterior i les bases i la coordinació general de la sanitat, i a les comunitats autònomes, la legislació de desenvolupament, la reglamentació i la prestació directa del servei (article 149.1.16 CE).

Sensible a això, és a dir, al fet que són les comunitats autònomes les que mantenen una relació directa de fa més de quaranta anys amb la ciutadania en la prestació dels serveis sanitaris, la legislació estatal en matèria de salut pública apel·la als principis de proporcionalitat, de col·laboració i coordinació interadministrativa i gestió conjunta en les actuacions de protecció de la salut, en la mesura que són els que poden garantir millor «la màxima eficàcia i eficiència» (article 27.3 de la Llei 33/2011).

Essent, doncs, com és, que la mateixa legislació sectorial estatal crida a una coordinació entre totes les administracions per tal de garantir una màxima eficàcia i eficiència en

l'àmbit de la sanitat, per què en situació de crisi, quan aquesta gestió conjunta hauria hagut d'intensificar-se, el Reial decret 463/2020 atribuï al govern central un comandament únic que descavalcava les comunitats autònomes de la gestió i de la presa de decisions? Per què es recorregué a un text obsolet, elaborat en un moment en què l'Estat autonòmic tot just es començava a desplegar i la inèrcia del centralisme desconeixia l'abast real de la descentralització política que havien operat la Constitució i els estatuts d'autonomia?

Per tant, i recapitulant: si l'opció a seguir era la de la declaració de l'estat d'alarma, hauria calgut justificar en termes d'eficiència i d'eficàcia la necessitat d'un comandament únic en cadascun dels àmbits afectats en què fossin presents competències autonòmiques. Però, precisament, l'àmbit sanitari és un dels àmbits en què resulta injustificable tal comandament únic, almenys en termes generals, ja que és el mateix sistema el que reclama la col·laboració i la coordinació interadministratives, que en un moment de crisi s'haurien hagut d'intensificar. No havia d'haver estat l'Estat, el poder menys capaç sobre el terreny, el que prengué les decisions en solitari i portés de manera directa la gestió del servei; a ell només li corresponia coordinar-lo, en els termes que després es dirà.

Les greus mancances d'experiència sobre el terreny del Ministeri de Sanitat foren, possiblement, les que, a la vista dels resultats, van fer rectificar el marc general en la segona declaració d'estat d'alarma. I el Reial decret 926/2020, del 25 d'octubre, tot i declarar per segona vegada l'estat d'alarma, rectifica i apel·la a la «cogovernança» *«para afrontar la gravedad de la situación con las máximas garantías constitucionales»*. Cogovernança que suposa, ara sí, declarar autoritats competents delegades als presidents autonòmics i deixar a les comunitats autònomes marges d'aplicació del marc general en funció de cada situació particular. És molt discutible, en aquesta situació, que de nou fos necessària la declaració de l'estat d'alarma perquè des de les normes sanitàries es podia arribar als mateixos resultats. I encara més discutible, des d'una perspectiva constitucional, és que la pròrroga de l'estat d'alarma s'allargués a sis mesos (pel Reial decret 956/2020, del 3 de novembre) quan de la Constitució (article 116.2) pot deduir-se sense esforç que les pròrrogues ho són de quinze en quinze dies, atesa l'excepcionalitat de la situació, i la necessitat que el Govern reti comptes al Congrés de manera periòdica. Sigui com sigui, aquesta rectificació en la segona declaració de l'estat d'alarma evidencia el greu error que suposa la primera, en la qual s'excloïa les comunitats autònomes de la gestió.

### **2.2.2. *Mesures a adoptar i afectació de drets i llibertats de la ciutadania***

La declaració de l'estat d'alarma, per qualsevol de les causes previstes, no comporta la suspensió de drets, a diferència dels estats de setge i d'excepció, per als quals la Constitució preveu de manera expressa aquesta possibilitat. La no suspensió, però, no exclou una possible afectació directa o col·lateral de drets i llibertats que pugui limitar temporalment i parcialment el seu exercici.

Tals afectacions poden provenir de l'adopció d'alguna o de totes de les mesures previstes en la Llei orgànica 4/1981: limitar la circulació o permanència de persones o vehicles en hores i llocs determinats, o condicionar-les a l'acompliment de certs requisits; requisar temporalment tot tipus de béns; imposar prestacions personals obligatòries; intervenir i ocupar transitòriament indústries, fàbriques, tallers, explotacions o locals de qualsevol naturalesa, amb excepció de domicilis privats; limitar o racionar l'ús de serveis i el consum d'articles de primera necessitat, i impartir les

ordres necessàries per tal d'assegurar el proveïment dels mercats i el funcionament dels serveis dels centres de producció de productes de primera necessitat (article 11).

A més, la Llei orgànica precisa que, en cas de crisi sanitària, les mesures anteriors es poden completar amb altres d'específiques del sector sanitari (article 12.1). I aquí cal destacar dues previsions: d'una banda, la de la Llei orgànica 3/1986, que, amb la finalitat concreta de controlar malalties transmissibles, afegeix com a mesura «el control dels malalts, de les persones que estiguin o hagin estat en contacte amb ells i el medi ambient immediat». El precepte es tanca amb una clàusula molt oberta, segons la qual també es poden prendre les mesures «que es considerin necessàries en cas de risc de caràcter transmissible» (article 3).

D'altra banda, la Llei 33/2011 estableix que l'Estat i les comunitats autònomes, amb caràcter excepcional i quan així ho requereixin motius d'extraordinària gravetat o urgència, poden preveure les mesures següents (la majoria recorden les que es poden adoptar en l'estat d'alarma): la immobilització i, si escau, el comís de productes i substàncies; la intervenció de mitjans materials o personals; el tancament preventiu d'instal·lacions, establiments, serveis i indústries; la suspensió de l'exercici d'activitats; la determinació de condicions prèvies en qualsevol fase de la fabricació o comercialització de productes i substàncies, així com del funcionament de les instal·lacions, establiments, serveis i indústries amb la finalitat de corregir les deficiències detectades, i tanca de nou la llista una clàusula oberta: qualsevol altra mesura ajustada a la legalitat vigent si hi ha indicis racionals de risc per a la salut (article 54.2).

Aquest és el marc legal en el qual es podien moure el Reial decret 463/2020 (primera declaració) i el Reial decret 926/2020 (segona declaració) quant a mesures a adoptar. I, de fet, han incorporat mesures previstes en la Llei orgànica d'estat d'alarma però també les específiques de l'àmbit sanitari.

I aquestes mesures han afectat una llarga llista de drets i llibertats —llibertat de circulació (afectació que la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021 ha declarat inconstitucional, com s'ha dit, per entendre que la limitació concreta constituïa una suspensió del dret que no escau en l'estat d'alarma), dret de vot, dret d'informació, dret a la intimitat, dret a la integritat física, dret de reunió, dret de protecció de dades personals, llibertat d'empresa, o dret al treball— i no sempre de manera proporcionada, com es veurà en la segona part d'aquest informe.

### ***2.3. Control de pandèmies mitjançant les lleis especialitzades en l'àmbit sanitari***

Les previsions de la Llei orgànica 3/1986, de mesures especials en matèria de salut pública, de la Llei 14/1986, general de sanitat, i de la Llei 33/2011, general de salut pública, ja esmentades, són, en bloc, el camí alternatiu a la declaració d'estat d'alarma. Aquestes lleis també contenen normes específiques i mesures a decretar en casos de crisi sanitària. De fet, les mesures previstes són les mateixes que es poden adoptar en cas de declaració d'estat d'alarma, com es veurà seguidament. Però presenten un avantatge afegit: són normes especialitzades que coneixen el sector sobre el qual es projecten; i per això potencien, en termes d'eficàcia i d'eficiència, la via de la col·laboració i coordinació entre Estat i comunitats autònomes en la resolució de crisis sanitàries.

### **2.3.1. L'autoritat competent**

Les lleis específiques de l'àmbit sanitari preveuen, com s'ha avançat, que es puguin produir actuacions per motius d'extraordinària gravetat o urgència, entre els quals els ocasionats per malalties transmissibles. En relació amb aquests supòsits, les lleis sanitàries es refereixen a actuacions que han d'adoptar les «autoritats sanitàries competents». És significatiu, en aquest sentit, l'article 26 de la Llei 14/1986: «*En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes [...]*». O l'article 3 de la Llei orgànica 3/1986 quan preveu: «*[...] Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible [...]*».

I totes les lleis sanitàries subratllen, amb uns termes o altres, que les accions de protecció de la salut s'han de regir pels principis de proporcionalitat i de precaució, i que s'han de desenvolupar d'acord amb els principis de col·laboració i de coordinació interadministrativa i gestió conjunta que garanteixin la màxima eficàcia i eficiència (per exemple, en l'article 27.3 de la Llei 33/2011), com ja s'ha apuntat.

En aquest àmbit, també es recorda de manera expressa la facultat de coordinació de l'Estat respecte de les comunitats autònomes en matèria de sanitat, que es reforça amb la possibilitat de dictar mesures d'intervenció especial per raons sanitàries d'urgència o necessitat o davant de circumstàncies de caràcter extraordinari que representin un risc evident per a la salut de la població, i sempre que l'evidència científica disponible ho acrediti així (article 52.3 de la Llei 33/2011). Aquesta facultat de coordinació permet, així, a l'Estat, la fixació de mitjans i sistemes de relació per fer possible la informació recíproca, establir criteris d'homogeneïtat tècnica o determinar mètodes d'actuació obligatoris per a les comunitats autònomes. Per tant, des d'aquesta facultat de coordinació, entesa pel Tribunal Constitucional a més en termes molt amplis, ja que permet a l'Estat fixar límits efectius a l'exercici de les competències autonòmiques (Sentència del Tribunal Constitucional 32/1983, 80/1985, entre d'altres), s'hauria pogut encarar més eficaçment la crisi —com s'ha fet fora dels períodes immersos en l'estat d'alarma; i com ho han fet els estats realment descentralitzats políticament, com Alemanya, amb bons resultats.

En definitiva, del quadre normatiu sanitari es deriva, doncs, per a tot tipus de situacions —ordinàries o extraordinàries— una actuació col·laborativa entre autoritats estatals i autonòmiques, amb ple respecte a les competències d'aquestes darreres, que són també «autoritat sanitària», tot reforçant en casos de situacions de risc evident per a la població, com una pandèmia, la competència de coordinació estatal.

### **2.3.2. Mesures a adoptar i afectació de drets i llibertats de la ciutadania**

Les mesures que es poden dictar des de les normes sectorials sanitàries tampoc no podrien suspendre drets, però sí afectar-los si compleixen amb un seguit de requisits.

Les mesures concretes ja s'han citat més amunt. Es tracta, d'una banda, de les de la Llei orgànica 3/1986, que preveu «el control dels malalts, de les persones que estiguin o hagin estat en contacte amb ells i el medi ambient immediat» (article 3); i, de l'altra, de les de la Llei 33/2011, que atribueix a l'Estat i a les comunitats autònomes la facultat de

dictar un seguit de mesures ja esmentades, amb caràcter excepcional i quan així ho requereixin motius d'extraordinària gravetat o urgència (article 54.2).

Aquestes darreres mesures són pràcticament les mateixes que les que es poden dictar en casos de declaració d'estat d'alarma. I aquelles que no estan esmentades directament en les lleis sectorials sanitàries, com ara «limitar la circulació o permanència de persones o vehicles en hores i llocs determinats, o condicionar-les a l'acompliment de certs requisits» (article 11 de la Llei orgànica 4/1981), podrien derivar de les clàusules obertes que presenten algunes de les lleis esmentades: l'article 3 de la Llei orgànica 3/1986 (mesures que es considerin necessàries en cas de risc de caràcter transmissible); i l'article 54.2 de la Llei 33/2011 (qualsevol altra mesura ajustada a la legalitat vigent si hi ha indicis racionals de risc per a la salut). Amb el benentès, en aquest darrer cas, que si la mesura que es considera urgent i necessària per a la salut pública implica privació o restricció de la llibertat o d'un altre dret fonamental —per exemple, del dret de circulació o del dret de protecció de dades personals— requereix l'autorització o ratificació judicial (article 10.8 de la Llei 29/1998, del 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, en la versió introduïda per la Llei 3/2020).

La llista de drets i llibertats que poden afectar aquestes mesures és la mateixa que podrien afectar les decretades per l'estat d'alarma. Per tant, com aquelles, hauran d'ésser examinades des de la perspectiva del principi de proporcionalitat. I regeix també per a elles la garantia de no perdurabilitat: «*La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó*» (article 26.2 de la Llei 14/1986).

I un darrer apunt: totes aquestes mesures les poden adoptar també les comunitats autònomes sense que es requereixi la declaració de l'estat d'alarma, perquè són suficients les normes sanitàries esmentades. Amplis sectors doctrinals ja ho van dir des d'un inici. Però l'Estat central, volent controlar en exclusiva la crisi, sostingué que era necessària la declaració de l'alarma per poder limitar drets. I en comptes de respectar les normes que haurien permès una actuació més eficient comptant amb les comunitats autònomes com a principals autoritats sanitàries, trià el quadre normatiu més obsolet i ineficient.

La discussió la tancà el Tribunal Suprem, que, per la Sentència 788/2021, del 3 de juny, establí que, en temps de pandèmia, no era necessària la declaració de l'estat d'alarma per limitar drets fonamentals, i que les comunitats autònomes, com a autoritats sanitàries, poden limitar drets respectant el principi de proporcionalitat i en els termes establerts per l'esmentat article 10.8 de la Llei 29/1998. I això perquè considera fonament suficient la cobertura de l'esmentat article 3 de la Llei orgànica 3/1986, especialment si s'interpreta en connexió amb les Lleis 14/1986 i 33/2011, també esmentades.

#### **2.4. Recapitulació**

Els instruments dels quals disposa la legislació espanyola per afrontar crisis sanitàries, com la desfermada per una pandèmia, són, fonamentalment, dos: la declaració de l'estat d'alarma i les normes sectorials sanitàries. Ambdues vies responen a concepcions diferents de l'organització territorial de l'Estat i possibiliten, en conseqüència, gestionar la crisi sanitària per autoritats governatives i principis d'actuació diferents.

La Llei orgànica 4/1981, que regula l'estat d'alarma, confia en una autoritat central única —si l'alarma es declara per a tot el territori estatal i en la mesura «que sigui necessari» per a la protecció de persones, béns i llocs— la gestió d'una pandèmia, autoritat que absorbeix temporalment competències de les comunitats autònomes (per exemple, de sanitat, transports o interior). Aquesta gestió única, però, respon a l'obsolescència de la llei orgànica que es gestà quan l'estat autonòmic just es començava a desplegar i la inèrcia del centralisme desconeixia l'abast real de la descentralització política que havien operat la Constitució i els estatuts d'autonomia.

Per contra, les normes sectorials sanitàries es dicten ja operada la descentralització política inicial. Apel·len als principis de proporcionalitat, de col·laboració i coordinació interadministrativa i de gestió conjunta entre l'Estat i les comunitats autònomes en les actuacions de protecció de la salut, tot entenent que aquests principis són els que poden garantir millor la màxima eficàcia i eficiència en la prestació del servei. Estableixen, així, per a tot tipus de situacions —ordinàries o extraordinàries— una actuació col·laborativa entre autoritats estatals i autonòmiques, amb ple respecte a les competències d'aquestes darreres, tot reforçant en casos de situacions de risc evident per a la població, com una pandèmia, la competència de coordinació estatal.

