

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES DESDE EL
CONFINAMIENTO

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS FROM THE CONFINEMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 16-23

Remedio
SÁNCHEZ
FERRIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Se exponen los contenidos más destacados tanto del texto constitucional como de la LO de desarrollo, destacando la importancia de respetar los principios y garantías a que ha de atenerse el Gobierno como titular, y consiguientemente responsable, de los poderes especiales que del derecho de excepción se derivan. Para centrar la cuestión en el presente caso de la pandemia COVID-19 se comparan las consecuencias jurídicas de dos diferentes soluciones por las que, en aplicación del art. 116 CE, pudo optar el Gobierno y los inconvenientes de la solución adoptada en favor del estado de alarma.

PALABRAS CLAVE: Derecho de excepción; garantías constitucionales.

ABSTRACT: *The most outstanding contents of both the constitutional text and the LO of development are exposed stressing the importance of respecting the principles and guarantees to which the Government must abide as holder, and consequently responsible, of the special powers derived from the right of exception. To focus the question on the present case of the Covid pandemic 19, we compare the legal consequences of two different solutions for which, in application of art. 116 CE, the Government was able to choose and the disadvantages of the solution adopted in favor of the state of alarm.*

KEY WORDS: *Right of emergency; Constitutional guarantees.*

1. Sin perjuicio de las múltiples facetas jurídicas desde las que se puede analizar el origen, y fundamentalmente los efectos, de la pandemia declarada por el COVID-19 en tantos países y en particular en España, solo he de referirme a la regulación constitucional y a los problemas surgidos de la opción escogida por el Gobierno español al hacer frente a tan grave problema.

La Constitución de 1978 dedica el art. 116 al reconocimiento de 3 estados o situaciones de carácter excepcional con los que se trata de salir al paso de graves riesgos para el orden constitucional establecido permitiendo por ello que temporalmente se suspenda la aplicación ordinaria de los poderes y competencias propias del Estado de Derecho en que vivimos y pueda acumularse en un mando único (lógicamente, en manos del Gobierno) cuantas competencias resulten necesarias para “reequilibrar” la situación de peligro sobrevenida. Nada de todo ello afecta al carácter democrático del ordenamiento sino al contrario; se trata de mecanismos expresamente previstos para la defensa del orden constitucional que, en nuestro caso, además se han querido tipificar en forma diferenciada en tres supuestos (con su respectiva y diversa regulación) justamente para evitar recurrir al otro sistema de defensa del orden constitucional conocido en nuestro entorno cultural y político, el conocido como dictadura constitucional que contemplaba la Constitución de Weimar y sigue hoy vigente en Francia (art. 16 de la Const. de 1958). Pues bien, dicho art. 116 CE ha sido desarrollado por la L.O. 4/1980, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (conocida como “ley de estados”), que desarrolla las referencias constitucionales al estado de alarma, de excepción y de sitio. Aunque debo advertir ya que en este comentario me limito a la regulación de los dos primeros pues es su aplicación la que ha generado polémica doctrinal y porque nada relaciona la situación actual con el estado de sitio.

2. Tanto la Constitución como la ley reguladora fijan bien los principios que han de presidir su aplicación. El más significativo es sin duda *el mantenimiento del normal funcionamiento de las instituciones* y en especial del Congreso de los Diputados (que ha de reunirse de inmediato y no puede en modo alguno ser disuelto), no pudiendo tampoco mientras dure la declaración de uno de tales estados, iniciarse una reforma constitucional; en segundo lugar el art. 116.6 recuerda que la declaración de alguno de los estados no modificará “*el principio de responsabilidad*” del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

• Remedio Sánchez Ferriz

Catedrática de Derecho Constitucional, Universitat de València. Correo electrónico: remedio.sanchez@uv.es

Aun cuando expresamente no se recuerde, es obvio que la concreción de las medidas ha de ser conocida por el Congreso en el caso de alarma, y aprobada y determinada por él en el caso de la excepción; ni puede ignorarse que la propia Constitución establece los tiempos máximos de cada declaración. Pero no acaba ahí la referencia a principios de aplicación puesto que la LO 4/1981 precisa la (tacita) previsión constitucional sobre las medidas al precisar la Ley que tanto estas como la duración, serán, en cualquier caso, las *estrictamente indispensables y proporcionadas* a las circunstancias. Por último, se confirma el *carácter excepcional* de la declaración de estados al precisar la Ley que, al finalizar, decaerán en su eficacia competencias ..., así como las concretas medidas adoptadas tras la declaración formal del estado excepcional de que se trate.

La importancia de la mencionada regla constitucional de no interrupción *del normal funcionamiento* de las funciones constitucionales del Estado se confirma en el art. 3 de la LO que concreta la *responsabilidad* consagrada en el art. 116.6 CE en dos consecuencias jurídicas determinadas: la impugnabilidad de todos los actos y medidas que puedan adoptarse y la indemnización a potenciales perjudicados por dichas medidas.

