

Voto particular que formula el Presidente, don Juan José González Rivas, respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, me veo en la obligación de manifestar, a través de este Voto particular, mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y del fallo de esta Sentencia.

1. Este recurso de inconstitucionalidad coloca al Tribunal Constitucional ante la necesidad de interpretar por primera vez varios aspectos sustantivos del régimen que la Constitución prevé para los estados de emergencia. La STC 83/2016 examinó un decreto de alarma, mas lo hizo desde la óptica formal de si era susceptible de un recurso de amparo, limitándose a resolver que dicha norma tenía rango de ley y, en consecuencia, a inadmitir la demanda por no tratarse de una de las actuaciones susceptibles de recurso de amparo.

Esta cuestión de precisar cuál es el régimen de los estados de emergencia previsto en la Constitución de 1978, por ser novedosa en nuestra doctrina constitucional, y sobre todo porque alude al núcleo de la defensa e interpretación auténtica de la Constitución que el Tribunal tiene atribuida, requiere de una nítida labor hermenéutica por parte de este Tribunal, que establezca con la más amplia certeza y seguridad jurídica cuál es el contenido y alcance de las facultades extraordinarias atribuidas a los poderes públicos dentro de estos estados de emergencia, y en particular dentro del estado de alarma.

La extensa y profunda deliberación a que ha sido sometido este recurso de inconstitucionalidad ha hecho avanzar al Tribunal en ese objetivo en varios de los aspectos que planteaba el recurso de inconstitucionalidad. Pero no en todos ellos, como lo acredita la mínima mayoría con la que finalmente ha sido aprobada la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del R.D. 463/2020 de 14 de marzo.

2. Mi discrepancia con el fallo y argumentación de la mayoría es solo parcial y versa sobre la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7. Considero que el fallo de esta resolución es consecuencia directa de entender que la suspensión a que alude el artículo 55.1 CE es un concepto sustantivo y en mi opinión, la suspensión de vigencia de los derechos fundamentales solo existe cuando así se acuerda formalmente por el poder público que tiene atribuida esa facultad. Suspender los derechos fundamentales supone sustituir su vigencia por el régimen jurídico que, a juicio del poder público habilitado para ello, conviene a la situación de emergencia. Es claro que, en este caso, no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio.

Lo que este recurso de inconstitucionalidad realmente sostiene es que el artículo 7 supone una limitación de la libertad deambulatoria tan intensa que queda incluso fuera de las facultades extraordinarias propias del estado de alarma, de modo que dicha limitación sería inconstitucional dentro del mismo. En el criterio de la demanda, una restricción tan importante como esta, de ser necesaria para afrontar la emergencia sanitaria producida, habría exigido según los recurrentes que, por el poder público que está habilitado para ello y en la forma constitucionalmente prevista, se hubiera acordado la suspensión formal del derecho reconocido en el artículo 19 CE.

Por tanto, lo que este recurso de inconstitucionalidad en verdad requería de este Tribunal es que procediese a determinar en qué casos una limitación de la libertad deambulatoria es tan pronunciada que queda incluso fuera de las facultades extraordinarias propias del estado de alarma. Resulta evidente que, manteniendo su vigencia el artículo 19 CE, dado que no ha sido formalmente suspendido, las restricciones extraordinarias que pueda imponer el poder público en el estado de alarma no carecen de límites y encuentran una frontera que la Constitución no permite que sea superada. La función de este Tribunal no es otra que definir las categorías jurídicas conforme a las cuales procede delimitar estos ámbitos y, una vez hecho esto, utilizarlas como parámetro de enjuiciamiento para decidir si la libertad deambulatoria recogida en el artículo 7

superaba o no las facultades extraordinarias que el Gobierno tiene constitucionalmente asignadas en el estado de alarma.

3. En la sentencia de la mayoría se establece, y no tengo inconveniente en sumarme a ese planteamiento, que el estado de alarma habilita al Gobierno para acordar restricciones de derechos fundamentales superiores en intensidad a las que resultan admisibles en una situación ordinaria. Dicho con otras palabras, en el estado de alarma el contenido esencial del derecho fundamental debe continuar operando como frontera insuperable a diferencia del régimen común de injerencia en los derechos fundamentales. Ahora bien, el artículo 19 CE no está formalmente suspendido y por ello no ha perdido enteramente su vigencia, con lo que el poder público del estado de alarma no puede restringirlo de un modo ilimitado. Establecer en qué medida, y conforme a qué parámetros constitucionales, la vigencia del artículo 19 CE condiciona las limitaciones a la libertad deambulatoria que el poder público pueda adoptar en beneficio de otros bienes jurídicos dignos de protección, como la salud pública o el derecho a la vida, es lo que, a mi juicio, el Tribunal no alcanza a realizar en esta sentencia.