Encara que l'opció triada sigui la de la declaració de l'estat d'alarma, també cal justificar en termes d'eficiència i d'eficàcia la necessitat d'un comandament únic en cadascun dels àmbits afectats en què hi hagués presents competències autonòmiques. L'opció per l'estat d'alarma no dona a l'Estat central un xec en blanc quant a l'assumpció de competències perquè, d'acord amb l'article 9 de la Llei orgànica 4/1981, cal que justifiqui la necessitat, des de la perspectiva de la protecció de persones i béns, de l'emissió directa d'ordres a les comunitats autònomes, en principi les competents en molts dels àmbits que quedaran afectats. Ni el Reial decret 463/2020, del 14 de març, de declaració de l'estat d'alarma per la COVID-19, ni les successives pròrrogues justificaren mai la dita necessitat, i es posà en relleu un ús polític més que tècnic d'aquest instrument.

La declaració de l'estat d'alarma o les lleis sectorials sanitàries no habiliten en cap cas els poders públics per a la suspensió de drets de la ciutadania: la dita suspensió només podria ancorar-se en la Constitució, i no és el cas. La no possibilitat de suspensió, però, no exclou una possible afectació directa o col·lateral de drets i llibertats que pugui limitar-ne temporalment i parcialment l'exercici, sempre que aquesta limitació superi el test de la proporcionalitat. Les mesures restrictives que es poden adoptar tant mitjançant la declaració de l'estat d'alarma com mitjançant les lleis sanitàries sectorials són gairebé les mateixes. I les poden adoptar tant l'Estat com les comunitats autònomes. No és necessari, a més, que estigui declarat l'estat d'alarma, per poder restringir drets.

En aquesta línia, malgrat que el Tribunal Suprem hagi entès que les normes sanitàries donen una cobertura suficient a l'Estat i a les comunitats autònomes per restringir drets, el cert és que a la possibilitat de limitació de drets s'hi arriba des de clàusules legals excessivament obertes (per exemple, «qualsevol altra mesura ajustada a la legalitat vigent si hi ha indicis racionals de risc per a la salut») que per això requereixen una autorització o ratificació judicial.

Però per tal de no deixar en mans dels jutges allò que correspon fer al legislador, convindria que aquest darrer, sigui l'estatal o l'autonòmic, cadascun en el propi àmbit competencial, precisi quins drets poden resultar afectats en cas de crisis sanitàries i quins serien els topalls a les limitacions que se'ls puguin oposar. En aquest camí s'ha promulgat a Catalunya el Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, de modificació de la Llei

18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, i d'adopció de mesures urgents per fer front al risc de brots de la COVID-19. Seria desitjable, però, que fos una llei aprovada pel Parlament la que, en una reflexió més pausada un cop superada la pandèmia, desplegués una regulació completa per anar tancant les clàusules legals obertes o, fins i tot, «en blanc» de limitació de drets que segueixen existint en aquest àmbit.

## 3

### La garantia i el control de la proporcionalitat

#### 3.1. *Valorar la legitimitat de la limitació de drets*

Existeix avui un consens pràcticament general entorn de la idea que els drets de les persones, reconeguts en els textos constitucionals dels estats i en diversos instruments internacionals, no són absoluts o il·limitats —llevat d'alguns casos, com el dret a la vida, la prohibició de la tortura i dels tractes inhumans o degradants, la prohibició de l'esclavatge i la servitud o també la llibertat de pensament—, sinó que es poden sotmetre a certes limitacions o restriccions, amb la finalitat de protegir altres drets o alguns interessos públics que es presenten com a exigències imperatives, com a béns jurídics que s'han de tutelar. La qüestió essencial rau, doncs, no tant a excloure la possibilitat d'una restricció o limitació de drets, sinó sobretot a determinar en quins casos i amb quines condicions és legítim limitar-los, en el sentit de resultar conforme a aquestes normes superiors que són la Constitució i els tractats i altres instruments internacionals.

Aquesta qüestió, no obstant això, presenta també altres problemes, que poden fer que la restricció dels drets no se situï en el terreny de la limitació, sinó de la suspensió, amb la qual cosa s'estaria produint un salt qualitatiu que obliga a utilitzar altres paràmetres de legitimitat. La distinció entre limitació i suspensió, com mostra la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, del 14 de juliol, que va declarar parcialment inconstitucional el Reial decret 463/2020, del 14 de març, pel qual es va declarar el primer estat d'alarma davant la pandèmia de la COVID-19, és una qüestió espinosa, que presenta zones grises que moltes vegades no es poden delimitar de manera nítida, amb precisió i seguretat, i que estan subjectes a un ampli marge d'interpretació. Encara que, en general, es pugui entendre que la limitació d'un dret és una restricció del seu exercici, mentre que la suspensió suposa la seva derogació temporal, o almenys, la supressió de les seves garanties durant un temps i en relació amb un cercle de persones determinat, a vegades pot ésser difícil destriar clarament els dos supòsits, ja que la intensitat d'una limitació pot produir efectes molt propers al d'una supressió temporal del dret. Aquest és un debat obert als països que compten amb previsions constitucionals específiques sobre la possibilitat de suspendre drets fonamentals i llibertats públiques, i que s'ha suscitat a Espanya en ocasió de l'aprovació de l'estat d'alarma (que no permet suspendre drets, però sí limitar-ne l'exercici), amb la presentació de recursos davant el Tribunal Constitucional, que ha optat, almenys en la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, amb una doctrina molt discutible i que difícilment resulta sostenible per al futur, per un criteri essencialment quantitatiu, que carrega el pes en la intensitat de la limitació i que conclou, de manera sorprenent, que la declaració d'un estat d'excepció que suspèn els drets de les persones ofereix més garanties que no pas l'aplicació d'una legislació que només els limita.

Si ens situem en el terreny de la limitació de drets i no pas en el de la seva suspensió, que és el que en general ha succeït durant els diversos estats d'alarma, cal dir que, en

general, existeix també un ampli consens a establir que els criteris que s'han d'emprar per valorar-ne la legitimitat —en el sentit indicat— són bàsicament dos: d'una banda, la seva previsió legal, que es refereix tant a l'instrument jurídic que ha de contenir la limitació com també a la manera en què s'hi preveu; i, d'una altra, el principi de proporcionalitat, que es projecta sobre el contingut de les limitacions o restriccions de drets que s'han establert.

Sobre la primera exigència s'ha pronunciat a bastament el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), que ha establert una doctrina general (sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans cas X i Y, del 26 de març de 1985; cas Leander, del 26 de març de 1987; cas Gaskin, del 7 de juliol de 1989; cas Z, del 25 de febrer de 1997, entre d'altres) recollida també pel Tribunal Constitucional espanyol (TC) (sentències del TC 70/2009, del 23 de març; 159/2009, del 29 de juny; 190/2013, del 18 de novembre i moltes més), que es poden sintetitzar en els extrems següents: en primer lloc, cal que les limitacions de drets estiguin previstes en un instrument de rang legal, que les estableixi o que, almenys, les habiliti. Aquest no és només un requisit merament formal, que reclami per a aquestes decisions el màxim rang jurídic, sinó que té un significat molt més profund, en dos sentits diferents: d'una banda, que les mesures que suposin una restricció de drets i llibertats fonamentals siguin decidides pels òrgans legislatius, això és, per les instàncies de representació popular i a través d'un procés deliberatiu, públic i obert, en què s'hagin pogut contrastar les diverses posicions polítiques i s'hagi pogut seguir per l'opinió pública. Això suposa que aquest tipus de decisions no les poden prendre autònomament ni el govern, ni tampoc els tribunals, que actuen i decideixen d'una manera substancialment diferent a com ho fa el Parlament.

En segon lloc, no n'hi ha prou només que les limitacions es continguin en una llei, sinó que, d'acord amb el sentit que té la reserva de llei, suposa que a aquest tipus de decisions se'ls imposin certes condicions materials o substantives, que afecten el seu contingut. Així, d'entrada, la llei ha de respectar el contingut essencial dels drets fonamentals. Admetre el contrari seria tant com dir que la llei pot alterar el contingut bàsic dels drets garantits per la Constitució i pel Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH), la qual cosa és totalment inacceptable. Determinar aquest contingut essencial no és fàcil i establir-ne el contorn concret pot ésser objecte de discussió. Però és clar que els drets tenen un contingut irreductible, encara que a vegades sigui difícil precisar-lo, i que sense aquest contingut essencial deixen d'ésser reconeixibles. El contingut essencial opera, així, com un límit a les possibilitats de limitar o restringir els drets. I, d'altra banda, a la llei se li exigeix també una determinada qualitat, que s'expressa en termes de taxativitat: la llei ha de tenir un grau de concreció i claredat suficients perquè els ciutadans puguin preveure les conseqüències de les seves conductes. La llei ha d'ésser accessible, clara i predictable, i ha de proporcionar certesa i seguretat. Això és especialment important no solament per motius de seguretat jurídica de les persones, sinó també per evitar que aquestes decisions acabin corresponent essencialment al govern i als tribunals, que és precisament el que intenta evitar l'exigència de llei.

I en tercer lloc, les limitacions de drets han d'ésser necessàries, en una societat democràtica, per aconseguir determinades finalitats que constitueixen necessitats socials imperioses. Aquesta darrera condició ens porta ja al control de proporcionalitat de les limitacions de drets, que s'examina a continuació, però cal observar que, abans, com a pas previ, cal determinar la finalitat de la mesura restrictiva i valorar-ne la legitimitat. Perquè, en efecte, el control de proporcionalitat opera a partir de l'establiment de la finalitat que persegueix la limitació del dret i de la seva consideració com a legítima, ja que, en cas contrari, la mesura restrictiva ja es podria considerar il·legítima, per ésser

arbitrària o per no perseguir un objectiu que resulti digne de protecció jurídica. La Constitució espanyola no conté, amb caràcter general, una relació específica de finalitats que pugin justificar una limitació de drets, i, per tant, aquesta limitació, quan correspongui, s'haurà d'intentar subsumir en la protecció d'altres drets, de valors i de principis, o, en general, de béns jurídics dignes de tutela jurídica, la qual cosa comporta un grau d'incertesa considerable. En canvi, el CEDH conté, per a cada dret que reconeix, una llista taxada de les necessitats imperatives que en una societat democràtica poden justificar la seva limitació, de tal manera que la llei que l'estableixi haurà de perseguir algun d'aquests objectius o finalitats previstos explícitament. Als efectes que ara ens interessa, hem d'assenyalar que la protecció de la salut figura com a possible finalitat legítima que pot justificar limitacions del dret de reunió (article 11 del CEDH) i de la llibertat de circulació (article 2 del Protocol n. 4 del CEDH), que són dos dels drets fonamentals més afectats per les mesures antipandèmia. Igualment, un dels altres grans instruments internacionals en matèria de drets fonamentals i llibertats públiques, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP), fet a Nova York el 1966, estableix també que la protecció de la salut pot constituir una causa de justificació de restriccions de l'exercici dels drets de lliure circulació (article 12) i de reunió (article 21). Però cal remarcar que s'ha d'identificar una finalitat concreta i específica, i que no és suficient intentar emparar aquestes mesures en finalitats massa genèriques o abstractes o en finalitats últimes, connectades de manera indirecta o molt mediatament amb la mesura concreta que es tracti, quan aquesta respon a finalitats més específiques. En el cas d'una emergència sanitària, per exemple, no seria suficient justificar totes les mesures preses amb la finalitat de salvar la vida de les persones o protegir la seva salut, en general. Aquesta és, sens dubte, la finalitat última que persegueixen totes, però és molt probable que moltes de les mesures que s'adoptin tinguin fins més específics (protegir determinades persones de risc, o evitar certes circumstàncies adverses, o assegurar la capacitat assistencial, entre molts d'altres) i aquests són —ponderats també per la finalitat última que els anima— els que s'han de prendre en consideració a l'hora de dur a terme el control de proporcionalitat.

### **3.2. *El test de proporcionalitat***

Una vegada s'ha determinat la finalitat que persegueix una restricció de drets, i aquesta finalitat s'ha considerat legítima, la restricció o limitació del dret en qüestió ha de passar per un test de proporcionalitat, per valorar-ne la legitimitat, sempre en el sentit que s'ha indicat abans, en termes de conformitat amb les normes superiors que reconeixen drets, la Constitució i els instruments internacionals en la matèria.

Aquest criteri de proporcionalitat, malgrat els problemes que comporta en la seva aplicació, atès el seu caràcter general i l'ampli marge interpretatiu que deixa, als quals es farà referència més endavant, està àmpliament estès i constitueix avui un mètode generalment acceptat per valorar la legitimitat de les limitacions o restriccions de drets de les persones. D'origen alemany, és utilitzat pel Tribunal Europeu de Drets Humans i per tribunals constitucionals pràcticament d'arreu del món, inclòs l'espanyol (Stone Sweet i Mathews, 2019). Constitueix, per tant, un criteri al qual s'haurien d'ajustar les mesures restrictives de drets que es prenguin, en general, pels poders públics a l'Estat espanyol, a qualsevol escala (estatal, autonòmica i local).

El seu origen i el seu ús es troben en el terreny del control judicial de les actuacions públiques, però es pot estendre, i de fet s'ha estès, també fora de l'àmbit judicial i resulta fonamental per als poders públics polítics mateixos a l'hora de decidir les

mesures que han d'adoptar i que poden restringir drets (no cal que siguin drets fonamentals i/o llibertats públiques), no només perquè els proporciona un criteri estructurat i formalitzat des del qual poder valorar l'adopció d'aquestes mesures, sinó també perquè saben que la seva actuació serà controlada des d'aquest paràmetre. Després s'hi tornarà, però l'anàlisi de la proporcionalitat és important també com a test de control intern o d'autoreflexió des del punt de vista dels drets de les persones, que els poders públics han d'utilitzar per valorar les mesures que hagin d'adoptar davant d'una situació determinada.

El principi de proporcionalitat, convertit en test de valoració, sotmet les mesures restrictives de drets a un triple examen:

- la idoneïtat de la mesura respecte de la finalitat, legítima, que persegueix,
- la necessitat de la mesura per aconseguir aquesta finalitat,
- la proporcionalitat, en sentit estricte, de la mesura.

En primer lloc, la mesura restrictiva ha d'ésser idònia per aconseguir la finalitat —legítima— que persegueix. Es tracta que la mesura concreta que s'adopta estigui funcionalment orientada, en termes racionals, a assolir aquest fi, o que hi hagi una relació d'adequació entre la finalitat i els mitjans aprovats per assolir-la. En cas contrari, es tractaria d'una mesura no idònia, i, per tant, il·legítima, perquè no superaria aquest primer estadi de l'examen de proporcionalitat i resultaria arbitrària.

En segon lloc, la mesura restrictiva ha d'ésser necessària, en una societat democràtica, per assolir la finalitat legítima que persegueix. L'examen de necessitat pot resultar més complicat, perquè valora la possibilitat d'adoptar mesures menys restrictives que puguin aconseguir igualment la mateixa finalitat. Aquest examen suposa que s'han de considerar altres mitjans per assolir el mateix fi, i que s'ha de valorar l'efecte que puguin tenir respecte dels drets i llibertats de les persones, i caldrà optar per aquell mitjà o mesura que impliqui una restricció menor o que tingui menys impacte.

És important assenyalar que el CEDH especifica, quan tracta les limitacions legítimes dels drets, que han d'ésser limitacions necessàries «en una societat democràtica». El CEDH introdueix, així, una condició essencial per valorar la necessitat que coincideix substancialment amb el que s'ha dit: els mitjans emprats per fer front a una situació determinada han d'ésser els que suposin una restricció menor de drets i llibertats de les persones, i no qualsevol mitjà que es pugui entendre com a «necessari» en abstracte, sense consideració a la seva qualitat democràtica.

