

La protección del derecho a la salud en tiempos de alarma sanitaria

JUAN CANO BUESO

Catedrático de Derecho Constitucional

Expresidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Exletrado Mayor del Parlamento de Andalucía

Resumen

El trabajo se centra en el análisis del derecho a la salud, en su configuración como derecho constitucional o principio rector, y en su protección mediante la declaración del estado de alarma en la pandemia sufrida con motivo de la COVID-19.

Palabras clave: derecho a la salud, protección, estado de alarma, COVID-19.

Resum

El treball se centra en l'anàlisi del dret a la salut, en la seua configuració com a dret constitucional o principi rector, i en la seua protecció mitjançant la declaració de l'estat d'alarma en la pandèmia patida amb motiu de la COVID-19.

Paraules clau: dret a la salut, protecció, estat d'alarma, COVID-19.

Abstract

The work focuses on the analysis of the right to health, in its configuration as a constitutional right or guiding principle, and in its protection through the declaration of the alert state in the pandemic suffered due to COVID-19.

Keywords: right to health, protection, alert state, COVID-19.

Sumario

- I. El derecho a la salud como «derecho».
- II. El derecho a la salud: ¿derecho constitucional efectivo o principio rector de políticas públicas?
- III. Descentralización política y estado social: las comunidades autónomas como entidades territoriales prestadoras del derecho a la salud.
- IV. La preservación del derecho a la salud a través de la declaración del estado de alarma.
- V. Los efectos del estado de alarma. Especial referencia a las relaciones entre el gobierno y el parlamento.
- VI. Una tentación autoritaria de algunas comunidades autónomas: la suspensión de la actividad parlamentaria y el recurso a la diputación permanente.

I. El derecho a la salud como «derecho»

El capítulo III del título I de la Constitución reconoce un derecho de prestación consistente en el «derecho a la protección de la salud», a la vez que encomienda a los poderes públicos la tutela de tan preciado bien a través de medidas preventivas y organizativas de las prestaciones y servicios necesarios. Y los propios estatutos de autonomía, en particular los de *segunda generación*, han concretado este derecho constitucional mediante la pormenorización de un conjunto de derechos de prestación (libre elección de médico, tiempo máximo de acceso a los servicios, acceso a cuidados paliativos, testamento vital, etc.), que posteriormente han sido reconocidos en leyes territoriales. A tales efectos asumieron una serie de competencias exclusivas (sobre organización, funcionamiento, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios) y otras compartidas en materia de ordenación farmacéutica, investigación terapéutica, etc.

El contenido de algunos preceptos de lo que la Constitución española de 1978 denomina «principios rectores de la política social y económica» ha cobrado en tiempos recientes una importancia especial, a raíz de la crisis económica y sanitaria que, casi sin tracto sucesivo, asolan a gran parte de la ciudadanía mundial. La preocupación por la sostenibilidad del Estado de bienestar ha hecho que los Poderes públicos vuelquen su mirada a este controvertido fragmento de la *Constitución económica*, cuyo contenido ha alcanzado un dispar desarrollo doctrinal y jurisprudencial. En efecto, tratándose de normas, muchas de las cuales se perfilan como sustentadoras del Estado social y orientadas a hacer real y efectiva la igualdad y la dignidad de la persona, no se alcanza a comprender, en términos de desarrollo constitucional que pretenda establecer una sociedad democrática avanzada, el desigual desarrollo normativo y plenitud de implantación de lo que en ellas se postula.

Pero, es lo cierto que una mirada retrospectiva a la construcción de nuestro modelo de *bienestar* y a la implantación en España de los consecuentes *derechos sociales* alumbra algunas perplejidades. Así, a

nadie escapa que mientras el derecho a la protección a la salud, a través de un régimen público de la seguridad social universal y gratuito (arts. 41 y 43 CE), es una realidad consolidada de nuestros servicios públicos, la destrucción del medio ambiente y la inaccesibilidad de grandes capas de población al disfrute de una vivienda digna (arts. 45 y 47 CE) son asignaturas pendientes de nuestro desarrollo social. En último término, el concepto constitucional de dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como elementos sustentadores de la *sociedad democrática avanzada* a la que se refiere el Preámbulo de nuestra Constitución, está en función del grado de satisfacción en la prestación de estos derechos que constituyen servicios públicos esenciales de la comunidad.

