

Los efectos de la COVID-19 en el ordenamiento constitucional de España

Carlos Vidal Prado

En España tenemos en nuestra Constitución una regulación acerca de los estados de emergencia constitucional, lo cual no ocurre en todos los países. En Italia, por ejemplo, no lo tienen previsto, y mis colegas italianos están teniendo muchos problemas para analizar las decisiones que se están tomando, ya que muchas veces tienen la forma de decretos del Consejo de Ministros y otras, incluso, de decretos del presidente de este, que actúan en algunas ocasiones sin mucha cobertura constitucional.

El artículo 116 de nuestra Constitución regula los estados de emergencia constitucional, que son tres: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. La Constitución los regula en ese artículo —que tiene seis apartados bastante largos— y luego remite a una ley orgánica el desarrollo de ellos. Nosotros, los profesores de Derecho Constitucional, siempre hemos explicado dichos estados diferenciándolos en varios aspectos; el principal es que el estado de alarma no tiene que ver con problemas de orden público, mientras que el estado de excepción y el estado de sitio sí tienen relación con estos.

En segundo lugar, el estado de alarma no permite suspender derechos, sino solo limitarlos, en tanto que el estado de excepción y el estado de sitio sí lo permiten. Y, en tercer lugar, la intervención del Parlamento es diferente en cada uno de los tres estados.

El gobierno tiene la posibilidad de dictar el estado de alarma sin necesidad de tener autorización previa del Parlamento, aunque solo por

Los efectos de la covid-19...

15 días, y, a partir de estos, es el Congreso de los Diputados el que tiene que autorizar la prórroga. En el estado de excepción, el gobierno necesita la autorización previa del Congreso de los Diputados. El estado de sitio sería el más grave, ya que lo tiene que declarar la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados a propuesta exclusiva del gobierno; es decir, se invierten los términos.

Entonces, esos son los tres estados que hemos diferenciado en nuestras lecciones en la universidad con base en los tres elementos referidos, sobre todo en el orden público.

Cuando nos encontramos ante una situación como la que tenemos ahora, parece clarísimo que se da el supuesto habilitante en el estado de alarma, que —dice la Constitución— será declarado por el gobierno mediante un decreto acordado por el Consejo de Ministros durante un plazo máximo de 15 días, dando cuenta al Congreso de los Diputados reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá prolongarse dicho tiempo.

Si luego nos remitimos a la Ley Orgánica 4/1981 (aprobada poco después del intento de golpe de Estado que hubo en 1981), el artículo 4 dice que el gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional o parte de él cuando se produzca alguna de las alteraciones graves de la normalidad expuestas a continuación.

En primer lugar, se consideran las catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como los terremotos (la ley da varios ejemplos: inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud). En segundo lugar (y esta es, evidentemente, la alteración grave que había en España en ese momento), se encuentran las crisis sanitarias, como las epidemias y situaciones de contaminación graves. Y en tercer lugar, está la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28-2 y 37-2 de la Constitución (derecho de huelga y negociación colectiva en los trabajadores) y cuando concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas el artículo 116.

De tal modo, la paralización de los servicios públicos necesita que concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en dicho artículo, debido a lo cual esta alteración no habilitaría por sí sola la declaración del estado de alarma; sin embargo, la primera y la

segunda alteraciones, sí, y la cuarta, que consiste en situaciones de primera necesidad, también.

El gobierno español declara el estado de alarma con el Decreto 463/2020, del 14 de marzo, que ya ha sido prorrogado en varias ocasiones, todas por 15 días (podrían ser más, pero es mejor que sean así, porque al menos se está garantizando que el gobierno acude al Parlamento cada 15 días a pedir esa autorización y de esa manera el papel del Congreso se ve respetado).

En concreto, la ley orgánica permite en su artículo 11 que se tomen las siguientes medidas (lo cual no quiere decir que tengan que tomarse todas, pero podrían tomarse). Primero, limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. Segundo, practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. Tercero, intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza (con excepción de domicilios privados), dando cuenta de ello a los ministerios interesados. Cuarto, limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. Y quinto, impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado D del artículo 4.