Quan aquest control el porten a terme els tribunals pot resultar molt problemàtic, perquè comporta una forta càrrega valorativa d'oportunitat —l'elecció entre diversos mitjans disponibles— i perquè normalment requereix un tipus de coneixement i una expertesa que no és pròpia dels tribunals. Els òrgans judicials no poden substituir les decisions polítiques del Parlament o del govern amb els seus propis criteris d'oportunitat. Però, tanmateix, han de poder valorar la *necessitat* de les mesures restrictives de drets, en els termes indicats, quan apliquen un control de proporcionalitat. Més endavant es tornarà sobre aquesta qüestió i la manera en què es poden evitar, o almenys minimitzar, els riscos que això comporta.

I, finalment, cal valorar la proporcionalitat, en sentit estricte, de la mesura restrictiva. Aquesta anàlisi consisteix en una ponderació entre els beneficis que aporta la mesura i la càrrega o la restricció que suposa. Com passa també en l'anàlisi de la necessitat, implica una forta càrrega valorativa, en la qual s'ha de considerar —dit en general— si

val la pena pagar els costos de la restricció imposada, atesos els efectes que provoca, a la vista dels beneficis que s'obtenen. Es tracta d'una ponderació entre els interessos i els béns en joc, per determinar en el fons a quin es dona preferència en el cas concret. Juntament amb la necessitat, i potser més encara, es tracta de la part més complexa i més susceptible de discrepància i polèmica en l'aplicació del control de proporcionalitat, perquè juga amb l'apreciació dels valors i els interessos en conflicte. Per això, tampoc els tribunals són les instàncies idònies per dur a terme aquesta ponderació, utilitzant els criteris valoratius que considerin més adients. Es tracta d'una valoració de caràcter essencialment polític, que correspon fer al legislador o al govern, i que els tribunals no poden substituir per criteri propi. Controlar la ponderació realitzada pel legislador i pel govern —qüestió inevitable si es produeix un control jurídic de la proporcionalitat— no pot suposar una substitució del criteri dels òrgans polítics pel dels tribunals.

### ***3.3. L'aplicació del principi de proporcionalitat: institucions decisòries i revisió judicial***

La valoració de la proporcionalitat de les mesures restrictives de drets és necessària per evitar que s'adoptin mesures sense justificació adequada, no idònies o no necessàries per fer front a les situacions produïdes, i que suposin uns sacrificis, càrregues o ingerències desproporcionades en els drets. En aquest sentit, és clar que l'exigència de proporcionalitat es dirigeix, en primer lloc i de manera principal, als poders polítics que poden decidir la limitació o restricció de drets, per assegurar la protecció d'altres drets, valors o, en general, béns jurídics que han d'ésser tutelats per exigències socials imperatives. Però el principi de proporcionalitat va sorgir, i s'ha estat aplicant sobretot, en l'àmbit judicial, com a paràmetre interpretatiu utilitzat pels tribunals (ordinaris i de caràcter constitucional) en la seva funció de controlar l'activitat dels poders públics. I, malgrat els problemes, els dubtes i la crítica al seu ús, sembla clar que constitueix un tipus d'examen que estructura i racionalitza l'argumentació, i proporciona així un grau de formalització i de predicibilitat i, per tant, de seguretat, que no tenen altres mètodes d'interpretació jurídica. Això no pot ocultar, però, que aquest control presenta alguns problemes i riscos, en dues direccions: d'una banda, el gran marge d'apreciació que existeix per realitzar les valoracions que implica, ja que utilitza conceptes oberts i amb un alt grau d'indeterminació; i d'una altra, aquest control demana, o almenys afavoreix, una intervenció judicial activa, una revisió per part dels òrgans judicials dels continguts de les mesures polítiques del Parlament i del govern que pot ésser molt intensa i pot esdevenir activista. En l'exercici d'aquest control és present un risc elevat d'ingerència del poder judicial en les decisions polítiques que pot arribar a suposar que els jutges realitzin pel seu compte una valoració de la idoneïtat, la necessitat i la proporcionalitat estricta, i que substitueixin els poders polítics amb els seus propis criteris, en lloc d'exercir un control formal i extern: cal que revisin l'existència d'una justificació suficient, i que aquesta sigui plausible o raonable. Aquest és un risc que s'ha constatat arreu on s'aplica aquest control.

En relació amb les mesures restrictives de drets adoptades per fer front a la pandèmia de la COVID-19, aquest risc ha estat molt present, propiciat de manera especial pel fet que en un primer moment es va entendre, i després es va explicitar en la llei, que les mesures generals aprovades pels governs que afectessin drets fonamentals havien de sotmetre's a l'autorització prèvia (o ratificació) dels òrgans judicials. En efecte, la previsió inicial de l'article 8.6 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de

1998 (en el sentit que calia «l'autorització o ratificació judicial de les mesures que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública i impliquin privació o restricció de la llibertat o d'algun altre dret fonamental») es va interpretar que s'aplicava no només a les persones considerades individualment (en casos, per exemple, d'aïllaments o d'internaments forçosos, la qual cosa tenia molt de sentit atesa la ubicació sistemàtica d'aquesta competència judicial a la Llei 29/1998, del 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA) i la seva atribució als jutjats contenciosos, de caràcter unipersonal) sinó també a les mesures decretades amb caràcter general (com ara els confinaments perimetrals). Aquesta interpretació va ésser positivitzada després amb una reforma de la LJCA (Llei 3/2020, del 18 de setembre), que va atribuir aquesta competència als jutjats contenciosos (per actes individualitzats), als tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes (per actes generals d'autoritats locals i autonòmiques), a l'Audiència Nacional (per actes generals d'autoritats estatals) i al Tribunal Suprem (recurs de cassació contra sentències dictades en aquesta matèria pels tribunals superiors de justícia i l'Audiència Nacional, introduït, amb polèmica, pel Reial decret llei 8/2021, del 4 de maig, article 15). Durant la vigència dels estats d'alarma (Reial decret 463/2020, del 14 de març i successives pròrrogues, amb una vigència fins al 21 de juny de 2020; i Reial decret 926/2020, del 25 d'octubre, amb una pròrroga fins al 9 de maig de 2021), es va entendre que les mesures de limitació de drets tenien la cobertura jurídica d'aquest estat excepcional (o així almenys es va actuar, a l'espera de la decisió del TC sobre els recursos presentats), però quan van deixar d'estar vigents (en el període entre el 21 de juny i el 25 d'octubre de 2020, i a partir del 9 de maig de 2021), l'adopció d'aquest tipus de mesures per les autoritats de les comunitats autònomes s'ha vist sotmesa a aquest control preventiu dels tribunals (a banda, és clar, del control posterior que es pot produir a conseqüència de recursos interposats contra les mesures adoptades, que permet una revisió judicial que pot anul·lar-les), que l'han exercit d'una manera diversa i heterogènia, i han donat lloc a resultats molt diferents.

En efecte, mentre alguns tribunals han aplicat un control extern i formal de la proporcionalitat, examinant si el govern havia justificat de manera suficient i plausible la mesura en qüestió i al·ludint expressament en alguns casos al principi de precaució (com, per exemple, les interlocutòries del Jutjat Contencios Administratiu n. 1 de Santa Cruz de Tenerife, del 4 de març de 2020; del Tribunal Superior de Justícia (TSJ) de Catalunya, del 16 d'octubre de 2020; del TSJ de les Illes Balears, del 20 de maig de 2021, entre moltes altres), altres vegades els tribunals han practicat un control molt més incisiu, i han rectificat les valoracions sobre la proporcionalitat que havien realitzat els governs, especialment quant a la necessitat de les mesures adoptades (així, per exemple, la Interlocutòria del TSJ de Catalunya del 19 de gener de 2020, que pren com a mesura cautelaríssima suspendre el decret pel qual es van ajornar les eleccions al Parlament de Catalunya i Sentència de l'1 de febrer de 2021, per la qual s'anul·la aquest decret, amb la conseqüència de mantenir les eleccions en la data que havien estat convocades inicialment; o les interlocutòries d'autorització prèvia de mesures restrictives, que deneguen, del TSJ de Canàries, del 9 de maig de 2021, o del TSJ del País Basc, del 7 de maig de 2021, entre moltes altres, també). En tots els casos, tant si es tracta d'autoritzacions prèvies com de recursos contra mesures ja adoptades (cas en el qual, per raons d'urgència, els tribunals poden decidir mesures cautelaríssimes, que permeten suspendre les actuacions administratives sense ni tan sols escoltar l'administració), els tribunals han d'exercir el seu control —previ o posterior— amb una gran celeritat, la qual cosa obligaria encara més a la prudència i a evitar substituir les valoracions

tècniques dels governs i les administracions pel seus propis criteris sobre la proporcionalitat, de manera que aquest control sigui formal i extern, com s'ha indicat.

En realitat, i a banda de casos de mala praxi i d'excessos d'intervenció que ultrapassen la funció jurisdiccional —difícilment corregibles, d'altra banda, i que poden comportar conseqüències molt greus—, la proporcionalitat aplicada per les autoritats polítiques decisòries i pels òrgans judicials en la seva funció controladora es mou en un circuit de vasos comunicants: com més justificada estigui la proporcionalitat de les mesures per part de qui les ha adoptat, menys incisiu serà el control autònom de proporcionalitat que practiquin els òrgans judicials. I a la inversa: com més feble sigui la justificació de la proporcionalitat de les mesures, més intens serà el control judicial que s'hi apliqui i hi haurà més possibilitats d'utilitzar criteris propis.

Per mantenir un equilibri adequat, en el sentit que permeti que les mesures restrictives de drets se sotmetin a un control de proporcionalitat i que al seu torn els tribunals no envaeixin el terreny propi dels poders polítics i els acabin substituïnt, cal que el control de proporcionalitat s'incorpori en el procés de decisió interna dels òrgans polítics: del Parlament, en la deliberació i l'aprovació de les lleis —que són la principal font normativa de previsió d'aquestes mesures— i també del govern, quan hagin de prendre decisions en aquest àmbit. Això suposa justificar expressament i de manera el més exhaustiva possible les mesures adoptades, en les diverses escales de decisió, des del punt de vista de la proporcionalitat, en els tres passos indicats (més, prèviament, la determinació específica de la finalitat que es persegueix i la justificació de la seva legitimitat). I suposa, també, que aquesta motivació pugui ésser revisada després pels òrgans judicials, comprovant, en primer lloc, que s'ha realitzat d'una manera suficient, i, en segon lloc, que és raonable. Es tracta, així, d'establir un control extern, que no substitueixi el que han de portar a terme els òrgans polítics legitimats per prendre aquestes decisions. Naturalment, això no evita tots els problemes i riscos, però queden minimitzats i cenyits a un àmbit que resulta més manejable.

En aquesta línia ha anat, per posar-ne un exemple destacat, la modificació de la Llei de salut pública de Catalunya, operada pel Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, que, alhora que ha previst de manera concreta i detallada les mesures que es poden adoptar en cas de pandèmia o epidèmia (articles 55 i 55 *bis* i annex 3 de la Llei), i que atorga una cobertura legal específica a les eventuais restriccions de drets que es puguin decretar en situacions d'emergència, ha introduït, també, un conjunt de previsions específiques en el procediment d'adopció de les mesures que correspongui prendre, amb la finalitat precisament de justificar, i documentar, la seva proporcionalitat. Així, es preveu, a partir d'una exigència general de proporcionalitat, l'emissió d'informes per part de l'Agència de Salut Pública de Catalunya i del Servei Català de la Salut, per acreditar la situació i justificar les mesures. A més, les resolucions que s'adoptin estan sotmeses a límits temporals, s'han d'ajustar territorialment, poden preveure mecanismes de graduació i s'han de revisar periòdicament. Tot això reforça, sens dubte, la justificació de la proporcionalitat de les mesures preses, segons els criteris que s'han explicat.

Aquesta és, també, d'altra banda, la posició que es desprèn de la Sentència 788/2021, del 3 de juny, del Tribunal Suprem, dictada en el recurs de cassació presentat pel ministeri fiscal contra una interlocutòria del TSJ de les Illes Balears que va autoritzar diverses mesures del govern de les Illes, com la queda nocturna i la limitació de reunions familiars, una vegada finalitzat l'estat d'alarma, i d'acord amb la Llei orgànica 3/1986, de mesures especials en matèria de salut pública. El Tribunal Suprem (TS) accepta la cobertura legal d'aquestes mesures (això és, que es puguin limitar drets a

través de mesures autonòmiques d'acord amb la Llei orgànica 3/1986, la qual cosa resol així, com ja s'havia anticipat en la Sentència del Tribunal Suprem 719/2021, del 24 de maig, que no cal l'estat d'alarma per dictar mesures restrictives de drets, i que, malgrat la seva generalitat i les dificultats que comporta, la Llei orgànica 3/1986 ofereix una cobertura suficient), però en canvi considera que no estan suficientment justificades des del punt de vista de la seva proporcionalitat, i per tant anul·la l'autorització concedida pel TSJ.

En aquest cas, certament, el TS no substitueix amb criteris propis la valoració de proporcionalitat de les mesures realitzada pel govern de les Illes, sinó que en fa un control extern, i arriba a la conclusió, molt escaridament, que no estava prou justificada. És interessant destacar dos criteris emprats pel TS que indiquen com orienta aquesta qüestió i quins problemes pot presentar: d'una banda, que no és suficient el principi de precaució. Com ja s'ha dit abans, existeix el risc d'atorgar un pes determinant al principi de precaució, especialment en situacions d'incertesa, de tal manera que es generi una limitació excessiva de drets. Però també és cert que, precisament per aquesta situació d'incertesa i de manca de coneixement científic suficient, és quan té sentit actuar de la manera més prudent possible, especialment quan hi ha risc per a la vida i la salut de les persones. L'equilibri entre aquests dos pols és difícil, i en tot cas es requeriria una apreciació ben ponderada dels riscos i dels efectes de les restriccions, que és precisament el que exigeix el tercer pas del test de proporcionalitat. I, d'altra banda, el TS considera que la justificació de la mesura des del punt de vista de la seva proporcionalitat ha d'estar a l'altura de la seva intensitat i extensió. Per tant, ha d'ésser més exhaustiva, detallada i fonamentada com més greu sigui la restricció o l'afectació de drets. Sembla una exigència raonable, encara que, atesa la urgència i els mitjans amb què s'han de prendre aquest tipus de mesures, pot resultar difícil d'aplicar. Tampoc és fàcil determinar amb precisió el límit del que es considera insuficient com a justificació, especialment quan aquest límit l'ha d'aplicar un òrgan judicial, no expert en la matèria, però que, no obstant això, decideix amb efectes que són immediats i que, si erra, poden tenir conseqüències molt greus per a la salut i la vida de les persones.

Així, els tribunals haurien d'ésser el màxim de prudents en aquest tipus de decisions i atorgar crèdit, dins dels límits del control formal i extern, als òrgans tècnics i a les decisions polítiques que se'n deriven, entre altres motius perquè aquests estan sotmesos també a altres tipus de control (el polític, que en aquest àmbit pot tenir molt de pes, tant en seu parlamentària com també electoral; i el control judicial posterior, que sempre és possible, amb una resolució final presa mitjançant sentència, amb els efectes que se'n deriven). En tot cas, tot això posa en relleu, de manera especial, els problemes del control judicial previ instaurat per la LJCA, i de l'exercit a través de mesures cautelars i cautelaríssimes, en els recursos contra les mesures restrictives adoptades, que s'afegeixen agreujant-los als problemes que, per ell mateix, ja comporta el control judicial ordinari de la proporcionalitat.