La constitucionalización del derecho a la salud es, de esta manera, una manifestación especialmente cualificada del Estado Social y Democrático de Derecho que acoge el precepto de cabecera de nuestra suprema norma. Un modelo de Estado de prestaciones, definido y expresado a lo largo de su articulado de manera un tanto deslavazada, y que plasma de forma más concreta en los denominados *principios rectores de la política social y económica*. Estos principios constituyen normas generales que establecen fines y objetivos de la acción del Estado. Preceptos todos ellos orientados a la protección de determinados bienes y al aseguramiento de mínimos vitales existenciales. El acogimiento de estas normas en las Constituciones estatales resultan ser un precipitado histórico de la lucha de la clase trabajadora por la consecución de amplias cotas de igualdad en el acceso a los servicios públicos básicos. Y también da cuenta del papel garantista del Estado, que ha abandonado su actitud pasiva respecto del proceso económico de la sociedad y vital de la persona, para convertirse en dinamizador y protector del conjunto de derechos y prestaciones que componen el llamado *constitucionalismo social*.

Es claro, por consiguiente, que el derecho a la salud es precondition del ejercicio de otra serie de derechos y libertades constitucionales. Sin embargo, no deja de sorprender que un derecho social así de

potente, tan ligado por lo demás al derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15.1 CE), no consiguiera en el proceso constituyente de 1978 la fuerza política suficiente para imponerse en la Constitución con la calificación de *derecho fundamental*. O, dicho en otras palabras, al jurista no deja de resultarle llamativo que la satisfacción de un *principio rector* sea condición necesaria para el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas garantizados al máximo nivel por la Constitución. La explicación de la «no fundamentalidad» del derecho a la salud quizá estribe en su fuerte dependencia de los presupuestos públicos y, en consecuencia, de la bondad del ciclo económico, que termina impactando sobre la cartera de servicios y sobre la calidad asistencial.

El hecho cierto es que el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43 de la suprema norma, ya figuraba con similar redacción como artículo 36 en lo que el Anteproyecto de Constitución denominaba «principios rectores y derechos económicos y sociales». Y aunque el artículo recibió algunas enmiendas a lo largo de la tramitación parlamentaria, es lo cierto que permaneció en su consideración de «principio rector» y, a la vez, en su propio tenor literal como «derecho» hasta la aprobación final del texto. Las enmiendas formuladas a su paso por el Congreso tuvieron escaso interés, si exceptuamos las de los diputados Gómez de las Rocas y Morodo Leoncio del Grupo Mixto, que circunscribían el derecho a la salud sólo «a cuantos residan en territorio nacional» (enmiendas n.º 46 y 489); las dos del Grupo Parlamentario de Socialistas de Cataluña y Socialistas del Congreso, que proponían la garantía constitucional de prestaciones concretas de la Seguridad Social (enmiendas n.º 260 y 382); y la de José Manuel Couceiro, de UCD, que declaraba que «la salud es un derecho inalienable» y reconocía a las personas físicas y jurídicas «la libertad de creación, organización y desarrollo de centros sanitarios y asistenciales» (enmienda n.º 759). Ni en el Senado ni en la Comisión Mixta el texto fue objeto de modificación relevante. Nadie abogó por la consideración de la salud como un derecho fundamental y todos los diputados y

grupos parlamentarios formularon un entendimiento del mismo en clave prestacional y, por consecuencia, desde la consideración de un servicio público esencial de la comunidad.