La sentencia de la mayoría centra las consecuencias de la vigencia del artículo 19 CE en atribuir un valor sustantivo al concepto “suspensión de los derechos fundamentales”. No advierte con ello, a mi modo de ver, que en este contexto de los estados de emergencia la figura de la suspensión tiene un contenido eminentemente formal. Precisamente si el artículo 19 CE mantiene su vigencia, que es la premisa a partir de la que se conforma todo el argumento, es porque no se encuentra suspendido. No puede al mismo tiempo afirmarse que sí está suspendido.

4. Como ha quedado expuesto, la cuestión central que suscita este recurso de inconstitucionalidad es interpretar la Constitución para determinar cómo la vigencia del artículo 19 CE condicionaba las limitaciones a la libertad deambulatoria que el poder público podía adoptar dentro del estado de alarma para hacer frente a la situación de emergencia.

La respuesta, en mi opinión, está en el principio de proporcionalidad como emanación de la vigencia del artículo 19 CE. El Tribunal debería de haber analizado si las restricciones a la libertad deambulatoria obedecían a finalidades legítimas y si se orientaban a ellas de una manera necesaria y proporcionada, y tendría que haber procedido a realizar este examen en términos análogos a los que fueron utilizados en el ATC 40/2020.

En consecuencia, discrepo de la declaración de inconstitucionalidad señalada en el FJ 5, pues las limitaciones que se contienen en el art. 7 (1, 3 y 5) recurrido están amparadas en la declaración del estado de alarma (arts. 11 y 12 de la LO 4/81) y a las mismas, que no implican suspensión de derechos, le son inaplicables las previsiones del art. 20 de la LO 4/81, por no ser constitutivas de un estado de excepción.

Para fundamentar la premisa básica de la que parto me apoyo: a) de una parte, en el análisis de los debates parlamentarios de la LO 4/81 y b) de otra, en la consideración de que las limitaciones no implican suspensiones de derecho, que no pueden realizarse en el estado de alarma.

a) El análisis de los Trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) permite constatar el contenido de la Enmienda núm. 123 que, en extracto y literalmente señalaba: “El estado de alarma... debe reducirse su aplicación a las circunstancias de tipo sanitario...”.

Esta redacción propuesta por la ponencia del Congreso fue aprobada por la Comisión Constitucional, primero, y por el Pleno del Congreso de los Diputados después (BOCG Congreso núm. 73-II ter de 14 de abril de 1981 y núm. 73-III ter de 30 de abril de 1981). El Senado mantuvo inalterada la fórmula de los arts. 4 y 13 del proyecto redactado por el Congreso, al no ser objeto de enmienda ni de debate parlamentario (BOCG Senado serie II núm. 168 b de 13 de mayo de 1981 y Diario de Sesiones del Senado núm. 105 de 14 de mayo de 1981).

La consecuencia que se extrae de estos debates es que en supuestos de “crisis sanitarias, tales como epidemias” [art. 4 letra b) de la LOAES] el Gobierno ha de declarar el estado de alarma (arts. 1.1 y 4 de la LOAES) cuando los poderes ordinarios de las autoridades competentes no permitan el mantenimiento de la normalidad, como sucedió con la aprobación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, con el objetivo de proteger la vida (art. 15 de la CE) y el derecho a la salud (art. 43 de la CE) como instrumento garantizador, no excluyendo el necesario control judicial que hubiera desaparecido o menguado sustancialmente si se hubiese declarado el estado de excepción.

b) En efecto, la suspensión de los derechos está prevista para los estados de excepción y de sitio y produce la pérdida de eficacia temporal del derecho suspendido.

La limitación del derecho (arts. 11 y 12 de la LOAES y 7 del R.D. 463/2020) disminuye pero no suspende el ejercicio del derecho fundamental, sin hacer desaparecer las garantías constitucionales dimanantes de su contenido esencial, con la posible valoración del cumplimiento de la legitimidad, necesidad y análisis del principio de proporcionalidad en la medida adoptada.