## **SEGONA PART: LES RESTRICCIONS DE DRETS**

### **1**

#### **Introducció**

Aquest estudi ha pres com a referència principal, per tal de valorar les respostes a la pandèmia dels estats, en general, i la dels poders públics de l'Estat espanyol, en particular, determinar quin grau de limitació en el gaudi dels drets i llibertats s'ha produït i quin és el justificable en el marc d'una democràcia liberal. I s'ha anat veient com, en el marc de l'Estat, les errades del poder legislatiu, de l'executiu i del judicial, inclòs el Tribunal Constitucional, han estat notables. El legislador de les restriccions de drets no ha sabut, almenys en un inici, justificar-les des de la perspectiva del principi de proporcionalitat, quan era qui tenia els instruments per fer-ho. El poder judicial ha suplantat, en moltes ocasions en aquesta tasca, el legislador, quan no tenia ni coneixements ni eines adients. I el Tribunal Constitucional ha acabat dictant una sentència que declara parcialment inconstitucional la primera declaració d'estat d'alarma, amb una interpretació molt dubtosa de categories constitucionals bàsiques, que té més de resposta política que jurídica.

De drets fonamentals, en aquests més de dos anys de durada de la pandèmia, se n'han afectat molts, més enllà del dret de circulació, com preveu la llei que regula l'estat d'alarma o les normes sanitàries. I tot i que en aquest estudi no es poden analitzar totes les restriccions a drets per raons d'espai, quedi constància que en les successives restriccions normatives s'han vist afectats drets com ara el dret de sufragi, el dret d'informació, el dret a la intimitat, el dret a la integritat física, el dret de protecció de dades personals, la llibertat d'empresa o el dret al treball; i no sempre de manera proporcionada, com seguidament es veurà en relació amb la llibertat de moviment i els drets de reunió i de manifestació.

## La llibertat de moviment

### *2.1. L'afectació de la llibertat de moviment de les persones per les mesures dictades per afrontar una situació d'emergència sanitària*

Moltes de les mesures que s'han pres, a Catalunya, a Espanya i arreu del món, per fer front a la pandèmia provocada pel SARS-CoV-2 tenen en comú la restricció de la llibertat de moviment de les persones, fins al punt que aquesta limitació, amb fórmules i intensitats diverses, s'ha erigit en un dels elements centrals de l'estratègia contra la COVID-19.

Ja des del primer moment, en efecte, tant les mesures adoptades per la Generalitat de Catalunya (Resolució INT/718/2020, del 12 de març, per la qual s'acorda restringir la sortida de persones dels municipis d'Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui i Òdena, que és la primera mesura que es va aprovar en aquest sentit) com per l'Estat (Reial decret 463/2020, del 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19) han establert limitacions, en ocasions molt severes, a la llibertat de circulació de les persones. Així, la Resolució del conseller d'Interior esmentada va restringir la sortida de persones dels municipis de la conca d'Òdena i va recomanar la permanència de la població als seus domicilis; i el reial decret pel qual es va declarar el primer estat d'alarma va limitar la circulació de les persones a les vies i espais públics amb caràcter general, i establí una prohibició general de circulació només exceptuada en circumstàncies i condicions determinades. A partir d'aquí, moltes de les mesures que han dictat els poders públics, tant durant la vigència dels diversos estats d'alarma com també fora d'ells, en aplicació de la legislació ordinària, han establert limitacions i condicionaments a la llibertat de circulació que s'han acompanyat d'un règim sancionador en cas d'incompliment. Així, i de manera especial, cal esmentar el confinament domiciliari general, el confinament horari (queda), els confinaments perimetrals (municipal, comarcal, autonòmic) i els confinaments personals i quarantenes que han anat dictant, segons les circumstàncies, les diverses autoritats competents en cada moment.

L'adopció d'aquest tipus de mesures no ha estat una particularitat espanyola. En la major part dels països afectats per la pandèmia de la COVID-19 s'han pres també mesures que, d'una manera o d'una altra, i amb més o menys intensitat, han restringit la llibertat de moviment de les persones. Així, a Itàlia, a Alemanya, a França, al Regne Unit, a Bèlgica i a molts altres països s'han establert mesures de confinament i de limitació i condicionament de la circulació de persones, en aplicació bé de la legislació ordinària en matèria sanitària, bé de la legislació d'excepció. Certament, en altres països, i també aquí, aquestes mesures s'han adoptat, almenys parcialment i/o en ocasions, en forma de recomanacions, no sancionables, o amb menys intensitat. En pràcticament tots, també, aquesta ha estat una qüestió debatuda i en molts casos polèmica, precisament pel fet d'afectar un dret bàsic com és la llibertat de moviment de

les persones. L'informe *States of emergency in response to the coronavirus crisis*, del Parlament Europeu, de desembre de 2020, il·lustra de manera eloqüent les mesures adoptades en aquest àmbit i la diversitat de fonaments jurídics emprats en els diversos països.

Efectivament, la restricció de moviments de les persones afecta no sols la llibertat personal general sinó també drets fonamentals específicament previstos i garantits en les constitucions i els instruments internacionals. Així, a Espanya, l'article 19 de la Constitució (CE) estableix que «tots els espanyols tenen dret a escollir lliurement la seva residència i a circular pel territori nacional» i situa aquest dret fonamental entre els que reben una protecció constitucional més alta (article 53.1 i 2 CE). Aquest mateix dret a la lliure circulació està reconegut expressament també en el Conveni Europeu de Drets Humans (article 2 del Protocol Addicional n. 4), en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de Nova York (article 12) i en el dret originari de la Unió Europea, com a dret de ciutadania europea (article 45 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea i article 20.2.a del Tractat de Funcionament de la Unió Europea). Es tracta, per tant, d'un dret cabdal de les persones, reconegut en el pla intern i internacional, que, encara que s'acostumi a reconèixer i a garantir vinculat a la condició de la nacionalitat —la qual cosa permet establir restriccions als estrangers en matèria d'entrada i permanència al territori de l'estat, que és el nucli del règim d'estrangeria—, forma part de la llibertat general que s'ha de reconèixer a les persones i constitueix el pressupòsit per a l'exercici de molts altres drets i llibertats. Precisament per això, la seva limitació impacta necessàriament també en altres drets, que es veuen restringits de manera incidental quan es limita la llibertat de moviment.

Els drets, però, no són absoluts ni il·limitats. Aquesta, com s'ha vist, és avui una afirmació gairebé indiscutida i, sense entrar aquí en la qüestió de l'existència d'alguns drets que no es poden suspendre ni limitar, ja indicats, clarament es pot aplicar a la llibertat de moviment o de circulació de les persones. Deixant de banda la possibilitat d'establir limitacions als estrangers, perquè la Constitució espanyola reconeix aquest dret específicament als espanyols, interessa destacar que la CE, com fa amb molts altres drets, no conté cap previsió específica sobre la seva possible limitació general (llevat de la seva suspensió en cas de declarar-se els estats d'excepció o de setge, article 55.1 CE), la qual cosa no implica, però, com succeeix també amb altres drets, que no se'n pugui limitar o restringir l'exercici com a conseqüència de la necessitat de protegir altres drets i valors constitucionals. En canvi, el PIDCP i el CEDH sí que preveuen explícitament la possibilitat de sotmetre aquest dret a restriccions, quan sigui necessari per protegir, entre altres béns jurídics, la salut (article 12.3 i article 2.3 del Protocol n. 4, respectivament).

És clar, doncs, que el dret a la lliure circulació de les persones, reconegut en l'article 19 CE, es pot limitar o restringir, a part de suspendre. La qüestió rau a determinar en quins casos i amb quines condicions es pot produir aquesta limitació i com es pot diferenciar de la suspensió del dret, qüestió que ha adquirit importància especialment després de la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, del 14 de juliol, que va anul·lar precisament alguns aspectes del Reial decret 463/2020, del 14 de març, relatius específicament a limitacions de la llibertat de circulació. Això és el que s'examina en l'apartat següent. En la mesura que aquestes limitacions comporten determinades prohibicions, cal analitzar també el règim sancionador al qual se sotmeten els seus eventuais incompliments, tenint en compte els principis i garanties que han de regir la imposició de sancions. I, finalment, en la mesura que, com s'ha dit, la restricció de la llibertat de moviments pot afectar altres drets, cal examinar també aquest impacte i les prevencions que s'han de tenir per minimitzar-lo. D'altra banda, cal tenir en compte

també la restricció a la qual s'ha sotmès aquest dret en l'àmbit de la Unió Europea, ja que la llibertat de circulació constitueix una de les llibertats comunitàries bàsiques, com s'ha dit, que es reconeix als ciutadans de la Unió.

## **2.2. La possibilitat de limitació de la llibertat de moviment**

### **2.2.1. Suspensió i limitació de drets**

La llibertat de circulació de les persones, reconeguda en l'article 19 CE, es pot suspendre en cas de declaració dels estats d'excepció i de setge, per disposició de l'article 55.1 CE. Aquesta suspensió, però, s'ha de diferenciar de la limitació o restricció a la qual es pugui sotmetre aquest dret, i que no n'impliqui la suspensió. Això planteja la primera qüestió important en aquest àmbit: la necessitat de distingir entre suspensió i limitació de drets. La diferència entre les dues categories, com ja s'ha dit anteriorment en aquest Informe, no és, però, perfectament nítida i pot suscitar alguns dubtes i incerteses. En general, fins a la pandèmia actual, i especialment fins a la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, es podia dir que hi havia un cert consens a entendre que la suspensió d'un dret implica la seva derogació temporal, almenys quant a les seves garanties, de tal manera que les persones deixen de poder acudir als mecanismes jurídics de defensa o de garantia de les facultats d'actuació en les quals consisteix el dret en qüestió. La limitació d'un dret, en canvi, s'entenia que afecta només les condicions del seu exercici, i redueix l'àmbit de les facultats en les quals consisteix, però respecte d'aquest àmbit es mantenen plenament les garanties amb les quals l'ordenament protegeix aquest dret.

La diferència entre suspensió i limitació d'un dret, d'aquesta manera, no rau en la intensitat de la restricció a la qual se sotmet, encara que aquest és un factor a tenir en compte, sinó essencialment en el manteniment, o no, de les garanties per exercir-lo, amb el contingut que tingui en cada moment. Per això és possible establir restriccions, fins i tot severes, a la llibertat de circulació de les persones sense que això impliqui una suspensió del dret, que suposaria deixar sense efecte les seves garanties i que només es podria produir amb la declaració prèvia de l'estat d'excepció o de setge.

Aquesta doctrina, no obstant això, ha estat completament bandejada pel TC en la seva Sentència 148/2021, del 14 de juliol, que, com s'ha dit repetidament, va declarar inconstitucionals algunes normes del real decret que va declarar el primer estat d'alarma, precisament aquelles que limitaven la llibertat de circulació de les persones. En efecte, el TC, a través d'una llarguíssima, confusa i recargolada argumentació, considera només la intensitat de l'afectació al dret a la lliure circulació, i conclou que el confinament domiciliari que es va decretar en el primer estat d'alarma suposava, de fet, una privació o cessació del dret, equivalent a una suspensió, i que, per tant, només es podia adoptar a través de l'estat d'excepció o l'estat de setge. Obliga, per tant, a situar les mesures de restricció severa de la llibertat de circulació en el marc del rigorós dret d'excepció, amb una declaració de suspensió de drets. Aquesta, si es consolida, és una doctrina enormement pertorbadora, ja que obliga a acudir al dret d'excepció més server i a la suspensió de drets per fer front a situacions extraordinàries derivades de crisis sanitàries o catàstrofes naturals, que constitueixen els supòsits per als quals estava previst precisament l'estat d'alarma —que no permet la suspensió de drets— i fins i tot la legislació ordinària, tant sanitària com de protecció civil.

### **2.2.2. Limitació de la llibertat de circulació habilitada per la legislació d'excepció i la legislació ordinària**

La Llei orgànica 4/1981, de l'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge desenvolupa les previsions dels estats d'emergència previstos en l'article 116 CE, i estableix que, en l'estat d'alarma, el govern estatal pot aprovar determinades mesures per fer front a les situacions extraordinàries que habiliten la seva declaració, entre les quals figuren les crisis sanitàries, que clarament suposen una limitació de la llibertat de circulació de les persones. El decret de declaració de l'estat d'alarma pot acordar, en efecte, «limitar la circulació o permanència de persones o de vehicles en hores i llocs determinats o condicionar-les al compliment de certs requisits» (article 11, lletra *a*). La diferenciació entre suspensió i limitació en els termes que s'acaben d'indicar permet justificar que en l'estat d'alarma —en el qual s'entén unànimement que no es poden suspendre drets fonamentals— es puguin adoptar mesures que limitin la llibertat de circulació sempre que es compleixin determinades condicions, com es veurà després.

La qüestió que es planteja és si resulta possible establir limitacions de la llibertat de circulació sense estar vigent l'estat d'alarma. La resposta a aquesta qüestió té conseqüències decisives, entre altres àmbits, respecte de la capacitat d'actuació de la Generalitat de Catalunya en situacions de crisis sanitàries, que és el que ara interessa. I aquesta resposta ha d'ésser positiva, partint altra vegada de la distinció entre la limitació i la suspensió dels drets, i malgrat la doctrina establerta pel TC en la seva Sentència 148/2021, ja indicada, perquè aquesta obligaria a decretar la suspensió del dret només en els casos de limitació més severa, que, segons el TC, comportessin una cessació o una privació del dret. És clar, però, que hi ha moltes altres possibilitats de limitació del dret a la lliure circulació que no arriben al confinament domiciliari i que, per tant, es poden practicar sense declarar l'estat d'excepció o l'estat de setge. El fet que només la suspensió de la llibertat de circulació —sigui ara quina sigui la interpretació que se'n faci— estigui reservada a la declaració prèvia dels estats d'excepció i de setge suposa que la limitació d'aquest dret es pot fer en les mateixes condicions en què, en general, es poden limitar o restringir els drets fonamentals, cosa que no requereix en cap cas que es declari o que estigui vigent l'estat d'emergència. Així ho ha establert, almenys implícitament, la legislació estatal (per tal com la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa va ésser reformada per la Llei 3/2020, del 18 de setembre, per atribuir als tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes la facultat d'autoritzar les mesures generals adoptades per les autoritats autonòmiques que restringissin drets, i a l'Audiència Nacional, la mateixa facultat respecte de les mesures adoptades per autoritats estatals) i ho ha admès explícitament el Tribunal Suprem (sentències 719/2021, del 24 de maig, i 788/2021, del 3 de juny). Només en quedarien excloses, en aplicació de la doctrina del TC establerta en la Sentència 148/2021, aquelles limitacions tan intenses, com el confinament domiciliari, que suposessin, segons el TC, una suspensió del dret, perquè en aquest cas caldria, sempre segons el TC, acudir a la declaració prèvia de l'estat d'excepció o de l'estat de setge.

La legislació sanitària existent preveu, en efecte, que es puguin adoptar mesures que impliquin una restricció de la llibertat de circulació sense necessitat de declarar cap estat dels previstos en l'article 116 CE (amb el límit que ha establert la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021). Així, per part de l'Estat, la Llei orgànica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública (en especial l'article 3), la Llei 14/1986, del 25 d'abril, general de sanitat (article 26) i la Llei 33/2011, del 4 d'octubre, general de salut pública (especialment l'article 54) preveuen la possibilitat que les autoritats sanitàries adoptin les «mesures necessàries» per protegir la salut, en

termes molt amplis i genèrics. La legislació catalana preveia també, abans de la modificació de la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, amb el Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, la possibilitat genèrica de prendre mesures prohibitives i de control (en especial, l'article 55, apartats *c* i *j*). Per la seva banda, la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa, de 1998, des de la modificació que es va introduir l'any 2000, atribueix als jutjats contenciosos administratius la competència per procedir a l'«autorització o ratificació judicial de les mesures que les autoritats sanitàries considerin urgents i necessàries per a la salut pública i impliquin privació o restricció de la llibertat o d'un altre dret fonamental» (article 8.6). I, encara que aquesta previsió, en contra de la pràctica que s'ha seguit durant la pandèmia de la COVID-19, es pugui entendre referida a mesures singulars dirigides a persones determinades, i no de caràcter normatiu, és clar que suposa una acceptació implícita que les autoritats sanitàries poden adoptar mesures que limitin drets fonamentals, entre els quals, la llibertat de circulació. Aquesta interpretació de la Llei s'ha confirmat, en efecte, mitjançant la reforma operada per la Llei 3/2020, del 18 de setembre, que, com s'ha dit, ha atribuït a diversos òrgans judicials la competència per autoritzar, prèviament, les mesures que adoptin les autoritats estatals i autonòmiques «d'acord amb la legislació sanitària [...] que considerin urgents i necessàries per a la salut pública, que impliquin la limitació o restricció de drets fonamentals quan els seus destinataris no estiguin identificats individualment».