II. El derecho a la salud: ¿derecho constitucional efectivo o principio rector de políticas públicas?

Aunque la protección de la salud se encuentra ubicada entre los «principios rectores de la política social y económica» del capítulo tercero del título primero de la Constitución (art. 43.1 CE), tal encomienda está recogida en la Constitución como un *derecho*. Las preguntas, entonces, más bien se contraen a desentrañar su potencialidad y alcance, su grado de efectividad y eficacia. Y ello, porque tal como se ha afirmado en el punto anterior, la protección de la salud no forma parte de los *derechos fundamentales y de las libertades públicas* (arts. 15 a 29) recogidos en la sección primera del capítulo II del título primero de la Constitución. Esta sección es la que acoge el *núcleo duro* de los derechos, que son los que gozan de mayores garantías y más altos niveles de protección. De ellos y ellas —de estos derechos y libertades fundamentales— cabe predicar su valor preeminente, su máxima vinculación, su aplicabilidad directa sin necesidad de que medie ley de interposición, la reserva de ley orgánica para su desarrollo (art. 81.1 CE) y la obligatoriedad de que la ley respete su contenido esencial (art. 53.1 CE). A ello habría que añadir la posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional, para su protección ante presuntas violaciones de estos derechos y libertades (incluidos los arts. 14 y 30, según el art. 53.2 CE) por el procedimiento del recurso de amparo, una vez agotadas las vías ordinarias de defensa. No es menor, por último, para la consideración del *status* de estos derechos y libertades *fundamentales*, el dato de que la eventual modificación de los preceptos incluidos en esta sección se equipare a la reforma total de la Constitución y exija para llevarla a cabo el cauce procedimental agravado previsto en el artículo 168.1 CE.

Este sistema de garantías no existe en el derecho a la protección de la salud que la Constitución acoge en los referidos *principios rectores de la política social y económica*. Allí se entremezclan aseguramientos generales (como la protección de la familia), actividad promocional de los poderes públicos (como el objetivo del pleno empleo), junto a garantías institucionales (como el régimen público de la seguridad social) y *otros derechos* entre los que se encuentran la protección de la salud y el disfrute de un medio ambiente adecuado y de una vivienda digna. En este *cajón de sastre*, de indudable valor normativo, conviven, pues, derechos sociales directamente constitucionalizados, junto a directrices eminentemente proteccionista para la programación de políticas públicas de las cuales pueden surgir otros *nuevos* derechos sociales cuya efectividad y eficacia dependen de la ley que los desarrolle.

La creación de derechos *efectivos* a partir de los principios rectores es, por consecuencia, de configuración legal y no serán directamente invocables ante los tribunales más que en las condiciones y requisitos que la ley establezca. En efecto, tales «principios rectores», a tenor del artículo 53.3 de la Constitución, informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ello, sin embargo, no les priva de su carácter normativo. Otra cuestión es que no tengan la fuerza de los derechos fundamentales, que no sean de aplicación directa e inmediata y que, por tanto, la acción concreta para obtener una concreta pretensión de los tribunales deba producirse con arreglo a los términos y requisitos que se establezcan en las normas con rango de ley que aprueben los respectivos Parlamentos en el marco de sus competencias.

III. Descentralización política y Estado social: las comunidades autónomas como entidades territoriales prestadoras del derecho a la salud

Aunque tardíamente, España se incorporó al constitucionalismo de matriz social y democrática; un gran pacto entre el mundo del capital y el del trabajo para crecer más y distribuir mejor, a cambio de paz social y del reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores y su participación en la dirección de las empresas. Un equilibrio que Naomi Klein pudo calificar como «capitalismo decente» y que nosotros preferimos llamar Estado social de derechos y prestaciones. De esta manera, los españoles consiguieron el acceso masivo a los bienes de consumo de la sociedad industrial, a la vez que una acción eficaz de gobierno conseguía generalizar los servicios públicos emblemáticos del Estado de bienestar: sanidad pública universal y gratuita, educación pública universal y gratuita, pensiones contributivas y pensiones asistenciales y una red de servicios públicos sociales reconocidos en la Constitución como derechos y no como simples actos de caridad o beneficencia.