3. Tal como se ha dicho, solo nos vamos a ocupar de dos de los tres estados previstos en el art. 116 CE, *el de alarma y el de excepción*. Es cierto que el Gobierno español ha optado por el primero de ellos, probablemente por la aversión que produce el uso del término excepción (Tomás de la Quadra, en *El País*, 28/4/20), aunque a mi juicio obedece esta opción más bien a la comodidad que para el Gobierno supone declarar un estado del que *a posteriori* ha de dar cuenta al Congreso en una situación tan sumamente grave en la que difícilmente se le pondrían objeciones para su apoyo. En efecto, declarar el estado de excepción hubiera supuesto la previa autorización del Congreso. pero no solo; lo más determinante es que *la Cámara también es la que debe configurar las medidas y condiciones* de tal declaración, tal como dispone el 116.3:

El estado de excepción será *declarado por el Gobierno* mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, *previa autorización del Congreso de los Diputados*. La autorización y proclamación del estado de excepción *deberá determinar expresamente los efectos* del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos”.

Resultaba, como he dicho, mucho más fácil optar por la alarma y diría también que más razonable ante la *urgencia y la gravedad de la situación* en que no cabían dilaciones. En efecto, en el caso de declarar el estado de alarma bastaba dar

cuenta al Congreso *a posteriori* de la decisión tomada solo por el Gobierno, tal como el propio art. 116 CE dispone:

“2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, *dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo*. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

Si pensamos en la inmediatez propia de las acciones del poder ejecutivo (frente a la dilación que todo debate y deliberación propia del poder legislativo comporta), ello es una razón que la justifica, y la facilidad con que podía adoptar decisiones el Gobierno pudo verse avalada, como segunda razón, por la expresión literal de la LO reguladora que, en su art. 4 establece que “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca *alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad*:

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, ...terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves...*”.

Visto así, la letra de la norma avala, sin duda alguna, la opción escogida y parte de la doctrina también lo sostiene como acierto; así, Cotino Hueso, Garrido Mayol, etc. No obstante, sostengo que tal vez hubiera sido más apropiada la opción de declarar el estado de excepción, por las razones que voy a exponer. No se me oculta que la LO reguladora, en su art. 13.1 dispone lo siguiente:

“Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o *cualquier otro aspecto del orden público*, resulten tan gravemente alterados ...”.

Es justamente esa expresa referencia al *orden público* la que centra el aval de la doctrina para sostener que el estado de alarma era el apropiado al caso, por tratarse de un problema sanitario y no de orden público. Pero, a mi juicio, esa referencia a “cualquier otro aspecto del orden público” no se refiere solo a desórdenes públicos sino al mantenimiento del orden constitucional; no en vano la disyuntiva “o” avala la interpretación de que la simple limitación “del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”, o del “normal funcionamiento de las instituciones democráticas” son ya, en si mismas, e incluso aisladamente

consideradas, una u otra, razones o supuestos que justifican la declaración del estado de excepción (posición en la que, por lo demás coincide autorizada doctrina como Aragón Reyes, Vidal, o Ruiz Miguel). Pero hay otras razones relacionadas con el normal funcionamiento de los órganos constitucionales, con la duración de uno u otro estado y también referidas a la legitimación de las medidas adoptadas que ya me parecieron importantes al principio y que, además, han venido a ser confirmadas por la realidad de estos dos meses de experiencia.

Por lo que se refiere a la primera razón, la situación en que se halla el Congreso de los Diputados dista mucho de la de un normal funcionamiento. La lógica y legítima dirección por parte del Gobierno no ha debido suponer *la hibernación* en que parece hallarse el Congreso, por lo demás vacío prácticamente. El deber de trabajar en los servicios esenciales del país, especialmente sanitarios, pero no solo, debió también aplicarse a la Cámara (bien disponiendo de los amplios espacios de tribuna pública de que dispone, o bien adoptando las mismas prevenciones de uso de mascarillas y guantes que se imponen a tantos sectores de la población). Vidal insistió en este punto y Ruiz Miguel se preguntaba si acaso no está peligrando seriamente el Estado de Derecho. Llama este último la atención sobre la debilidad de la cobertura de las medidas: Real Decreto 463/2020 de 13 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, modificado por el RD 465/2020, que “suspende” y “limita” (en realidad, en muchos casos, suspende) varios derechos constitucionales. El RD a su vez ha sido desarrollado por varias órdenes ministeriales, en especial del Ministerio de Sanidad, las más graves de las cuales son la SND/297/2020 (que permite la geolocalización) y la SND/298/2020 (que suspende los funerales), y tanto otros que han afectado a la libertad de empresa, etc. etc.

4. De ahí que quepa hablar de las aporías constitucionales de la solución escogida. Más allá del acierto o no de la elección, es lo bien cierto que se han suspendido derechos, incluso de carácter personal (como la total limitación de visita a los progenitores en centros de la Tercera Edad, o la libertad de conciencia religiosa) por mor de la declaración de un estado de alarma al que la Constitución niega tal posibilidad, solo permitida en los casos de excepción o de sitio; ello es así constitucionalmente sin perjuicio de que la peligrosidad y la gravedad de la situación sanitaria, haya silenciado ningún tipo de crítica ya que hubiera parecido la negación del riesgo o la indiferencia ante tanto dolor de las familias afectadas por las numerosas muertes.