Per tant, cal concloure que no és necessari decretar l'estat d'alarma, ni cap altre estat excepcional, per adoptar mesures per fer front a una crisi sanitària que limitin o restringeixin la llibertat de circulació de les persones, sempre que no siguin de tal intensitat, com el confinament domiciliari, que suposin una privació del dret, tal com ho ha entès el TC. Això comporta que aquestes mesures, basades en la legislació ordinària, les pugin adoptar les comunitats autònomes, amb el límit indicat. En cas, però, que es produeixi una restricció especialment intensa, equivalent, segons el TC, a la privació del dret, l'estat excepcional que resultaria aplicable a Espanya seria l'estat d'excepció, o el de setge, i no pas el d'alarma, ja que aquest no permet la suspensió de drets fonamentals. Aquesta és una de les conseqüències més problemàtiques, amb vista al futur, que comporta la doctrina de la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021 i que ha estat durament criticada en els vots particulars a aquesta sentència.

La possibilitat de limitar o restringir la llibertat de moviment de les persones d'acord amb la legislació ordinària, per la qual ha optat el legislador i que ha acceptat el TS, no significa, però, naturalment, que no existeixin límits i condicions, que, en general, seran els que s'han d'aplicar a tota restricció de drets fonamentals.

### **2.2.3.** *Condicions per a la limitació de la llibertat de circulació*

Com ja s'ha dit, els drets fonamentals es poden limitar, però aquestes limitacions estan sotmeses també a certs límits, en forma de condicions i de garanties, que, pel que aquí interessa, deriven essencialment de la Constitució i del Conveni Europeu de Drets Humans, en la interpretació que n'han fet el Tribunal Constitucional i el Tribunal Europeu de Drets Humans. Amb caràcter general, i tal com ja s'ha dit en l'apartat 2 d'aquest informe, es pot dir que aquestes condicions consisteixen bàsicament en:

- la previsió legal de les mesures restrictives
- el respecte al contingut essencial del dret

- la justificació de les limitacions en la necessitat de protegir, en una societat democràtica, determinats béns i valors
- la proporcionalitat

Es tracta, doncs, d'aplicar aquests criteris a la limitació de la llibertat de moviment.

### **La necessitat d'una previsió legal suficient**

Tant la CE com el CEDH exigeixen que les mesures restrictives de drets es trobin previstes o habilitades en normes amb rang legal. Com ja s'ha dit en l'apartat relatiu al principi de proporcionalitat, aquesta no és sols una exigència formal, sinó que respon a la idea que les restriccions dels drets siguin decidides pel legislador com a màxim òrgan representatiu. A més, no n'hi ha prou, tampoc, amb una mera previsió en una norma amb rang de llei, sinó que aquesta ha d'ésser suficientment concreta perquè les persones puguin preveure amb seguretat les conseqüències de les seves conductes. Els reglaments poden complementar i concretar la llei, però aquesta ha d'ésser prou concreta per atorgar aquesta seguretat.

Aquesta reserva de llei, que deriva en general de l'article 53.1 CE, no exigeix, però, llei orgànica. L'article 81.1 CE, en efecte, només reserva a aquesta figura especial de llei el *desenvolupament* dels drets fonamentals, cosa que s'ha entès en el sentit de regulació directa del seu règim jurídic, concepte que no comprèn totes les mesures que hi puguin incidir. Això implica que les comunitats autònomes, que no poden dictar lleis orgàniques, podran adoptar mesures, en l'àmbit de les seves competències, entre les quals hi ha la sanitat (article 162 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya en el cas de la Generalitat), que afectin la llibertat de circulació.

En relació amb les mesures adoptades per fer front a la COVID-19 que han implicat restriccions a la llibertat de circulació de les persones, cal observar que, en general, almenys fins ben avançada la pandèmia, la seva previsió legal ha resultat molt genèrica i fins i tot indeterminada, fins al punt que en ocasions es fa difícil admetre que compleix de manera suficient el requisit de la taxativitat que demana, especialment, la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans pel que fa a les mesures que estableixen limitacions dels drets fonamentals. Aquesta insuficiència es fa palesa particularment en la legislació aplicable amb posterioritat a la declaració dels estats d'alarma, perquè durant la vigència d'aquests les mesures limitadores de la llibertat de circulació estaven especificades en els mateixos reials decrets d'alarma (de declaració i les successives prorroques), emparades en la Llei orgànica 4/1981, i als quals el Tribunal Constitucional ha reconegut valor de llei (Sentència del Tribunal Constitucional 83/2016, del 28 d'abril). En canvi, la legislació ordinària en matèria sanitària que s'ha aplicat després, tant estatal com autonòmica —fins, en el cas de Catalunya, el Decret llei 27/2020, que va modificar la Llei de salut pública— conté només, com ja s'ha vist, previsions molt genèriques que, encara que es pot entendre que permeten enquibir mesures restrictives de la llibertat de circulació —i d'altres—, no tenen el grau de concreció i de precisió que seria desitjable per complir adequadament la condició de previsibilitat que es demana en les lleis limitadores de drets. Això no obstant, el TS ha admès que la Llei orgànica 3/1986, malgrat el seu caràcter general i obert, dona cobertura suficient a aquestes restriccions (STS 788/2021, cit.), encara que hauria estat convenient, sens dubte, adequar aquesta legislació.

En el cas de Catalunya, amb el Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, de modificació de la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, i d'adopció de mesures urgents per fer

front al risc de brots de la COVID-19, es van intentar concretar les possibles mesures que podien adoptar les autoritats catalanes que suposessin una restricció de drets. Aquest Decret Llei, validat pel Parlament de Catalunya el 21 de juliol amb una molt àmplia majoria, va afegir una nova lletra k) en l'article 55 de la Llei de salut pública, per la qual «en situacions de pandèmia o epidèmia declarades per les autoritats competents, les autoritats sanitàries competents podran adoptar mesures de limitació a l'activitat, el desplaçament de les persones i la prestació de serveis en determinats àmbits territorials previstes en l'annex 3, d'acord amb el que disposa l'article 55 *bis*», article, aquest darrer, afegit a la Llei també pel Decret Llei 27/2020, que estableix determinades condicions per a l'adopció de mesures en situació de pandèmies declarades, entre les quals, de manera destacada, figura el control de proporcionalitat, al qual es farà referència seguidament. Amb aquesta previsió legal, establerta certament més tard del que hauria estat desitjable, es pot considerar que queda complert de manera adequada el principi de legalitat de les restriccions dels drets que exigeix la doctrina del TEDH.

L'exigència de previsió legal concreta i suficient, amb el seu corol·lari de previsibilitat i seguretat, té una transcendència especial en relació amb les normes que imposen sancions per l'incompliment de les restriccions a la llibertat de circulació que s'han dictat. El fet que durant un temps (bàsicament, durant la vigència del primer estat d'alarma) no va existir un règim sancionador clar i específic, establert per llei, va introduir dosis importants d'incertesa i d'inseguretat.

### **La garantia del respecte del contingut essencial**

La llei limitadora ha de respectar el contingut essencial del dret. Aquesta és una garantia establerta específicament en l'article 53.1 CE, que, no obstant això, resulta difícil de concretar i delimitar, per aplicar-la després de manera efectiva als casos concrets que es presentin. Així, més que intentar determinar un contingut general irreductible de cada dret, que es defineixi en abstracte com a contingut essencial i que sigui immune absolutament a qualsevol limitació o restricció, es tendeix més aviat a entendre'l des d'una perspectiva més relativa i ajustada a les circumstàncies i als altres drets i valors que hi concorren, de manera que la seva determinació en un cas concret dependria de la ponderació que es fes d'aquestes circumstàncies i valors. Però encara que es vegi així, es fàcil entendre que resulta poc útil per establir de manera precisa els límits de les restriccions que poden afectar un dret concret en unes circumstàncies determinades. Per això, és més útil acudir al principi de proporcionalitat, com es veurà. Malgrat això, però, el TC, en la tan citada Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, ha optat per una interpretació essencialista del contingut del dret a la lliure circulació que bandeja l'aplicació sempre més segura del principi de proporcionalitat, i que ha conduït a la situació absurda de considerar que resulta més garantista la suspensió dels drets en un estat d'excepció que no pas la restricció del dret, encara que intensa, però amb totes les garanties, en la legislació ordinària o en l'estat d'alarma, que no admet la suspensió de drets.

Aquestes consideracions són plenament aplicables a la llibertat de circulació. En efecte, pot resultar molt difícil, si no impossible, predeterminar en abstracte un contingut general d'aquesta llibertat, que resulti intocable en qualsevol circumstància perquè s'ha identificat com el seu contingut essencial. Aquest contingut no pot ésser la facultat de moure's físicament amb total llibertat i sense restriccions, perquè és obvi que això no és així ni tan sols en condicions normals (per exemple, des de l'ordenació i les restriccions del trànsit fins a les restriccions per motius de seguretat i d'ordre públic o per la

protecció del medi ambient, en situacions d'accidents o desastres naturals, etc.). La llibertat de circulació s'ha de situar en un context determinat i concorre sempre amb altres drets, valors i béns jurídics, de tal manera que la ponderació entre tots ells acabarà determinant quin és el contingut essencial d'aquesta llibertat en cada circumstància, en funció del que socialment es consideri un mínim irreductible i reconeixible en cada moment. Com ja s'ha dit, valorar els límits d'aquesta llibertat en funció de si afecten o no el contingut essencial del dret, definit en aquests termes, pot resultar molt difícil i susceptible de controvèrsia. Per això, és preferible acudir a altres mètodes de valoració de les limitacions, com la proporcionalitat, que, encara que també poden ésser objecte de diferències interpretatives, proporcionen un grau de seguretat molt més alt.

### **La justificació en necessitats imperatives en una societat democràtica**

La protecció de la salut pública és, sens dubte, un dels motius imperatius que poden justificar la limitació de drets fonamentals, entre els quals hi ha la llibertat de circulació de les persones. La CE no l'esmenta expressament, però sí que ho ha reconegut explícitament el Tribunal Constitucional (Interlocutòria 40/2020, del 30 d'abril, en relació amb el dret de manifestació i Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021), i sí que ho preveu de manera expressa i directa el CEDH (article 2 del Protocol n. 4).

S'ha de notar, però, que les restriccions d'aquest dret, com passa també en els altres casos previstos al CEDH, s'admeten només quan «constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica», per protegir la salut de les persones, entre d'altres béns jurídics, que s'esmenten de manera taxativa. El TEDH reconeix un ampli marge d'apreciació als estats per adoptar aquest tipus de mesures, però els exigeix sempre que siguin consistents o compatibles amb una societat democràtica. Això obliga a mantenir les limitacions en el nivell més baix possible, i fins i tot a excloure algunes mesures restrictives que es considerarien incompatibles amb els estàndards habituals de funcionament d'una societat democràtica, per aconseguir la finalitat que es persegueix legítimament. Es tracta d'establir les restriccions estrictament necessàries per assolir aquesta finalitat, en termes de protecció de la salut, en un context en el qual necessàriament s'han de poder exercir els drets i llibertats que conformen una societat democràtica i sense les quals aquesta deixa d'existir o de poder ésser reconeguda com a tal. Aquí cobren un significat especial el principi de proporcionalitat, d'una banda, i l'exigència de mínima afectació incidental d'altres drets, de l'altra, que es tracten a continuació.

### **La necessària proporcionalitat de les mesures restrictives**

Ja s'ha dit que la garantia del contingut essencial, que és el que preveu explícitament la CE, és clarament insuficient per controlar de manera efectiva les limitacions de l'exercici dels drets fonamentals. En aquest sentit, el principi de proporcionalitat apareix, aquí i a pràcticament tots els països del nostre entorn jurídic i polític, com l'element clau en el qual es fa descansar aquesta funció de control jurídic. Com ja s'ha vist en l'apartat corresponent, el control de proporcionalitat de les mesures restrictives de drets consta, en general, de tres fases, en les quals s'empren criteris diferents de forma successiva: *a)* la idoneïtat respecte de la finalitat que es persegueix, *b)* la necessitat de la mesura per assolir aquesta finalitat i *c)* la proporcionalitat, en sentit estricte, de les càrregues que suposa respecte dels beneficis que reporta.

Respecte del **criteri de la idoneïtat** o adequació funcional de la mesura restrictiva respecte de la seva finalitat legítima (bé jurídic digne de protecció), cal posar èmfasi en el fet que les restriccions a la llibertat de circulació no es poden justificar, genèricament, només en la finalitat de protegir la salut de les persones o la salut pública o, més enllà encara, la vida de les persones. Aquest és, sens dubte, l'objectiu final que persegueixen totes les mesures adoptades per fer front a la pandèmia, però, com ja s'ha advertit, és necessari identificar la finalitat específica que busca la mesura adoptada per poder valorar la seva idoneïtat per assolir-la. Així, per exemple, es pot cercar evitar els contagis o la propagació del virus en un context, un espai o un ambient determinat, o assegurar la capacitat del sistema sanitari, o garantir la disponibilitat de determinats serveis essencials en una situació de crisi, o qualsevol altre que resulti legítim per fer front a la situació extraordinària i, en darrera instància, protegir la salut.

La identificació de la finalitat concreta i específica que persegueix una determinada mesura és, d'entrada, quelcom necessari per poder justificar-la amb arguments tècnics (científics, mèdics o epidemiològics), de manera que resulti sòlida i ben fonamentada. Certament, en situacions com la de la pandèmia de la COVID-19, el coneixement científic i mèdic del virus i de la malaltia que provoca és encara limitat, la qual cosa fa que les decisions es prenguin en un clima notable d'incertesa, en el qual les opcions poden aparèixer molt obertes, divergents i fins i tot contradictòries. Això obliga a extreure la justificació de les mesures adoptades i a actuar, en l'àmbit d'incertesa, segons un principi de precaució, l'aplicació del qual també s'hauria d'explicitar i argumentar, especialment —des d'una perspectiva, aquí, estrictament jurídica— per poder justificar possibles canvis de criteri o de decisions en el futur, o fins i tot possibles errors (amb les conseqüències que això pugui comportar, en termes de responsabilitat), i evitar excessos d'afectacions de drets.

D'altra banda, identificar de manera concreta i específica la finalitat d'una determinada mesura és també un pressupòsit necessari per poder valorar-ne la idoneïtat, en el sentit de resultar funcionalment adequada per assolir el seu objectiu. Si no es defineix un objectiu clar i específic, resulta gairebé impossible determinar si la mesura en qüestió és o no idònia. En aquest sentit, cal indicar que, en ocasions, aquesta identificació s'ha fet en termes molt genèrics i imprecisos que dificulten fer un judici d'idoneïtat adequat.

Cal dir també que la determinació de les finalitats a assolir és una qüestió essencialment política, i no pas jurídica, que correspon, per tant, als poders decisoris (Parlament, govern), de manera que els tribunals només haurien d'exercir un control de raonabilitat de les finalitats establertes i, després, de racionalitat respecte de les mesures adoptades per assolir aquestes finalitats.