Pero, es el caso que en el Derecho Constitucional español una de las características más destacadas del Estado autonómico, construido en España a partir de la Constitución de 1978, es su profunda imbricación con el Estado social de derecho. O dicho de otra manera, las comunidades autónomas se han convertido en los entes prestadores de todo tipo de servicios a la ciudadanía en detrimento de la Administración central del Estado, por más que ésta siga conservando determinados instrumentos tendentes a salvaguardar la cohesión social y la solidaridad interterritorial (seguridad social, pensiones, fondo de compensación, y, sobre todo, el sistema de financiación de las comunidades autónomas, del que depende la suficiencia financiera para prestar un servicio público sanitario con prontitud y calidad), y posea las competencias exclusivas sobre «las bases y coordinación general de la sanidad, la legislación de productos farmacéuticos y la sanidad

exterior», además de «la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social» (artículo 149. 16.º y 17.º).

Esta afirmación, ya válida desde la generalización del proceso de trasposos de competencias en materia sanitaria a las comunidades autónomas, se ha visto claramente reforzada a partir de la entrada en vigor de los nuevos estatutos de autonomía de *segunda generación*, elaborados en la primera decena del siglo XXI. Frente a los lacónicos enunciados de los estatutos aprobados inicialmente, los nuevos textos reformados han establecido una vasta red de *derechos estatutarios* y han acogido una potente presencia intervencionista de las administraciones autonómicas con objeto de hacer efectivos tales derechos. Para muestra basta con comparar la regulación sobre el derecho a la salud establecida en el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1982 y el nuevo Estatuto aprobado en 2006.

En efecto, el artículo 20 del derogado Estatuto establecía que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Lo cual venía reiterado en el artículo 13.21 cuando afirmaba que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene la competencia exclusiva sobre sanidad e higiene, sin perjuicio de lo que establece el artículo 149.1.16 de la Constitución, es decir, que el Estado tiene competencia exclusiva sobre sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

Sin embargo, el nuevo estatuto en su artículo 22, reitera la garantía del derecho constitucional a la protección a la salud, mediante la encomienda a los poderes públicos de la organización y tutela de la salud pública. Pero refuerza el mandato de que ello se llevará a cabo mediante un sistema sanitario público y, además, de carácter universal. A partir de ahí, en el punto segundo el propio artículo 22 del estatuto establece una serie de derechos mínimos para el paciente que pueden ser ampliados por ley ordinaria: el acceso a todas las prestaciones del sistema, la libre elección de médico y de centro sanitario, el derecho a

la información sobre las prestaciones y servicios del sistema, el derecho a la información sobre el proceso de la enfermedad y el otorgamiento del consentimiento informado antes de ser sometidos a tratamientos médicos, el respeto a la personalidad y la dignidad e intimidad de la persona, el consejo genético y la medicina predictiva, la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos, el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa, el acceso a cuidados paliativos, etc. Es decir, una serie de derechos de prestación derivados del derecho constitucional a la salud, que el Estatuto de Autonomía ha querido garantizar y la legislación ordinaria desarrollar.

Con tal motivo, los adversarios del Estado autonómico y social aprovecharon este nuevo impulso descentralizador para plantear una estéril polémica doctrinal: la que tiene que ver con la cuestión de si los estatutos eran norma habilitante y suficiente para crear nuevos *derechos*, y la que sostuvo que esta deriva propendía hacia una cierta *refeudalización* y fragmentación del sistema. La realidad, sin embargo, es bien otra. La realidad nos ha puesto de manifiesto que en las comunidades autónomas la interacción entre Administración y ciudadano, en aras de la protección de la salud, ha alcanzado un desarrollo más que notable. Que estos derechos y prestaciones se articulen desde las administraciones autonómicas, y, por tanto, desde la llamada *periferia* del sistema de derechos, ofrece muchas más ventajas que inconvenientes y marca señaladamente el sesgo de aquellas comunidades autónomas dotadas de unas políticas públicas de alto valor proteccionista.

Este compromiso *prestacional* del poder estatuyente ha sido revalidado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional, cuando ha venido a establecer que el verdadero contenido de la autonomía sólo se alcanza cuando se despliegan políticas propias y distintas en el ejercicio de competencias estatutarias. En el fondo, quienes han pretendido negar la potencialidad de los estatutos para crear nuevas situaciones o posiciones jurídicas, estaban desconociendo la propia profundidad transformadora de la autonomía política. Tal vez

ésta sea la razón que, finalmente, fundamentó la oposición política y doctrinal a la reforma en profundidad de los Estatutos y a la nueva acomodación de las comunidades autónomas en el contexto de una distinta reconfiguración de la Constitución territorial del Estado.