Ese es el marco que le permite al gobierno actuar en esa declaración del estado de alarma y es lo que debió hacer en el decreto que acabo de mencionar.

En cuanto a la autoridad competente en España, las competencias en materia de sanidad son de las comunidades autónomas. El estado de alarma permite centralizar el mando en una sola autoridad, que sería el Ministerio de Sanidad; en este caso, el decreto especificó que fueran cuatro: el de Sanidad, el principal, pero también el de Defensa, el del Interior y el de Transporte.

Lo anterior, porque eran los que se veían más afectados por las medidas limitadoras de la circulación de movimientos y porque el ejército está colaborando por medio de la Unidad Militar de Emergencias en labores de desinfección y de otro tipo, al igual que la policía. Todo eso estaría centralizado en un mando único que sería el del Ministerio de Sanidad, y aunque las competencias en materia sanitaria siguen

Los efectos de la COVID-19...

siendo de las comunidades autónomas, pueden ser coordinadas o dirigidas desde él.

Se ha demostrado que lo que ha ocurrido no ha sido ningún tipo de centralización, sino una cooperación reforzada entre el gobierno central y las comunidades autónomas. Las decisiones principales las toma el gobierno central y las comunidades llegan a un cierto límite.

Eso generó, desde el punto de vista de un Estado descentralizado como el nuestro, un problema muy relevante. Ocurrió, por ejemplo, que una de las decisiones que se tomó inicialmente fue la de prohibir a las comunidades autónomas acudir al mercado internacional para comprar material de protección para sus sanitarios y fuerzas de orden público; sin embargo, las comunidades habían estado comprando este material. Fue tal el caos en los primeros días, debido a que el Ministerio de Sanidad no fue capaz de hacer esa contratación al ritmo adecuado, que en Madrid, durante tres o cuatro días, prácticamente se detuvo la llegada de todo este tipo de equipamiento.

Al final, el Ministerio de Sanidad se dio cuenta de que no tenía la capacidad para ese tipo de contratos muy voluminosos y lo delegó al Ministerio de Hacienda, que sí tiene esa capacidad de contratación, y, a la vez, se volvió a permitir a las comunidades autónomas que siguieran contratando por su cuenta.

Tendremos que revisar por qué el Estado central ha dejado disminuir tanto las estructuras e incluso el número de funcionarios en comparación con los que tienen las comunidades autónomas, de modo que, cuando surge una situación de emergencia como esta, no tenemos medios para afrontarla, al menos en un primer momento. Esto nos tiene que hacer reflexionar: el que un Estado sea descentralizado no significa que todo tenga que estar absolutamente descentralizado, sino que incluso en aquellas materias en las cuales las competencias son de las comunidades autónomas, la estructura central tiene que ser suficientemente potente para afrontar este tipo de situaciones o, por lo menos, tener protocolos de actuación que en muy breve tiempo le permitan desplegar una estructura que habitualmente no tiene desplegada.

Esa es una primera cuestión que reflexionar para el futuro en los estados descentralizados que creemos que en España deberíamos revisar.

La diferencia entre el estado de alarma y los demás estados era, por un lado, el orden público. Debo decir que no podemos equiparar un problema de orden público a un problema de terrorismo, revolución o levantamientos armados en ciudades. Hay otros elementos y, por ello, la diferencia ya no es tan clara entre estado de alarma y estado de excepción.

El segundo elemento que considerar es la limitación de suspensión de derechos. Esta es una discusión muy técnica en España. Para observar el debate en torno a este tema, se puede ingresar a la página web derechocovid.com, que ha integrado el profesor Lorenzo Cotino, de la Universidad de Valencia, y es un observatorio acerca de derecho público constitucional y la COVID-19 que recoge diversas publicaciones académicas.