Respecte del **criteri de la necessitat**, es tracta de valorar si existeix una mesura alternativa que aconseguixi la mateixa finalitat però que resulti menys restrictiva o limitadora de la llibertat de circulació. Com ja s'ha dit també, aquesta és una valoració que versa sobre l'elecció dels mitjans utilitzats, entre tots els disponibles, i, per tant, té una naturalesa essencialment política i d'oportunitat. Per aquest motiu, els tribunals tampoc no poden substituir els poders polítics en la presa d'aquestes decisions, i es troben en una posició molt limitada per controlar les mesures adoptades des d'aquest punt de vista. El control jurídic ha de versar, en tot cas, sobre la plausibilitat o raonabilitat de les eleccions efectuades pels poders polítics, i es tracta més aviat d'un control extern (que comprovi l'existència de justificació i que aquesta sigui raonable) que no pas intern (que s'endinsi en el contingut de les decisions preses i examini les seves possibles alternatives, i envaeixi un camp que ni és propi de la funció

jurisdiccional ni per al qual tenen expertesa els òrgans judicials). El control que han realitzat els tribunals, en ocasions, ha estat molt incisiu i ha excedit aquest control extern, ha vorejat o fins i tot ultrapassat la funció pròpiament jurisdiccional de control o revisió, i ha tendit a substituir les funcions dels poders polítics i, especialment, del govern. Així, es poden esmentar diverses resolucions judicials que, aplicant criteris autònoms de valoració, moltes vegades poc o gens explicitats, han considerat que les mesures adoptades no eren necessàries (com, per exemple, la Interlocutòria del TSJ de Canàries, del 9 de maig de 2021, sobre autorització prèvia de mesures restrictives, que deneguen, i la Interlocutòria del TSJ del País Basc, del 7 de maig de 2021, entre moltes altres).

Aquest risc d'extralimitació, com ja s'ha dit, es podria evitar en gran part mitjançant una justificació adequada de la necessitat de les mesures adoptades per part de qui les ha decidit, sigui incorporant una argumentació sòlida a la mateixa norma o mesura o bé a través d'informes emesos per òrgans tècnics durant el procés intern de decisió, que es puguin aportar en cas de revisió judicial de la mesura. En tot cas, com millor sigui l'argumentació tècnica de la mesura, menys risc hi ha d'extralimitació del control judicial, encara que aquest no es pugui evitar completament.

I, finalment, respecte de la **proporcionalitat en sentit estricte**, cal valorar la gravetat o la severitat de la restricció de la llibertat de circulació respecte dels beneficis que s'espera que proporcioni l'aplicació de la mesura, realitzant una ponderació dels seus efectes. Aquesta ponderació implica també una forta càrrega valorativa entre els diversos interessos i valors que hi ha en joc, que ha d'acabar determinant a quin s'atorga preferència en un context determinat. Tampoc els tribunals són instàncies adequades per portar a terme aquesta valoració, sota el risc de substituir amb els propis criteris la ponderació que han fet els poders polítics que han decidit la mesura. Una altra vegada, resulta imprescindible una justificació argumentada i adequada de la mesura presa, que ha de permetre que els tribunals puguin exercir el control extern que els correspon.

Com ja s'ha indicat, en ocasions les mesures adoptades per fer front a la pandèmia i que han restringit la llibertat de circulació, entre d'altres drets, han presentat mancances quant a la justificació expressa de la seva proporcionalitat, en els termes esmentats. Això no vol dir que objectivament no fossin proporcionades, sinó que aquesta relació de proporcionalitat respecte dels objectius perseguits (que en ocasions, també, estaven indicats en termes molt genèrics) no s'explicitava de manera suficient, la qual cosa comportava, com així ha succeït en alguns casos, el risc d'una ingerència excessiva dels òrgans judicials, que podien arribar a realitzar, de manera explícita o implícita, valoracions pròpies sobre la idoneïtat, la necessitat o la proporcionalitat en sentit estricte de la mesura que estaven controlant, substituint així l'àmbit propi de decisió dels poders polítics, sense disposar, a més, ni de l'expertesa ni de la capacitat tècnica adient. La manca d'una argumentació sòlida sobre la proporcionalitat de les mesures per part de qui les adopta afavoreix aquesta extralimitació dels tribunals en l'exercici de les seves funcions jurisdiccionals de control.

Al llarg de la pandèmia, però, es pot observar una tendència a reforçar la motivació de les decisions restrictives de drets des del punt de vista de la proporcionalitat, amb l'assumpció per part dels poders públics, i especialment del govern, de la necessitat de justificar explícitament la proporcionalitat de les mesures adoptades. En resulta un exemple clar el Decret Llei 27/2020, del 13 de juliol, ja esmentat. Les modificacions que aquest Decret Llei introdueix en la Llei de salut pública es dirigeixen essencialment a proporcionar una base legal suficient per establir mesures restrictives de la llibertat de

circulació —entre altres drets—, i a reforçar l'exigència de proporcionalitat i la seva justificació explícita en el procés de decisió de les mesures corresponents, com ja s'ha explicat en l'apartat corresponent a la proporcionalitat.

### **2.3. *Afectacions incidentals d'altres drets***

Un dels efectes que es produeixen quan es restringeix la llibertat de circulació de persones és que queden afectats també altres drets i llibertats, ja que el moviment de les persones és pressupòsit del seu exercici. En alguns casos, les restriccions que s'adopten no són incidentals —encara que derivin, en part, també de la limitació de la llibertat de moviment—, sinó directes sobre un altre dret determinat (per exemple, el dret de reunió, per evitar aglomeracions de persones que facilitin la transmissió del virus) i, per tant, s'hauran de justificar de manera autònoma. Però en altres casos la restricció d'altres drets té un caràcter merament incidental i indirecte, fruit de la limitació de les llibertats de circulació i de reunió. Això és el que succeeix en gran part, per exemple, amb el dret a l'educació o la llibertat de culte, que queden afectats per les restriccions de la llibertat de moviment (desplaçar-se fins al lloc de culte) i del dret de reunió (no superar una concentració determinada de persones).

En els casos d'afectacions indirectes o incidentals s'hauria d'extremar la cura per no produir més restriccions sobre aquests drets de les que estrictament derivin de manera directa de la limitació de la llibertat de moviment (o d'altres) i, d'altra banda, s'haurien d'adoptar, si cal, mesures alternatives i/o compensatòries que permetin minimitzar els efectes d'aquestes restriccions colaterals. En tot cas, els drets afectats de manera incidental no haurien de quedar mai en pitjor situació d'exercici que els drets restringits directament.

### **2.4. *Sancions***

El caràcter obligatori de les restriccions imposades a la lliure circulació de persones (i a d'altres drets) implica que els eventuals incompliments puguin ésser sancionats. Aquesta és una conseqüència de les mesures restrictives o limitadores adoptades, quan tenen caràcter obligatori i no de mera recomanació, que obre un altre camp de problemes, a banda dels que presenten per si mateixes les mesures restrictives. Aquestes sancions, en efecte, han d'estar dotades del quadre de garanties propi de tot règim sancionador, que se sintetitzen en el principi de legalitat penal o, en general, sancionadora, i que inclou la reserva de llei, la tipicitat, la irretroactivitat no favorable i l'exclusió de l'analogia, i al qual s'ha d'afegir la proporcionalitat de les sancions i les garanties del procediment sancionador.

En l'establiment de les sancions per infracció de les obligacions derivades de les mesures de restricció de la llibertat de circulació (com passa també respecte dels altres drets que s'han limitat) s'han presentat alguns problemes importants. En primer lloc, durant la vigència dels estats d'alarma, la infracció de les obligacions que derivaven de les mesures adoptades en la seva aplicació no comptava amb unes sancions específicament establertes a aquest efecte, sinó que se sancionava a partir d'una remissió general a la legislació que fos aplicable. El Reial decret 463/2020, pel qual es va declarar l'estat d'alarma (i en els mateixos termes el Reial decret 926/2020, pel qual es va declarar el segon estat d'alarma), en efecte, va establir que «l'incompliment o la resistència a les ordres de les autoritats competents en l'estat d'alarma serà sancionat d'acord amb les lleis, en els termes establerts en l'article 10 de la Llei orgànica 4/1981,

de l'1 de juny». I aquesta disposició de la Llei orgànica de regulació dels estats d'alarma, excepció i setge, al seu torn, preveu que «l'incompliment o la resistència a les ordres de l'autoritat competent en l'estat d'alarma serà sancionat d'acord amb el que es disposa en les lleis». Amb aquesta doble remissió es renunciava a establir un règim sancionador propi per l'incompliment de les mesures obligatòries de l'estat d'alarma, i va generar d'aquesta manera una incertesa notable, ja que la remissió a les sancions que resultin aplicables segons la legislació que correspongui és excessivament oberta i imprecisa, i produeix un grau d'inseguretat molt elevat, en un terreny en què, precisament, l'exigència de seguretat jurídica és màxima. D'altra banda, s'ha de notar que tant els reials decrets de declaració dels estats d'alarma com la Llei orgànica 4/1981 fan referència a l'incompliment o la resistència a les ordres de les autoritats competents, que és quelcom diferent, i més específic, que l'incompliment de les obligacions que es deriven de les normes o, en general, de les mesures que, amb caràcter general, s'estableixen en l'estat d'alarma per fer front a la situació d'emergència que provoca la seva declaració. Incompliment de la norma i incompliment d'una ordre emanada d'una autoritat (o els seus agents) són coses molt diferents, que no es poden confondre en un sol tipus d'infracció.

Això no obstant, és el que ha succeït durant els estats d'alarma. La manca d'un règim sancionador propi i específic dels incompliments de les obligacions generals establertes a les normes, de rang divers, dictades en els estats d'alarma, va propiciar que se sancionessin aquests incompliments com si fossin incompliments o resistència a les ordres de l'autoritat, en via administrativa per la Llei orgànica 4/2015, del 30 de març, de seguretat ciutadana (article 36.6), o que es denunciessin en via penal com a delictes d'atemptat a l'autoritat, resistència o desobediència (articles 550 a 556 del Codi Penal). Aquesta és la interpretació que en va fer el Ministeri de l'Interior i que va traslladar com a instrucció general a les forces i cossos de seguretat que havien de vetllar pel compliment del que disposaven les normes de l'estat d'alarma (Ordre INT 226/2020, del 15 de març, i comunicació del ministre de l'Interior als delegats del govern sobre incoació de procediments sancionadors per presumpta infracció de l'article 36.6 de la Llei orgànica 4/2015 (LOSC) i criteris per a les propostes de sanció, del 14 d'abril de 2020). En altres països, com França o Itàlia, en canvi, es va establir ja d'entrada un règim sancionador específic per als incompliments de les mesures d'emergència.

L'aplicació de la LOSC, o fins i tot del Codi Penal, per tractar els possibles incompliments de les mesures restrictives de la llibertat de circulació com una desobediència a l'autoritat suposa aplicar aquest tipus de sancions a conductes que, segons la jurisprudència existent i fins i tot la posició sostinguda fins ara pel mateix Ministeri de l'Interior, no entraven en la tipificació d'aquesta infracció, que protegeix el principi d'autoritat i comporta un retret o desvalor addicional al del mer incompliment de la normativa vigent, i que, per això, exigeix com a requisit imprescindible que l'agent de l'autoritat dirigeixi prèviament un requeriment, exprés i individualitzat, que ha d'ésser desatès. Es pot produir una desobediència, però aquesta no deriva directament i automàticament de l'incompliment de la normativa, sinó de la negativa a atendre el requeriment formulat per l'agent de l'autoritat.

Així, quan s'ha concretat el règim sancionador que de manera tan oberta i imprecisa derivava de les normes de l'estat d'alarma, s'ha fet d'una manera inadequada, aplicant de manera extensiva la llei sancionadora i violentant el principi de tipicitat. Aquesta aplicació extensiva de la LOSC ha estat criticada pel síndic de greuges de Catalunya (informe *Salut i drets en la crisi de la COVID-19*, de juny de 2020), per Amnistia Internacional (informe *Violaciones de derechos humanos durante el estado de alarma*,

sense data) i fins i tot hi ha mostrat el seu desacord l'advocacia de l'Estat (informe *Consulta sobre tipificaci3n y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de los l3mites impuestos durante el estado de alarma*, del 2 d'abril de 2020). Aquests problemes s'afegeixen, doncs, als de seguretat jur3dica que ja presentava d'entrada la normativa de l'estat d'alarma respecte del seu r3gim sancionador.

Aquesta inconsist3ncia podria estar a l'arrel del que ha succe3it en aquest 3mbit: durant el primer estat d'alarma, i fins al dia 23 de maig de 2020 —segons les 3niques dades publicades oficialment—, entre totes les policies van dur a terme 1.044.717 propostes de sancio3 administrativa d'acord amb aquest r3gim sancionador. Per3 al febrer de 2021 nom3s 7.408 d'aquestes propostes havien finalitzat amb un expedient de sancio3. A banda d'altres possibles problemes, es pot pensar que hi ha contribu3t el fonament molt d3bil d'aquest r3gim sancionador, encara que sigui dif3cil dir en quina mesura. En tot cas, la inexist3ncia d'un r3gim sancionador espec3fic i adequat, i la inconsist3ncia del que s'ha pret3s aplicar, han provocat que la major part dels incompliments de les mesures dictades en l'estat d'alarma hagin quedat sense sancionar, la qual cosa debilita enormement l'autoritat d'aquestes mesures.

L'alternativa, a banda, naturalment, d'haver establert un r3gim sancionador espec3fic amb totes les garanties, i, especialment, que contingu3s una tipificaci3n adequada de les infraccions, estava a aplicar les sancions previstes en la legislaci3n sanit3ria, i, en menor mesura, tamb3 s'hauria pogut considerar la legislaci3n de proteccio3 civil, que inclou tamb3 un r3gim sancionador (Llei catalana 4/1997, del 20 de maig, i Llei estatal 17/2015), encara que l'aplicaci3n d'aquesta legislaci3n presenta algunes dificultats, entre les quals el fet que requereix una declaraci3n expressa de la situaci3n d'emerg3ncia o l'activaci3n del pla corresponent de proteccio3 civil, que, almenys durant l'estat d'alarma, pot semblar que no resulta escaient per redundant.

La legislaci3n sanit3ria, en efecte (Llei 14/1986, del 25 d'abril, general sanit3ria; Llei org3nica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials de salut p3blica; Llei 33/2011, del 4 d'octubre, general de salut p3blica, i a Catalunya, Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut p3blica), podria haver estat aplicada durant l'estat d'alarma, i, de fet, 3s la legislaci3n aplicable un cop han acabat els per3odes en qu3 han estat vigents els estats d'alarma, com va indicar de manera expl3cita primer el Reial decret llei 21/2020, del 9 de juny, de mesures urgents de prevenci3n, contenci3n i coordinaci3n per fer front a la crisi sanit3ria ocasionada per la COVID-19, un cop acabat el primer estat d'alarma, i despr3s, un cop acabat el segon, la Llei 2/2021, del 29 de mar3, del mateix t3tol que el Reial decret llei anterior. Les dues normes estatals fan una remissio3 general al r3gim sancionador establert a la Llei general de salut p3blica per sancionar els incompliments de les mesures de prevenci3n i de les obligacions que estableixen el Reial decret llei 21/2020 i la Llei 2/2021, respectivament, amb alguna excepcio3 (en l'3mbit del transport, que es diu expl3citament que han d'3sser sancionades d'acord amb la legislaci3n sectorial corresponent) i amb alguna especificaci3n (l'incompliment de l'3s de mascaretes, que es diu que es considera una falta lleu, i s'hi estableix una sancio3 de 100 euros), i sense dir res espec3fic respecte dels incompliments de les restriccions eventuais de la mobilitat de les persones que es pugu3n establir, de manera que aquesta qu3stio3, essencial, queda en els mateixos termes en qu3 estava.