Sin embargo, la reforma de los estatutos en sus aspectos sociales supuso una evidente modernización del subsistema político de dichas comunidades autónomas en muy diversos aspectos. Ello es particularmente visible en lo que se refiere a la elevación al Estatuto de un conjunto de derechos sociales, y, en particular, el derecho a la salud que aquí nos ocupa. Una regulación que tiene varias características: En primer lugar, por lo que se refiere a los *sujetos*, la titularidad de estos derechos es verdaderamente expansiva, pues se extiende a todas las personas con vecindad administrativa en la comunidad autónoma. En segundo lugar, las propias *cautelos* respecto a los contornos del ámbito de la efectividad y eficacia de estos derechos. En efecto, su regulación *no puede conducir a la creación de títulos competenciales nuevos o a la alteración de los existentes*. Ello significa que ninguno de los derechos o principios regulados en los nuevos Estatutos puede ser desarrollado o aplicado de forma que limite o reduzca derechos reconocidos por la Constitución o por los convenios o tratados internacionales ratificados por España. Una tercera prescripción estatutaria alude a la *prohibición de toda discriminación* en el ejercicio de estos derechos y en la regulación de los principios. Ello, no obstante, la prohibición de discriminación no impedirá la impulsión o el ejercicio de acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas.

Las garantías que estos estatutos establecen para salvaguardar la eficacia de los derechos estatutarios son plurales y diversas: en primer lugar la garantía judicial, si se trata de verdaderos *derechos* subjetivos; en segundo lugar la legislación del Parlamento, si se trata de *principios* que es necesario desarrollar; en tercer lugar, la competencia que ostenta el Gobierno y la Administración Pública autonómica en orden al despliegue eficaz de estas *políticas públicas*. Además, no es posible desconocer la necesidad de propiciar mecanismos de cooperación

y colaboración vertical y horizontal, pues el espacio estatal exige la promoción de las relaciones territoriales, más allá del ámbito de actuación asignado a los poderes públicos autonómicos.

Los derechos sociales reconocidos en los distintos estatutos vinculan a todos los poderes públicos autonómicos y deben ser interpretados en el sentido más favorable a su efectividad. Corresponde al Parlamento territorial aprobar las correspondientes leyes de desarrollo desde el respeto al contenido de cada derecho establecido por el estatuto. La protección jurisdiccional se extiende a todos ellos, de manera que los actos de los poderes públicos autonómicos que vulneren estos derechos podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente en los términos y plazos que establezcan las leyes procesales. Por lo demás, en lo que se refiere a los principios rectores de las políticas públicas, su reconocimiento y protección informará las leyes y los reglamentos de la correspondiente comunidad autónoma, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los tribunales en los términos que dispongan las leyes que los desarrollen. Una legislación adecuada, una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de la acción administrativa debieran garantizar el efectivo cumplimiento de estos principios calificados como *derechos*.

Las dudas que pudieron suscitarse en torno a la constitucionalidad de los derechos estatutarios han sido completamente despejadas por el Tribunal Constitucional. Estos derechos sólo vinculan al legislador autonómico, a los poderes públicos de la comunidad autónoma y, según la naturaleza de cada derecho, a los particulares. Aunque existen proclamaciones de derechos subjetivos en sentido estricto, más común es encontrar en el Estatuto mandatos y directrices de actuación a los poderes públicos propios, comportándose, en realidad, como pautas prescriptivas o directivas para los poderes autonómicos en el ámbito de las específicas competencias de la comunidad autónoma. Estas opciones propias del Estatuto no pueden confundirse con una situación de desigualdad o privilegio proscritos por la Constitución (arts. 138.2 y 139.1); antes bien, explicitan la diversidad en la unidad inherente al

Estado autonómico en el que interactúan poderes distintos en ámbitos competenciales diferentes (STC 31/2010, FJ 16).