La limitación o suspensión de derechos se ha vuelto la discusión principal y algunos estamos defendiendo que hemos llegado a un nivel de suspensión de derechos, no solo de limitación. En primer lugar, porque ya el propio planteamiento del decreto del estado de alarma (y aquí sigo la tesis del profesor Díaz Revorio) es, en mi opinión, erróneo; es decir, si hablamos de una limitación del derecho, el principio general es que este se sigue pudiendo ejercitar y hay excepciones. El decreto hace lo contrario: dice que no es posible la circulación salvo en casos muy limitados, como las profesiones en que no se puede trabajar telemáticamente y que son servicios esenciales. Tendría que haberse dicho que una persona puede seguir ejerciendo el derecho salvo en ciertas circunstancias.

Existe un artículo de la profesora Paloma Resejo, de la Universidad de Oviedo, en el número 51 de la *Revista de Derecho Político*, que se titula “¿Suspensión o supresión de derechos fundamentales?”; este señala que el Estado de derecho no entra en cuarentena y que la diferencia entre limitación y suspensión se refiere a que durante la limitación hay que respetar el contenido esencial del derecho al que se refiere el artículo 53-1 de la Constitución Española, el cual indica que los derechos pueden regularse por la ley respetando, en todo caso, su contenido esencial; en contraste, con la suspensión podrían llegarse a afectar elementos de ese contenido esencial. Por tanto, la limitación no puede afectar el contenido esencial, mientras que la suspensión, sí.

Los efectos de la COVID-19...

En mi opinión, el problema de quienes están defendiendo que no estamos ante una suspensión (porque no hay una falta de vigencia transitoria de estos derechos) es que tienen un concepto de suspensión que no es el que deberían utilizar. La suspensión es compatible con que el derecho siga vigente; lo que ocurre es que hay elementos del contenido esencial que dejan de estarlo porque la Constitución permite un paréntesis en la aplicación del artículo 53.

Por ende, creo que estamos en una suspensión *de facto* de esos derechos fundamentales y entiendo que el gobierno hizo bien en declarar el estado de alarma, pero a partir de la segunda o tercera semana tuvo que plantearse ya el estado de excepción, pues creo que se había dado ya uno de los elementos que habilitan al gobierno para tomar esta decisión.

Lo anterior, porque el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981 enumera las posibilidades que tiene el gobierno y lo habilitan para pedir esta autorización al gobierno. Primero, cuando se vea gravemente alterado el libre ejercicio de los derechos y las libertades de los ciudadanos; en segundo lugar, cuando se vea gravemente alterado el normal funcionamiento de las instituciones democráticas; en tercer lugar, cuando se vea gravemente alterado el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, y en cuarto lugar, cuando se vea gravemente alterado cualquier otro aspecto de orden público.

Entonces, si se ven gravemente alterados algunos de esos elementos, de tal manera que el ejercicio de las potestades ordinarias sea insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el gobierno puede pedir la autorización al Congreso para declarar el estado de excepción.

Yo creo que el servicio público esencial de la sanidad estaba gravemente alterado en la segunda o tercera semana del estado de alarma y, por lo tanto, podía haberse decretado el estado de excepción. Además, considero que esto habría sido más garantista incluso desde el punto de vista democrático, porque habría permitido una mayor intervención del Parlamento, pues, en este caso, es el que tiene que fijar en su autorización los siguientes extremos.

En primer lugar, tiene que determinar los efectos del estado de excepción con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita y que no pueden ser otros que los enumerados en el numeral 1 del artículo 55 de la Constitución. Es decir, se pueden suspender esos

derechos, no otros, y no significa que se tengan que suspender todos. Por ejemplo, no tiene sentido que se suspenda el derecho de libertad personal motivado por una situación de pandemia, pero sí lo tendría si hubiera un problema de terrorismo, violencia o desórdenes públicos.

En segundo lugar, eso lo decide el Congreso, no el gobierno, y también determina el ámbito territorial del estado de excepción y su duración, que no podrá exceder los 30 días, aunque esto puede ser prorrogable.

