

El principi de proporcionalitat com a mesura de la limitació de drets i llibertats

ENOCH ALBERTÍ¹

Departament de Ciència Política, Dret Constitucional
i Filosofia del Dret de la Universitat de Barcelona

Aquesta ponència s'emmarca dins el cicle «Els efectes de la pandèmia. Perspectives multidisciplinàries». Sessió «La dimensió jurídica de la crisi sanitària, amb una especial referència a l'afectació dels drets de les persones» (28 d'octubre de 2020).

1. No hi ha dubte que moltes de les mesures que s'han adoptat per fer front a la pandèmia de la COVID-19 han suposat una restricció important d'alguns drets fonamentals i llibertats públiques. A conseqüència d'aquestes mesures s'han produït limitacions directes d'alguns drets, com per exemple la llibertat de moviment, a causa dels diversos tipus de confinaments (domiciliari, perimetral, horari) i del tancament de fronteres, i el dret de reunió, per les restriccions de les trobades de les persones, tant públiques com privades. Però també s'han produït restriccions colaterals de molts altres drets, com els de manifestació i de sufragi o la llibertat de culte, entre d'altres, que s'han vist afectats de manera indirecta per les limitacions establertes al moviment o la reunió de persones. També altres drets, que no tenen la consideració de fonamentals, com la llibertat d'empresa i el dret a la propietat, entre d'altres, han patit afectacions de diversa mena com a resultat de les mesures dictades per lluitar contra la pandèmia i les seves conseqüències socials i econòmiques. És clar, doncs, que la situació extraordinària de crisi sanitària que estem vivint ha tingut, i està tenint, un impacte molt notable en els drets de les persones, reconeguts en instruments internacionals, la Constitució i les lleis.

2. Els drets, en general, no són il·limitats. La qüestió essencial, des d'un punt de vista jurídic, no rau en si s'ha produït una restricció d'un dret, sinó a determinar si

1. A/e: e.alberti@ub.edu.

aquesta restricció és legítima o no, en el sentit de si és conforme o no a les normes superiors de l'ordenament jurídic, de caràcter constitucional i internacional.

Això planteja diverses qüestions importants, i especialment dues: en primer lloc, quin és l'instrument jurídic que pot establir aquestes limitacions i quines condicions ha de complir; i en segon lloc, quins criteris s'han d'emprar per valorar la legitimitat de les restriccions.

3. Sobre l'instrument jurídic, la primera qüestió que es presenta és si la limitació de drets s'ha de produir a través de legislació d'excepció o de legislació ordinària. És difícil donar una resposta general a aquesta qüestió, com mostra la diversitat de reaccions dels estats europeus davant la mateixa situació. Depèn del tipus de limitació i de la seva intensitat, certament, però també de les característiques de cada sistema jurídic i de la seva cultura, jurídica i política.

Però en segon lloc, i sigui quin sigui el tipus de legislació aplicable, les limitacions de drets han d'estar previstes en una llei i, a més, aquesta llei ha de ser suficientment concreta i específica, de tal manera que resulti previsible en la seva aplicació. Aquesta és la doctrina general del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) i també del Tribunal Constitucional espanyol. En aquest sentit, cal destacar que la legislació ordinària espanyola, en l'àmbit sanitari, resulta extraordinàriament genèrica, oberta i indeterminada en les seves previsions, la qual cosa probablement ha propiciat el recurs a la legislació d'excepció, com és l'estat d'alarma, durant una bona part del temps de lluita contra la pandèmia, i també ha cridat a una més intensa intervenció judicial.

4. El criteri que serveix per valorar la legitimitat de les mesures restrictives de drets és, aquí i a pràcticament tots els països del nostre entorn i a les institucions europees (Consell d'Europa, inclòs el TEDH, i la Unió Europea), el principi de proporcionalitat, de tal manera que s'ha erigit en l'element essencial per avaluar les limitacions de drets.

La valoració de la proporcionalitat es configura com un test en tres passos, que s'aplica a les mesures que estableixen limitacions de drets: el primer pas consisteix a determinar si la mesura és idònia per aconseguir la finalitat que persegueix i que prèviament ha d'haver estat qualificada al seu torn com a legítima, per emparar un bé digne de protecció, com pot ser per exemple la salut o la vida de les persones, o la capacitat del sistema sanitari. La mesura restrictiva, per tant, ha d'estar funcionalment encaminada a aconseguir aquesta finalitat.

Un cop superat aquest pas, es passa a l'examen de necessitat: no és possible aplicar altres mesures alternatives que suposin una restricció menor. I aquí és on generalment es presenten més problemes, perquè superar aquest pas requereix una justificació molt sòlida de la mesura, no només des d'un punt de vista jurídic, sinó també material i tècnic. Es tracta bàsicament d'un judici d'oportunitat,

i, com que el ventall d'opcions pot ser molt ampli, l'òrgan que adopta la mesura ha de fonamentar molt bé la que pren, en funció del context on s'ha d'aplicar. Són decisions que s'han de prendre moltes vegades en situacions d'incertesa, com va ser especialment al començament de la pandèmia, pel desconeixement científic i mèdic, i en aquests casos el principi de precaució, necessari d'altra banda, pot conduir a intensificar les restriccions. La necessitat s'ha de valorar, doncs, segons el context i l'estat del coneixement existents.

I el tercer pas consisteix en l'examen de la proporcionalitat en sentit estricte: l'anàlisi de la relació entre costos i beneficis de la mesura restrictiva, per valorar si val la pena o si resulta excessiva. Aquesta és una valoració política, i a vegades també ètica, que pot generar discrepàncies importants.

5. L'examen de la proporcionalitat no és fàcil. Entre altres motius, perquè integra valoracions tècniques, judicis d'oportunitat i fins i tot consideracions ètiques i morals, que poden ser, totes elles, discutibles.

L'exigència de proporcionalitat va dirigida, d'una banda, als actors polítics, les institucions que decideixen les mesures, i, d'altra, als tribunals, que les han de controlar com a part de la seva funció jurisdiccional. Per als primers suposa que han de justificar i fonamentar adequadament les decisions que prenen, explicitant-ne els motius en el context de la situació en la qual s'han d'aplicar. L'examen de proporcionalitat s'ha d'incorporar en el procés de presa de decisions, al Parlament, al Govern i a l'Administració. I per als segons suposa que, en la seva funció revisora, han d'examinar si la mesura està suficientment justificada des del punt de vista de la proporcionalitat, però no poden substituir les institucions decisòries, ja que ni és la seva funció ni tenen l'expertesa per realitzar valoracions tècniques ni la facultat per fer judicis polítics, ètics o morals. El seu control ha de ser formal i extern: comprovar que existeix una justificació suficient i que aquesta és raonable. La relació entre els dos actors de la proporcionalitat és de vasos comunicants: com més sòlida sigui la justificació de l'òrgan que ha decidit, menys intervencionista serà el control judicial, i a la inversa: si no existeix una bona motivació de la mesura, més incisiu pot ser el control judicial.

Els tribunals a Espanya han tingut, no obstant, un paper molt actiu en el control de la proporcionalitat, a vegades ultrapassant la seva funció revisora típica i realitzant valoracions tècniques i polítiques que corregien i substituïen les de les institucions decisòries. Aquesta intensa intervenció judicial, que s'ha fet a més amb resultats molt diversos, ha tingut lloc especialment quan, ja fora de l'estat d'alarma, s'ha aplicat la legislació ordinària, que requereix l'autorització prèvia dels tribunals de les mesures generals limitadores de drets, que se suma, de manera molt discutible, al control posterior que constitueix el règim ordinari de l'actuació judicial.