Los derechos sociales enunciados en los nuevos estatutos se expanden en muy diversas direcciones y su carácter heterogéneo los hace de no fácil sistematización. En todo caso, los hay de *carácter personal*, orientados a nuevos modelos de convivencia o mayores espacios de libertad individual (por ejemplo, el derecho a la libre orientación sexual o a las nuevas modalidades de familia); los hay de *carácter prestacional* pensando en sectores más desfavorecidos (menores, mayores, personas dependientes, etc.); existen prescripciones *conectadas a la dignidad de la persona* (así, la renta básica o los cuidados paliativos integrales); y se acogen, en fin, los *derechos más específicos y genuinos* que tradicionalmente han integrado el núcleo duro del Estado social (salud, educación, servicios sociales, cultura) o han reforzado más recientemente el sistema de derechos sociales (igualdad de género, dependencia, medio ambiente, vivienda o los derechos concernientes al espacio de la información y de la comunicación).

Dado que España es un Estado descentralizado, no es posible, en términos constitucionales, imponer una armonización jurídica allí donde existen diferencias normativas de rango constitucional. La razón económica, interpretada desde una determinada orientación política, no puede sustituir al sistema de derechos creado por el *bloque de la constitucionalidad* y ratificado en referéndum por la ciudadanía. Por eso es urgente entender que el Estado autonómico permite y auspicia el establecimiento de políticas propias con fundamento en regímenes jurídicos diversos, todo ello en el ejercicio de competencias normativas previstas en los Estatutos. Ello es, justamente, lo que hace posible la diferenciación de posiciones jurídicas de los ciudadanos en cada comunidad autónoma, diferencia de status permitido por la Constitución con dos límites precisos: la necesaria igualdad en todo el territorio nacional del régimen de los derechos fundamentales y la competencia que el Estado mantiene para establecer las condiciones

básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes.

IV. La preservación del derecho a la salud a través de la declaración del estado de alarma

En la compleja sociedad actual en que vivimos, los poderes públicos democráticos deben hacer frente a crisis de diversa etiología, derivadas de catástrofes imprevistas que la mano humana apenas puede controlar. Para hacer frente a tales circunstancias sobrevenidas, pueden ser suficientes los instrumentos normativos ordinarios establecidos en la Constitución, muy en particular la figura normativa del decreto ley cuyo presupuesto fáctico es la «extraordinaria y urgente necesidad» de la medida. Pero pueden existir, también, situaciones imprevisibles para afrontar las cuales no basta con los instrumentos *ordinarios* de legalidad previstos en la Constitución. En tales circunstancias, los gobiernos pueden verse impelidos a acudir a respuestas normativas *extraordinarias* que constituyen el llamado *Derecho de excepción*. Se trata de cláusulas constitucionales, habitualmente durmientes, que sólo se activan en casos *extraordinarios* ante los cuales las medidas ordinarias no alcanzan para superar la crisis en presencia.

Al contrario de los que sucedía en ciertos momentos de nuestra historia política, donde las más de las veces los estados de excepción o de sitio se desenvolvían en el terreno de lo fáctico sin cobertura constitucional alguna, la Constitución española de 1978 dispone de mecanismos constitucionales suficientes que, graduados en función de la magnitud de la crisis, permiten afrontarla desde el estado de derecho y en el marco de los instrumentos legales previstos. Estas disposiciones, que conforman el *derecho de excepción* español, forman parte de la Constitución misma y su activación no comporta suspensión de la vigencia de la suprema norma *in totum*. Antes, al contrario, la declaración de los estados excepcionales, aunque puede afectar a la vigencia temporal de algún precepto, es una garantía de la restauración

de la *normalidad* constitucional desde el instante mismo en que se haya superado la crisis que lo provocó

La disciplina constitucional de las crisis extraordinarias en España está recogida en el artículo 116 de la Constitución, que establece tres tipos de estados excepcionales atendiendo a situaciones de distinta naturaleza: estado de *alarma*, de *excepción* y de *sitio*. Sin embargo, su declaración no comporta la *congelación* íntegra de la Constitución. Dependiendo de la intensidad del estado excepcional, cabrá la posibilidad de suspender temporalmente la vigencia de algunos derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la suprema norma. Es más, en *el estado de alarma*, que es el estado excepcional de menor intensidad, sólo se consienten *restricciones* en el ejercicio de algunos de los derechos recogidos en el artículo 55.1 CE, precepto que sólo establece la *suspensión* de derechos cuando se declaren los estados de excepción o de sitio.