De otro lado, las cláusulas generales del art. 7 recurrido [en especial, las letras g) y h) del párrafo primero] reconociendo la facultad de circular por las vías públicas por “causa de fuerza mayor o situación de necesidad” o para realizar cualquier “otra actividad de análoga naturaleza” y el reconocimiento de que la actividad “habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”, refuerzan el contenido del ejercicio del derecho y no lo excluye de la debida ponderación por las autoridades administrativas y el necesario control jurisdiccional ordinario (arts. 53-2 y 117 y sigs. de la CE).

5. Los planteamientos y premisas básicas de las que parto me permiten extraer las siguientes conclusiones:

1ª. Las medidas restrictivas contenidas en el art. 7 (1, 3 y 5) del R.D. 463/2020 de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se produjeron en una situación de emergencia sanitaria en la que el art. 116 de la CE remite a los artículos 11 y 12 de la LO 4/1981, para que el Gobierno del Estado (en un momento inicial y por un periodo de quince días) o al Gobierno junto con el Congreso de los Diputados (más allá del tiempo inicial) asumiera potestades extraordinarias.

2ª. En mi opinión, eran constitucionalmente admisibles aquellas medidas que limitasen la libertad de circulación consagrada en el art. 19 de la CE, al prever su vigencia temporal, pues no suprimían el ejercicio del derecho y eran proporcionales en la consecución del objetivo público que las justifica, máxime al tener en cuenta que la OMS, desde el primer momento (enero 2020) en una valoración científica y no política, consideró como factores decisivos de la difusión del virus la movilidad y los desplazamientos, así como las reuniones privadas en grupos acumulados.

3ª. Constitucionalmente y desde el primer momento (ATC 40/2020) se preservó la vida e integridad física (art. 15 de la CE) como derecho fundamental y se reconoció el derecho a la salud, como principio de política social y económica (art. 43 de la CE).

La libertad de circulación y de libre elección de residencia, con la utilización de conceptos formulados de modo abierto, produjo el efecto de moderar el rigor de la restricción, que no puede ser calificada de cesación del ejercicio de los derechos o de suspensión de su vigencia, encuadrable en el estado de excepción [art. 20 (1, 2, 3 y 4) de la LO 4/81 de 1 de junio] inaplicable al supuesto aquí examinado, pues sólo en el estado de alarma se pueden establecer limitaciones o restricciones (STC 83/2016, FJ 8).

4ª. En estas circunstancias se procuró una garantía de las finalidades perseguidas: arts. 15 y 43 de la CE, con lo que se reconoció que no había una alternativa menos restrictiva, pues se consideró que dicha limitación incidía en el libre desarrollo de la persona humana y, con ello, en la esencia de su dignidad, pero en la coyuntura descrita

representó una contribución muy importante para evitar el contagio masivo de una enfermedad entonces desconocida y mortal, produciendo un efecto dirigido a mantener el presupuesto ontológico de todas las manifestaciones humanas, que es la vida y los derechos fundamentales de ciudadanos afectados. Ello resultaba aplicable a la libertad de circulación, libre elección de residencia y reuniones privadas, por su directa vinculación las dos últimas con la primera, sin que el poder público haya impuesto una residencia determinada, dejando al margen los supuestos de libertad personal y permitiendo la movilidad de las personas para atender sus necesidades básicas.

5ª. En conclusión, en mi opinión debería haberse mantenido la constitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del R.D. 463/2020 y su inclusión en el estado de alarma, situación en la que los derechos no quedan suspendidos en su ejercicio durante la aplicación de la normativa establecida por tal declaración, que habilita al Gobierno para la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, en función de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art. 4 LOAES.

6. El segundo punto en que quiero centrar este voto particular gira en torno a la mención, dentro de la modulación de efectos que hace la sentencia de la mayoría, al artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Se afirma en el FJ 11.c) que “al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

El análisis de dicho tenor literal no debe entenderse así por dos motivos: a) porque el citado art. 3.2 regula supuestos indemnizatorios derivados de estados de emergencia que sean constitucionales; es decir, regula supuestos en que, a pesar de la constitucionalidad del estado de alarma, proceda acordar tales indemnizaciones; b) y, en conexión con lo anterior, el art. 3.2 citado no reconoce un derecho autónomo a percibir una indemnización, sino que ese derecho surgirá solamente cuando se den los requisitos

propios de cada régimen indemnizatorio (el expropiatorio, el de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública etc). En el sentido de estas notas es cómo considero que debe entenderse la mención que se realiza al artículo 3.2.

7ª. En estos precedentes razonamientos fundamento mi voto particular y discrepo del parecer de la mayoría de los magistrados.

Madrid a catorce de julio de dos mil veintiuno.