En tercer lugar, precisa la cuantía máxima de las sanciones pecuniaras que la autoridad gubernativa está autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

Otra cuestión que ha sido polémica yace en que otros apartados del artículo 116 determinan que, en cualquiera de estos estados, el gobierno necesita también estar sometido a más controles que nunca y, por lo tanto, el Congreso tiene que estar más activo. Es más, si el Congreso no estuviera en aquel momento en periodo de sesiones, lo que dice el artículo 116-2 es que el gobierno debe dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma, reunido enseguida el Congreso a efectos; es decir, obliga a este a reunirse de modo inmediato. Si nos hubiera encontrado esta declaración de estado de alarma en un momento del Congreso o de cámaras disueltas y, en consecuencia, pendiente de nuevas elecciones, la que ejercería esta función sería la Diputación Permanente, y esto también está previsto en la Constitución. Asimismo, dice que las declaraciones de los estados de alarma, excepción y sitio no modificarán el principio de responsabilidad del gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes; o sea que el gobierno sigue siendo responsable. De igual modo, menciona que no puede procederse a la disolución del Congreso mientras esté declarado alguno de los estados.

Es decir, en todo momento la Constitución pretende garantizar que el Congreso esté plenamente activo, aunque ocurrió que algunos diputados se contagiaron durante las primeras semanas. Eso generó cierta alarma en el Parlamento y automáticamente se decidió que fueran suspendidas las actividades parlamentarias durante dos semanas. Es claro que debieron haberse habilitado medios para poder continuar traba-

Los efectos de la COVID-19...

jando telemáticamente, pero estuvieron casi cinco semanas sin actividad. Para mí fue una decisión a todas luces anticonstitucional.

Esa decisión pudo incluso ser motivo de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, porque impidió a los diputados ejercer sus funciones, al vulnerar su derecho de participación política y a la representación de sus electores.

Otro elemento que ha sido problemático es que, al amparo de un decreto de alarma, se han tomado muchas medidas económicas, algunas de ellas mediante decretos leyes. El decreto ley en España es una norma con rango de ley que puede aprobar el gobierno de modo provisional y al cabo del plazo máximo de 30 días tiene que ser convalidado o derogado por el Congreso de los Diputados.

Ha habido decretos leyes muy problemáticos. Por ejemplo, en un decreto ley de medidas económicas se introdujo una disposición adicional según la cual se modificaba la ley del Centro Nacional de Inteligencia español, o sea, de los servicios secretos españoles. Para mí, es manifiestamente inconstitucional esta disposición.

Hubo otro decreto ley que indicaba que no se podía despedir y consideraba nulos todos los despidos producidos durante el estado de alarma. Para mí, esto es una violación de la libertad de empresa, un derecho que no puede ser suspendido ni siquiera en estado de excepción.

Otra violación a este derecho fue otro decreto ley en el que, durante dos semanas, se hizo una especie de confinamiento más radical e incluso las actividades permitidas en el decreto de alarma inicial se eliminaron y solo se dejó ir a trabajar a personas de sectores muy esenciales. Se dijo que eso se iba a reponer con un permiso retribuido recuperable que no está previsto en la ley, en el Estatuto de los Trabajadores, y que obliga a los empresarios a negociar con los trabajadores la recuperación de esos días, pero con un plazo y unas condiciones que las determinaba el gobierno. Eso lesiona el derecho a la negociación colectiva y la libertad de empresa. Puede obligarse a una empresa a que cierre, pero no puede decirse cómo tiene que organizarse luego para reponer el trabajo perdido durante esos días; serán las empresas las que lo decidan de acuerdo con sus trabajadores, pero no el gobierno.

Otro elemento que debemos revisar consiste en que en España casi nos habíamos olvidado de normas referentes a la salud pública y la sanidad bastante problemáticas.

La Ley 3/87 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública contiene algunos elementos que, en mi opinión, habría que hacer compatibles con la Ley Orgánica de Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Es una ley muy breve (con cuatro artículos) y dice que las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán adoptar medidas para proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro. Por ejemplo, su artículo segundo indica que las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a una situación sanitaria concreta de una persona o un grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Su artículo tercero indica que, 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 ellos y del medioambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Creo que en situaciones de salud pública es necesario establecer mecanismos de control para los ciudadanos a fin de evitar la transmisión de enfermedades, y, de hecho, es lo que han realizado algunos países como Corea del Sur, Japón u otros donde han tenido controladas a las personas por medio de aplicaciones informáticas geolocalizadas. Mientras sea algo voluntario, no plantea ningún problema, pero este surge cuando se hace de modo forzoso o sin requerir el consentimiento de esas personas.