Aplicar, per3, la legislaci3n sanit3ria per sancionar l'incompliment de les mesures contra la COVID-19 presenta tamb3 alguns problemes. Tant la Llei 33/2011, de salut p3blica (article 57), com la Llei catalana de salut p3blica (articles 68, 69, 70), sancionen els

incompliments dels requeriments de les autoritats sanitàries i els graduen en funció del dany o el risc per a la salut de les persones i la reincidència. Aquestes infraccions es construeixen, en general, sobre els conceptes de requeriment de les autoritats sanitàries i de dany i risc per a la salut, i això en pot dificultar notablement l'aplicació, perquè cal precisar quan es produeix un requeriment (general?, individualitzat?) i el grau d'afectació de la conducta infractora a la salut. També poden comportar, en alguns casos, problemes de proporcionalitat de les sancions, especialment en supòsits de reincidència (per exemple, infraccions poc transcendents que, si es reiteren, passen a ésser sancionades com a greus o molt greus, amb multes mínimes de quantia molt elevada). Però en tot cas proporcionen una base jurídica per poder bastir un règim sancionador específic destinat a fer complir les mesures contra la pandèmia, diferent i més apropiat que el que deriva de la legislació sobre seguretat ciutadana. Que s'hagi fet només en relació amb els incompliments de l'ús de mascaretes suposa haver perdut una bona ocasió per establir un règim específic d'abast general per als altres incompliments, especialment els relatius a la mobilitat.

A Catalunya, per la seva banda, el Decret llei 30/2020, del 4 d'agost, validat pel Parlament el dia 9 de setembre, que reconeix la dispersió normativa existent en aquesta matèria i les dificultats que comporta, també en termes de seguretat jurídica, ha fet un pas més i ha establert un règim sancionador específic, amb la tipificació d'una llarga sèrie de conductes concretes com a infraccions lleus, greus o molt greus, i l'establiment d'un quadre de sancions, amb una graduació segons diversos criteris, que s'expliciten. En relació amb la mobilitat, cal destacar que l'incompliment del deure d'aïllament domiciliari acordat per les autoritats competents se sanciona com a infracció lleu, i com a infracció greu si hi ha reiteració, en els cas dels contactes estrets, i com a infracció greu (o molt greu si hi ha reiteració) en el cas dels positius de COVID-19. Els incompliments de les ordres generals de confinament se sancionen com a infraccions lleus, o bé com a greus en cas de reiteració. Són sancions considerables, si es té en compte que les infraccions lleus es castiguen amb una multa de fins a 3.000 euros; les greus, d'entre 3.001 i 60.000 euros, i les molt greus, d'entre 60.001 i 600.000 euros.

En matèria de sancions s'ha de fer esment també d'una darrera qüestió que fa encara més problemàtic el que ha succeït en aquest àmbit. La Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, com ja s'ha dit, va anul·lar algunes disposicions del Reial decret 463/2020, i en especial les que establien una restricció més intensa de la llibertat de circulació de les persones (apartats 1, 3 i 5 de l'article 7). Això implica, en aplicació de les previsions sobre aquesta situació de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, que les sancions imposades en aplicació d'aquestes normes declarades inconstitucionals poden ésser revisades (i anul·lades), encara que siguin fermes, perquè si es mantinguessin suposaria que es va sancionar algú per fets que en el moment en què es van cometre no constituïen cap infracció, ja que la norma que les preveia l'ha anul·lat el TC. Així ho ha establert a més, expressament, la Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021, que, no obstant això, exclou que aquesta situació pugui generar responsabilitat patrimonial de l'Estat.

## 3

### El dret de reunió

#### ***3.1. Diferents models del tracte al dret de reunió en temps de pandèmia: de la prohibició a la ponderació entre drets***

També el dret de reunió ha estat un dels drets fonamentals concernits per la pandèmia causada per la COVID-19. De fet, motius per a la seva restricció no en manquen, atès que, en principi, és la proximitat entre persones la causant del contagi; i aquest contagi pot comportar greus afectacions del dret a la salut i, fins i tot, a la vida.

Tanmateix, les causes per protestar no cessen durant una situació d'alerta sanitària, ans al contrari, encara es poden incrementar potser a causa de la gestió duta a terme pels poders públics. I el dret de reunió és un dels instruments més importants que té la ciutadania en un estat democràtic per canalitzar l'intercanvi o l'exposició d'idees, la defensa d'interessos, la publicitat de problemes o de reivindicacions. Això afirmat, i per més legítimes que siguin les protestes, a ningú no se li pot demanar que, en nom seu, renunciï al dret a la vida o a la salut; ni es pot exigir a tercers que no hi participin que hagin de suportar contagis massius que contribueixin a l'alarma sanitària, al col·lapse d'hospitals i/o a l'increment de la despesa pública.

Per tant, essent com és que la vida i la salut són drets primaris, sense els quals no es poden exercir els altres drets, i essent com també és que el dret a reunir-se, juntament amb el de lliure expressió, són garantia d'una institució política fonamental en un estat democràtic —l'opinió pública lliure— i garantia, així mateix, del principi democràtic participatiu (entre moltes altres, les sentències del Tribunal Constitucional 240/1990, 178/1993, 336/1993, 42/1995), la Constitució imposa una ponderació adequada entre aquests drets quan col·lideixin: es tracta, en principi, que tots ells es puguin continuar exercint i, si és el cas, amb certes restriccions (evidentment, pel que fa als drets de reunió i a la salut, però no en relació amb el dret a la vida, que per definició no es pot restringir). Restriccions que, en tot cas, hauran de passar pel sedàs del principi de proporcionalitat en els termes ja expressats.

Aquestes són regles interpretatives en cas de col·lisió de drets que, avalades pel Tribunal Europeu de Drets Humans, haurien d'ésser aplicables en tots els estats sotmesos a la seva jurisdicció. De fet, però, no ha estat així. Serveixen com a exemples dos models oposats: el de França i el d'Alemanya. A França, dirà algú, s'ha apostat per reprimir el dret de reunió i s'ha fet prevaler de manera absoluta la salut pública, mentre que Alemanya ha sabut trobar l'equilibri constitucional necessari entre ambdós drets.

A França, l'article 7 del Decret 2020-548, de l'11 de maig, que prescriu les mesures necessàries per fer front a l'epidèmia de COVID-19 en el marc de l'estat d'urgència sanitària (derogat el 2 de juny següent), va prohibir reunions i manifestacions de protesta de més de deu persones. I, sobre la base d'aquest precepte, va mobilitzar les forces de seguretat per bloquejar i dissoldre una cadena humana a l'Île-Saint-Denis contra la violència racista comesa per la policia, una processó sindical d'automòbils a

Marsella a favor de l'ocupació i els serveis públics, manifestacions puntuals dels *armilles grogues* o protestes del personal d'infermeria i metges fora dels hospitals, entre altres accions reivindicatives.

En canvi, a Alemanya, el Tribunal Constitucional Federal va anul·lar una prohibició de manifestació, mitjançant una interlocutòria del 15 d'abril de 2020, provinent de l'Ajuntament de Giessen, confirmada per la jurisdicció contenciosa administrativa. La prohibició municipal es fonamentava en l'ordre de govern de Hesse (*Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte und zur Anpassung von Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus*, del 22 de març de 2020) que establia el mandat de mantenir a la via pública una distància mínima d'1,5 metres. El Tribunal Constitucional Federal, però, considerà mal interpretada la norma d'acord amb el reconeixement constitucional del dret de reunió, que obligava l'Ajuntament a valorar si la manifestació concreta respectava l'ordre de distància mínima legalment prevista i, en conseqüència, era lícita. De fet, els convocants de la manifestació havien fet un pronòstic d'assistència de trenta persones i havien previst una organització de la manifestació de tal manera que es mantinguessin distàncies de fins a deu metres entre elles (per tant, molt per sobre dels 1,5 metres de distància social imposada per l'ordre de govern de Hesse). I, per això, el Tribunal Constitucional Federal va emparar cautelament els recurrents, i va ordenar a l'Ajuntament de Giessen decidir de nou tenint en compte la vigència efectiva del dret fonamental de reunió.

### **3.2. *Espanya: de la inicial prohibició de reunions i manifestacions a l'adequada ponderació entre drets***

Vigència efectiva del dret fonamental de reunió; aquesta és la qüestió que, en un inici, oblidaren a Espanya administracions i tribunals. Pensem en totes les prohibicions de reunions (concentracions estàtiques en llocs oberts o tancats) i de manifestacions (concentracions que discorren per un itinerari) que van tenir lloc durant els dies de confinament, algunes de les quals van ésser confirmades pel Tribunal Constitucional.

Tot s'inicià a Catalunya, quan el partit polític Lluita Internacionalista comunicà al Departament d'Interior de la Generalitat la celebració d'una concentració per al 24 d'abril de 2020 davant la seu del Parlament. La Generalitat respongué als organitzadors que, mentre durés la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, «el dret de reunió no es podrà exercir [...]». En conseqüència, no podem tramitar la seva sol·licitud». Revisada la decisió pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), la Sentència 1223/2020, del 24 d'abril, declarà que, vigent l'estat d'alarma, la competència per resoldre la comunicació de la celebració del dret de reunió no era de la Generalitat, sinó de les autoritats relacionades en l'article 4 del Reial decret 463/2020 i, d'acord amb aquest raonament, es desestimaren les pretensions dels demandants.

La sentència, doncs, no aporta res al debat de fons sobre la vigència i eficàcia del dret fonamental de reunió durant l'estat d'alarma. Perquè, de manera sorprenent i sense cap previsió constitucional o legal, trastoca el sistema de repartiment competencial tot entenent que la declaració de l'estat d'alarma resultava suficient per traspasar la competència del conseller autonòmic d'Interior a les autoritats corresponents de l'Estat central. Tal decisió rebé una allau de crítiques. I és que el Reial decret 463/2020 en cap moment sostreia —tampoc no podia— a les comunitats autònomes amb competències sobre la matèria (Catalunya i el País Basc) d'ésser l'autoritat competent receptora de les comunicacions de celebració de reunions.

Sigui com sigui, uns dies després, el mateix partit polític comunicà al Departament d'Interior de la Generalitat la celebració d'una nova concentració que tindria lloc a la plaça de Sant Jaume de Barcelona, l'objectiu de la qual era «rebutjar els pressupostos de la Generalitat de Catalunya de l'any 2020, aprovats el divendres 24 d'abril, que inclouen retallades com el no retorn del 5 % al personal sanitari o el no retorn de l'horari lectiu del professorat». La comunicació s'acompanyava de les corresponents mesures de seguretat: «No es farà convocatòria pública i només participaran un nombre concret de persones representants d'organitzacions i col·lectius. Respectarem en tot moment la distància social de més de dos metres entre nosaltres i portarem mesures de protecció.».

El Departament esmentat renuncià a tramitar la comunicació, tot considerant que no era l'òrgan competent, en atenció a la sentència del TSJC, i va donar-hi curs davant la Delegació del Govern. I així, el Ministeri de l'Interior, en l'informe del 28 d'abril, tot i que també qüestionà el que havia declarat el TSJC sobre les competències d'uns i d'altres (entén que l'estat d'alarma no modificava en res la competència de la Generalitat), resolgué prohibir la reunió prevista per al dia primer de maig a Barcelona perquè «tenint en compte les dades que aporta l'entitat comunicant sobre els elements que configuren la concentració convocada, així com la informació aportada a l'expedient, es considera que hi ha elements objectius de judici suficients per concloure de manera racional que les circumstàncies que concorren poden suposar el contagi de COVID-19 entre les persones participants i altres persones presents al lloc en el qual està previst que se celebri, que després es pot estendre als seus cercles familiars, professionals i d'amistat, i contribuir amb això a incrementar la crisi sanitària, per més que s'adoptin mesures de seguretat».

Aquest podria ésser un bon exemple de resolució mancada de motivació, ja que no ofereix cap resposta pel que fa a les mesures de seguretat concretes proposades pels organitzadors i a la possible alteració de l'ordre públic en termes reals i no ficticis; a més, tampoc no conté cap examen des de la perspectiva del principi de proporcionalitat.

De manera semblant es resolgué una comunicació de manifestació a celebrar a Vigo també l'1 de maig de 2020. Els organitzadors proposaven fer una caravana de protesta, circulant una persona en cada cotxe, que començaria a la plaça d'Espanya i acabaria a l'Arenal, davant l'edifici de la Xunta. El Tribunal Superior de Justícia de Galícia (TSXG) va desestimar, mitjançant la Sentència 136/2020, del 28 d'abril, el recurs interposat per la Central Unitària de Treballadors (CUT) contra la resolució, del 21 d'abril, de la Subdelegació del Govern de Pontevedra, que prohibia la manifestació. En conseqüència, el Tribunal va mantenir la prohibició acordada i va imposar, fins i tot, el pagament de les costes processals al sindicat recurrent. La Sala subratllà que la decisió de la Subdelegació del Govern tenia cobertura jurídica en el Reial decret pel qual es va declarar l'estat d'alarma, i recordà que només permetia la circulació de cotxes per a la realització de determinades activitats o per al proveïment en gasolineres. I, «evidentment, la celebració d'una manifestació formant caravana a bord de vehicles no es troba entre aquestes activitats». En conseqüència, el risc per a la salut pública derivat de la crisi sanitària de la COVID-19, segons el TSXG, «justifica la restricció a la circulació de persones, fins i tot a bord de vehicles, per evitar, així, la propagació de virus».

Aquest fou, així, un nou exemple de sentència limitadora d'un dret sense atendre prèviament el contingut d'aquest dret, sense raonar motivadament per què una manifestació com la proposada atemptaria contra el dret a la salut, per què es posaria en

perill l'ordre públic per a persones o béns, i per què la prohibició directa, sense proposta de modificació de les mesures de seguretat proposades pels organitzadors, respectava el principi de proporcionalitat.

La sentència fou recorreguda en contra davant el Tribunal Constitucional, el qual perdé una bona oportunitat de fer valer el dret de reunió a partir dels criteris que ell mateix havia construït sobre «els límits als límits» del dret fonamental de reunió; i per la Interlocutòria 40/2020, del 30 d'abril, inadmeté el recurs tot confirmant la prohibició de la manifestació. A aquest resultat hi arriba en dos passos.

En primer lloc, després de recordar que el dret de reunió no és un dret il·limitat, entén, en el cas concret, que la limitació de l'exercici del dret té una finalitat que no solament s'ha de reputar com a legítima, sinó que a més té cobertura constitucional suficient en els articles 15 CE (garantia de la integritat física de les persones) i 43 CE (protecció de la salut). A la qual cosa afegeix que, en l'estat actual de la investigació científica, els avenços canvien amb l'evolució dels dies, que no és possible tenir cap certesa sobre les formes de contagi, ni sobre l'impacte real de la propagació del virus, ni sobre les conseqüències a mitjà i llarg termini per a la salut de les persones. I, davant d'aquesta incertesa tan accentuada, conclou que les mesures de distanciament social, confinament domiciliari i limitació extrema dels contactes i activitats grupals són les úniques que s'han adverat eficaces per limitar els efectes d'una pandèmia de dimensions desconegudes fins ara. Per això, resol que la prohibició de celebrar la manifestació té una relació lògica i de necessitat evident amb la finalitat perseguida per aquesta mateixa interdicció: evitar la propagació d'una malaltia greu i el contagi massiu que pot portar al col·lapse dels serveis públics d'assistència sanitària.