Por ello, en segundo lugar, la actuación normal del Congreso resultaba más necesaria que nunca para unificar (e institucionalizar) las eventuales críticas o el simple ofrecimiento de ideas a un Gobierno totalmente desbordado por una realidad desconocida en las últimas décadas; por lo demás, ello habría permitido

mantener el equilibrio propio del sistema parlamentario en un momento en que los poderes se habían acumulado tanto en manos del Gobierno y, además, ello también habría permitido compartir la responsabilidad de decisiones tan extraordinarias como las que se han ido adoptando. En este sentido, no debe olvidarse que el art. 6.2 de la LO reguladora, dispone, en particular para el caso del estado de alarma, y aun sin necesidad de acudir al de excepción, que “Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso *podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga*”.

Pues bien, el planteamiento tan schmittiano con que se ha llevado a cabo la determinación de las medidas, sin intervención, ni apoyo, ni dialogo con las CCAA ni con la oposición, ha situado al Congreso ante un simple dilema: o convalidar la propuesta del Gobierno, o representar para la opinión pública la irresponsabilidad ante la gravedad de la situación. Y todo ello, en tercer lugar, se ha visto innecesariamente repetido en cuatro ocasiones por cuanto la primera declaración del estado de alarma y las tres ocasiones sucesivas en que se ha solicitado la prórroga, son 4 ocasiones en las que se repite el mismo planteamiento. Sin embargo, en el caso de haber optado por el estado de excepción hubiera supuesto, de una parte, como ya se ha dicho, la necesidad de pactar, de hablar, de oír otras partes (como las CCAA) y, de otra, haber tenido que prorrogar solo una vez puesto que el estado de excepción se declara para un mes con posible prórroga de otro mes.

5. Llegados a este punto ha de reflexionarse también sobre la normalidad, o no, de prorrogar el actual estado de alarma en forma que a fecha de hoy se desconoce su fin. Tampoco esta parece una aporía menor: La Constitución establece con claridad el plazo de 15 días y otros tantos para su prórroga; es cierto que no impone expresamente la limitación de una sola prórroga, pero no lo es menos que se trata de situaciones de carácter excepcional que en absoluto están pensadas para prolongarse sino para contar con la capacidad de reacción inmediata y, si cabe, organizar la reacción y continuidad posterior mediante el derecho ordinario.

Pues, en realidad, la inmensa mayoría de las medidas adoptadas hallan cobertura en nuestro ordenamiento jurídico. Si acaso, el confinamiento total de la población y su obligatoriedad en todo el territorio nacional, supone la situación más extraordinaria (y sin duda imprevista por el legislador, pero me atrevería también a decir que por el constituyente). Baste pensar en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Su art. 52.1 dispone: “Tendrá la consideración de autoridad sanitaria estatal el titular del Ministerio de Sanidad...” y, por no acudir ahora a la detallada regulación de infracciones y sanciones de los arts. 57 y siguientes, basta con recordar la prolija previsión de medidas especiales y

cautelares del art. 54, sin duda nos resultarán muy conocidas y similares a las adoptadas en los dos meses que estamos viviendo:

“... 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades...”, etc. etc.

La cuestión, pues, justo en el día de hoy mismo (en que se ha aprobado la tercera prórroga del estado de alarma), es determinar en qué medida se ha respetado la Constitución y cuál es el problema real que se nos presenta cara al inmediato futuro.

No me cabe duda de que la extraordinaria dimensión de la pandemia y sus efectos justifica cualquier inmediata actuación gubernamental (que siquiera debió retrasarse tanto). Pero precisamente esta grave situación que se ha llegado a comparar con tiempos de guerra, exigía (no por la letra de la Constitución, pero sí por los principios propios de todo Estado democrático de Derecho) la corresponsabilidad y las aportaciones de, al menos los dos grandes partidos de gobierno. Pudiendo, sin embargo, ser esta idea opinable, no lo es la ya repetida *postergación del Congreso de los Diputados*, ni la *falta de audiencias y participación de las CCAA* que no es incompatible con el establecimiento del mando único que habrían podido contribuir, no tanto por ejercer sus competencias que no era el caso ahora sino por la *experiencia de gestión y medios de que carece el Ministerio de Sanidad*. Sí creo importante la cuestión temporal de *repeticiones del estado de alarma* que puede acabar generando en la población incertezas que, como ya he dicho, dudo que tenga base constitucional suficiente ante las radicales limitaciones de derechos y libertades. Creo que Martínez Sospedra acierta cuando, preguntado por el planteamiento hecho por el Gobierno ante la tercera prórroga (“o la prórroga o el caos”, se repite en estos días), responde que *cabe seguir manteniendo las restricciones aun sin el estado de alarma; la cuestión de fondo, viene a decir, es la de quién manda y cómo*.