En España, en la oleada de órdenes ministeriales derivadas del decreto de alarma, había decisiones que incluían aplicaciones informáticas de geolocalización de los ciudadanos para cuando ya tengamos un mapa de zonas de contagio. Si alguien no da su consentimiento, yo lo veo muy problemático; no quiero decir que no sea posible, sino que son datos personales que hay que proteger. Incluso el reglamento europeo de protección de datos recoge esta posibilidad, pero es otro elemento que se debe revisar, al igual que las leyes de sanidad, para ver si son compatibles absolutamente o armonizarlas con la legislación de estados de emergencia.

Los efectos de la covid-19...

Otros problemas incluyen el tema de las sanciones administrativas por el incumplimiento de las medidas de confinamiento. Esto ha sido muy confuso porque en el decreto del estado de alarma no están concretadas e incluso ha habido un informe de la Abogacía General del Estado en el que se dice que la infracción de desobediencia prevista en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana solo se puede aplicar a aquellas personas a las que, tras haber incumplido la obligación de confinamiento, se les haya requerido y no hayan atendido al requerimiento.

Sin embargo, el Ministerio del Interior está sancionando automáticamente a las personas a las que se les pregunta el motivo por el cual están en la calle y no son capaces de acreditar que van a hacer una compra, a la farmacia o a su trabajo. El problema es si estas sanciones son válidas o no y si el hecho de que las hayan aplicado automáticamente puede provocar que muchas de ellas sean nulas, y, claro, teniendo el informe de la Abogacía General del Estado y habiendo ya algunas decisiones judiciales acerca de esto.

También plantean problemas los decretos que suspenden las convocatorias de elecciones en Galicia y el País Vasco. Los presidentes de ambas comunidades, antes de dictar los decretos, se reunieron con los partidos políticos y todos estuvieron de acuerdo en suspender los comicios; se elaboraron los borradores de decretos y se enviaron a las juntas electorales, las cuales hicieron informes avalando la legalidad o, por lo menos, la no ilegalidad de los decretos (la legalidad es difícil avalarla porque no había ley que previera esa cuestión).

Lo anterior da lugar a una situación un poco particular, y es que tenemos a los gobiernos gallego y vasco en funciones sin control parlamentario; lo que hay es una diputación permanente, pero no es lo mismo y no se sabe cuánto tiempo van a seguir en funciones. Es una situación nunca antes vista.

La conclusión es que todo lo que está sucediendo en España y en el mundo nos tiene que llevar a revisar, cuando todo esto acabe o por lo menos se suavice, la normativa en muchos sectores y en muchos ámbitos, porque no habíamos previsto que esto podía ocurrir.

Por ejemplo, en España yo creo que hay que revisar la Ley Orgánica de Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Probablemente haya que ampliar las posibilidades en estado de alarma para no tener que dis-

cutir en torno a si esto es una limitación o suspensión y para ampliar las medidas en él y en lo que permita la Constitución o, incluso, reformarla.

Toda la normativa electoral hay que revisarla para introducir elementos acerca de qué pasa en situaciones excepcionales. Se deben revisar los reglamentos parlamentarios y las leyes de salud pública. Hay varias tareas que hacer por parte del Poder Legislativo para adaptar la normativa a esta nueva situación en la que vamos a vivir.

En España, el gobierno utiliza mucho el término *desescalada*. Se afirma que vamos a vivir una desescalada en el estado de alarma y en la situación de confinamiento y que llegaremos a una “nueva normalidad”; esto en parte es verdad, porque nuestra vida no será como antes. El nuevo virus nos ha planteado que puede haber una pandemia en el mundo y que hay que estar preparados no solo sanitariamente, sino también desde el punto de vista normativo. Hay muchas cosas que tenemos que revisar, porque quizá esto vuelva a ocurrir y no nos puede volver a encontrar absolutamente desprevenidos.

Este apartado pertenece a la obra
Tiempos de pandemia. Diálogos sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, la cual es acervo del TEPJF.