Una vegada detectats els drets a protegir i el sentit de les possibles restriccions al dret de reunir-se i de manifestar-se, es passa a aplicar el test de la proporcionalitat a la mesura de prohibició. Però, en aquest examen, el Tribunal s'oblida dels dos primers passos a seguir (mesura idònia i necessària) i es dirigeix directament al tercer (proporcionalitat en sentit estricte). Des d'aquesta perspectiva conclou que, sens dubte, la protecció de la vida, de la salut i del funcionament del sistema sanitari són més rellevants per a l'interès general que la prohibició d'una manifestació concreta.

Pel camí, per tant, es perd l'examen de la idoneïtat de la mesura i el de la seva necessitat. I el Tribunal no es fa les preguntes que, segons el principi de proporcionalitat, continuen essent obligades: és la prohibició d'una manifestació celebrada dins d'un vehicle la més idònia per protegir els drets en joc (integritat física i salut) quan les persones sí que poden trobar-se en supermercats, transports públics o llocs de treball?; és la prohibició de la manifestació una mesura imprescindible en el sentit que no n'hi hauria una altra que amb un sacrifici menor fos apta per assolir la mateixa finalitat? Si hagués respost a aquestes dues qüestions hauria arribat possiblement a la conclusió, seguint la seva pròpia doctrina, que en aquest cas la prohibició era excessiva —és sempre, com ell mateix diu, l'*ultima ratio*— i que, l'autoritat governativa, aplicant criteris de proporcionalitat, abans de prohibir-la, hauria hagut d'utilitzar la facultat que li reconeix l'article 10 de la Llei orgànica 9/1983, del 15 de juliol, reguladora del dret de reunió de proposar les modificacions de data, lloc o durada a fi i efecte que la reunió pogués celebrar-se.

A partir de totes aquestes decisions tan restrictives amb el dret fonamental de reunió, nombrosos especialistes en drets humans, associacions i organismes internacionals posaren el crit al cel. I tals denúncies ajudaren a recuperar la perspectiva constitucional que havien perdut l'administració i els jutges, de manera que, dins de les restriccions

necessàries per preservar altres drets, començaren a celebrar-se concentracions de protesta per tot el territori de l'Estat.

### **3.3. Què no poden oblidar els poders públics del dret de reunió en temps de pandèmia**

De l'experiència viscuda fins ara haurien de quedar molt clares per al present i de cara a futures ocasions dues qüestions. La primera: el sistema de repartiment competencial en matèria de dret de reunió no pot quedar alterat per cap declaració d'estat d'alarma. Ni ho preveu l'article 116 CE, ni tampoc la Llei orgànica 4/1981, l'article 11 de la qual estableix una llista taxada de matèries sobre les quals pot assumir competències l'autoritat central temporalment (per exemple, limitació del dret de circulació, intervenció d'empreses o limitació de l'ús de serveis), entre les quals no es troba la limitació o restricció del dret de reunió. En conseqüència, les facultats autonòmiques (de Catalunya i el País Basc) en relació amb el dret de reunió romanen intactes, fins i tot si es declara un estat d'alarma en cas de crisi sanitària. Altrament s'estaria davant una aplicació encoberta de l'article 155 CE.

I la segona: la declaració de l'estat d'alarma no permet, en cap cas, suspendre el dret de reunió en lectura combinada de l'article 116 CE i els articles 55 CE i 10 de la Llei orgànica 4/1981, confirmada per la Sentència del Tribunal Constitucional 83/2016 i l'ATC 40/2020. Sí que permet, en canvi, l'adopció de mesures que poden suposar limitacions o restriccions al seu exercici. Però aitals restriccions no poden imposar-se lliurement per l'autoritat competent o pels jutges i tribunals. En aquest sentit, recordem la consolidada doctrina del mateix Tribunal Constitucional al respecte d'això:

1. Les mesures restrictives del dret de reunió no només han d'estar motivades formalment; no només la prohibició actua com a *ultima ratio*; no només han de respectar el missatge que els organitzadors volen transmetre i «com» el volen transmetre.

2. A més de tot això, les mesures restrictives han de servir per protegir o bé valors o altres drets constitucionals, o bé l'ordre públic amb perill per a persones o béns; noció d'ordre públic que es refereix a una situació de fet: al manteniment de l'ordre en sentit material en llocs de trànsit públic, i no a l'ordre com a sinònim de respecte als principis i valors jurídics o metajurídics que són la base de la convivència social.

3. En conseqüència, les reunions i manifestacions durant un estat d'alarma tan sols poden prohibir-se, en aplicació del límit previst en l'article 21.2 CE, quan hi hagi raons fundades per concloure que, si es duen a terme, es produirà o bé una situació de desordre material al lloc de trànsit públic afectat, o bé que es poden afectar els drets a la vida, a la integritat física o a la salut. I no és suficient la mera sospita per prohibir una reunió, perquè qui adopta aquesta decisió ha de tenir dades objectives suficients, derivades de les circumstàncies de fet concurrents en cada cas, a partir de les quals pugui arribar racionalment i raonablement a la conclusió que la concentració produirà amb tota certesa el desordre públic referit o un dany irreparable en els drets esmentats.

4. En tot cas, i si es limita el dret de reunió durant un estat d'alarma o la vigència d'una crisi sanitària, els seus promotors continuen tenint la possibilitat de recórrer contra la resolució administrativa davant el jutge competent. I l'instrument fonamental per constatar la constitucionalitat de la mesura restrictiva del dret de reunió ha de ser, fonamentalment, el test de la proporcionalitat. Instrument que van oblidar les

resolucions judicials, inclosa la del Tribunal Constitucional, emeses durant el darrer estat d'alarma declarat a causa de la COVID-19.

## 4

### Conclusions

1. En la gestió de la crisi generada per la COVID-19, l'ordenament jurídic espanyol ofería dues possibilitats: que la gestió es duigués a terme mitjançant la declaració de l'estat d'alarma, o mitjançant les normes sectorials sanitàries. La Llei orgànica 4/1981, que regula l'estat d'alarma, confia en una autoritat central única —si l'alarma es declara per a tot el territori estatal i en la mesura que sigui necessari per a la protecció de persones, béns i llocs— la gestió d'una pandèmia, autoritat que absorbeix temporalment competències de les comunitats autònomes (per exemple, de sanitat, transports o interior). Per contra, les normes sectorials sanitàries apelen als principis de proporcionalitat, de col·laboració i coordinació interadministrativa i de gestió conjunta entre l'Estat i les comunitats autònomes en les actuacions de protecció de la salut —sigui en situacions ordinàries o extraordinàries, com la d'una pandèmia— tot entenent que aquests principis són els que poden garantir millor la màxima eficàcia i eficiència en la prestació del servei i la gestió de la crisi. La tria de l'Estat espanyol, a diferència d'altres estats federalitzats com Alemanya, en el primer confinament, fou la declaració de l'estat d'alarma. És a dir, optà en un primer moment per una gestió centralitzada que hagué de rectificar posteriorment.

2. Però es gestioni la pandèmia mitjançant la declaració de l'estat d'alarma o bé mitjançant les lleis sectorials sanitàries, ni l'una ni les altres no habiliten en cap cas els poders públics per a la suspensió de drets de la ciutadania: la dita suspensió només podria ancorar-se en la Constitució, i no hi ha cap previsió respecte d'això. La no possibilitat de suspensió, però, no exclou una possible afectació directa o col·lateral de drets i llibertats que pugui limitar-ne temporalment i parcialment l'exercici (no les garanties), sempre que aquesta limitació estigui prevista legalment i superi el test de la proporcionalitat.

3. Pel que fa a la previsió legal de la limitació dels drets, i malgrat que el Tribunal Suprem hagi entès que l'ordenament jurídic dona prou cobertura a l'Estat i a les comunitats autònomes per restringir drets, el cert és que a aquesta possibilitat de limitació s'hi ha arribat des de clàusules legals excessivament obertes (per exemple, «qualsevol altra mesura ajustada a la legalitat vigent si hi ha indicis racionals de risc per a la salut» (article 54.2 de la Llei 33/2011). I per tal de no deixar en mans dels jutges allò que li correspon fer al legislador, convindria que aquest darrer, sigui l'estatal o l'autonòmic, cadascun en el propi àmbit competencial, precisés quins drets poden resultar afectats en cas de crisis sanitàries i quins serien els límits a les limitacions que se'ls puguin oposar. En aquest camí s'ha promulgat a Catalunya el Decret llei 27/2020, del 13 de juliol, de modificació de la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, i d'adopció de mesures urgents per fer front al risc de brots de la COVID-19.

4. La restricció o limitació del dret en qüestió ha de passar, a més, per un test de proporcionalitat. Aquest principi, convertit en test de valoració, sotmet les mesures

restrictives de drets a un triple examen: *a)* la idoneïtat de la mesura respecte de la finalitat legítima que persegueix, *b)* la necessitat de la mesura per aconseguir aquesta finalitat —quan aquest control el fan els tribunals pot resultar molt problemàtic, perquè comporta una forta càrrega valorativa d'oportunitat i perquè normalment requereix un tipus de coneixement i una expertesa que no és pròpia dels tribunals; els òrgans judicials no poden substituir les decisions polítiques del Parlament o del govern amb els seus propis criteris d'oportunitat, però, tanmateix, han de poder valorar la necessitat de les mesures restrictives de drets quan apliquen un control de proporcionalitat— i *c)* la proporcionalitat, en sentit estricte, de la mesura —que també implica una forta càrrega valorativa—. Per això, tampoc els tribunals són les instàncies idònies per fer aquesta ponderació, utilitzant els criteris valoratius que considerin més adients. Es tracta d'una valoració de caràcter essencialment polític, que correspon dur a terme al legislador o al govern, i que els tribunals no poden substituir per criteri propi. Controlar la ponderació realitzada pel legislador i pel govern —qüestió inevitable si es produeix un control jurídic de la proporcionalitat— no pot suposar una substitució del criteri dels òrgans polítics pel del tribunals.

5. En la pràctica, mentre alguns tribunals espanyols han aplicat un control extern i formal de la proporcionalitat examinant si el govern havia justificat de manera suficient i plausible la mesura en qüestió, altres vegades han practicat un control molt més incisiu rectificanc les valoracions sobre la proporcionalitat que havien realitzat els governs, especialment pel que fa a la necessitat de les mesures adoptades. Però per tal que això darrer no succeís caldria que el control de proporcionalitat s'incorporés al procés de decisió interna dels òrgans polítics. Això suposa justificar de manera el més exhaustiva possible les mesures adoptades, en les diverses escales de decisió, des del punt de vista de la proporcionalitat, en els tres passos indicats. I suposa, també, que aquesta motivació pugui ésser revisada després pels òrgans judicials comprovant, en primer lloc, que s'ha realitzat d'una manera suficient, i, en segon lloc, que és raonable. Es tracta, així, d'establir un control extern, que no substitueixi el que han de portar a terme els òrgans polítics legitimats per prendre aquestes decisions. Naturalment, això no evita tots el problemes i riscos, però queden minimitzats i cenyits a un àmbit que resulta més manejable.

6. De drets fonamentals, en aquests més de dos anys de durada de la pandèmia, se n'han afectat molts, més enllà del dret de circulació, com preveu la llei que regula l'estat d'alarma o les normes sanitàries: el dret de sufragi, el dret d'informació, el dret a la intimitat, el dret de reunió, el dret a la integritat física, el dret de protecció de dades personals, la llibertat d'empresa o el dret al treball. I han presentat alguns problemes importants les restriccions al dret a la lliure circulació i al dret de reunió, com s'analitza en aquest treball.

7. En definitiva, aquestes conclusions podrien reduir-se a dues d'encara més concentrades. Primera, l'Estat espanyol, sobretot en la primera fase de la pandèmia, l'ha gestionada de manera centralista i amb pulsions autoritàries, mentre que hauria resultat més adequada una gestió de la crisi descentralitzada i coordinada. I segona, en el marc de l'Estat, les errades del poder legislatiu, de l'executiu i del judicial, inclòs el Tribunal Constitucional, han estat notables quant a la limitació de drets. El legislador de les restriccions de drets no ha sabut, almenys en un inici, justificar-les des de la perspectiva del principi de proporcionalitat, quan era qui tenia els instruments per fer-ho. El poder judicial ha suplantat en moltes ocasions en aquesta tasca el legislador excedint la seva funció i sense coneixements ni eines adients. I el Tribunal Constitucional ha acabat dictant una sentència que declara parcialment inconstitucional la primera declaració

d'estat d'alarma, que té més de resposta política que jurídica (Sentència del Tribunal Constitucional 148/2021). Reduir de manera significativa la transmissió del virus és un bé públic. Per tal d'assolir-ho, cal promoure una cultura del bé comú, però mentre no s'hi arriba, cal triar el mètode d'intervenció pública que limiti menys els drets i llibertats.

## Referències bibliogràfiques

- AMAT, Francesc; ARENAS, Andreu; FALCÓ-GIMENO, Albert; MUÑOZ, Jordi (2020). «Pandemics meet democracy. Experimental evidence from the COVID-19 crisis in Spain». *Socarxiv Papers* [en línia] (5 abril). <<https://doi.org/10.31235/osf.io/dkusw>>.
- ATIENZA, Elena; RODRÍGUEZ, Juan Francisco (dir.) (2020). *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson.
- BECK, Ulrich (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.
- BLANQUER CRIADO, David (coord.) (2020). *COVID-19 y derecho público*. València: Tirant lo Blanch.
- DIAZ CREGO, Maria; KOTANIDIS, Silvia (2020). *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during de first wave of the pandemic*. Brussel·les: European Parliamentary Research Service. També disponible en línia a: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS\\_STU\(2020\)659385\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU(2020)659385_EN.pdf)>.
- DWORKIN, Ronald (2008). *La democracia posible: Principios para un nuevo debate político*. Barcelona: Paidós.
- FRANKLIN, Benjamin (2007). «Congressional Record, V. 149, PT. 14, July 17, 2003 to July 25, 2003». *Congressional Record*. Compilat per U S Congress: Editorial Government Printing Office.
- HOBBS, Thomas (1968). *Leviathan*. Harmondsworth: Penguin.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2020). «La respuesta a la pandemia del Covid-19 y el estado de las autonomías». *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, p.127-153. <<https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5706>>
- MONTESQUIEU (1983). *De l'esperit de les lleis*. 2 v. Barcelona: Edicions 62.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (2020). «El derecho internacional de los derechos humanos ante las crisis sanitarias: principios aplicables y obligaciones de los estados». A: ATIENZA, Elena; RODRÍGUEZ, Juan Francisco (dir.) (2020). *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson, p. 265-278.
- PETTIT, Philip (2000). «Republican liberty and its constitutional significance». *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25(2), p. 237-256.
- Revista Catalana de Dret Públic* [en línia], *Especial sobre el dret en temps d'emergència sanitària* (novembre 2020). <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/especialCOVID19>>.
- RIDAO, Joan. «El accidentado final del estado de alarma: entre el rol “regulatorio” de los tribunales y las dudas sobre el alcance de la legislación sanitaria para adoptar medidas restrictivas de derechos en la gestión de la COVID-19». *Revista Catalana de Dret Públic* [en línia]: *Blog* (9 juny 2021) <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2021/06/09/el-accidentado-final-del-estado-de-alarma-entre-el-rol-regulatorio-de-los-tribunales-y-las-dudas-sobre-el-alcance-de-la-legislacion-sanitaria-para-adoptar-medidas-restrictivas-de-de/>>.
- STIGLITZ, Joseph E. (2000). *La economía del sector público*. 3a ed. Barcelona: Antoni Bosch.
- STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud (2019). *Proportionality balancing and constitutional governance*. Oxford: Oxford University Press.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna (1977). *The emergence of norms*. Oxford: Clarendon Press.