Sin embargo, es el caso que los tres estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución, carecen en dicho precepto de presupuesto habilitante para su declaración. De ahí que la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, viniera a completar los presupuestos y los principios que rigen los *estados excepcionales* en España. El presupuesto genérico que habilita a los poderes del Estado para declarar cualquiera de los estados excepcionales está establecido en el artículo 1.1 de la ley: «Cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes». Existen, además, en la Ley 4/1981 una serie de principios que informan este derecho de excepción: el *principio de adecuación*, mediante el cual las medidas adoptadas serán «las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» (art. 1.2); el *principio de proporcionalidad*, según el cual la contundencia de las medidas y la duración de las mismas se realizará «de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2); el *principio de temporalidad*, que obliga a las autoridades a levantar el estado excepcional tan pronto como las circunstancias desencadenantes

hubiesen desaparecido; el *principio de publicad*, que impone la publicación y divulgación de las medidas adoptadas en todos los medios de comunicación, tanto públicos como privados, que dispongan las autoridades; por último, el *principio de inmediatez*, que obliga a que las disposiciones y medidas entren en vigor de forma inmediata.

Para hacer frente a la pandemia provocada por la COVID-19 el Gobierno español decidió declarar el *estado de alarma* en todo el territorio nacional, derecho excepcional de baja intensidad cuyo presupuesto habilitante se circunscribe a cuatro supuestos: crisis sanitarias, catástrofes, paralización de servicios públicos esenciales y desabastecimiento de productos de primera necesidad. Siguiendo las prescripciones legales, el estado de alarma se declara por el Gobierno mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros, por una duración máxima de quince días. La norma debe establecer el espacio afectado que puede ser una provincia, una comunidad autónoma —o parte de ella— o la totalidad de la nación. Si la emergencia no puede solventarse en el plazo previsto, el Gobierno puede solicitar del Congreso de los Diputados la concesión de una o varias prórrogas, debiendo levantar el estado de alarma tan pronto como las circunstancias lo permitan. La prórroga no está sujeta a límite temporal alguno, aunque el estado de alarma quedará automáticamente levantado, sin necesidad de que se realice declaración alguna, una vez agotado el plazo o la prórroga del mismo. Si desaparecieran anticipadamente las circunstancias que lo motivaron, el estado de alarma deberá ser levantado por el Gobierno y habrá de comunicar al Congreso las circunstancias y razones de tal decisión. La *temporalidad* se alza, así, como la principal característica de derecho de excepción, en general, y del estado de alarma en particular.

V. Los efectos del estado de alarma. Especial referencia a las relaciones entre el gobierno y el parlamento

Los efectos de la declaración del estado de alarma se despliegan en diversos ámbitos de actuación. En primer lugar, en la instauración de

una *autoridad competente*, que es el Gobierno o, por delegación de éste, el ministro correspondiente, o bien el presidente de una comunidad autónoma, dependiendo de que la declaración afecte a todo el territorio nacional o a parte del mismo. Bajo las órdenes directas de la autoridad competente quedan todas las autoridades civiles y todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, incluyendo los autonómicos y locales, y todos los funcionarios independientemente de la Administración a que pertenecieren.

En segundo lugar, el estado de alarma no presupone *suspensión* de derechos fundamentales, pero sí determinadas *limitaciones o restricciones* en materia de derechos, que pueden afectar al derecho de desplazamiento y circulación de personas y vehículos y a los derechos de reunión y manifestación. Por otra parte, la distribución de competencias entre distintos entes territoriales, característica esencial del Estado Autonómico, se ve también afectada. El estado de alarma no conlleva un *desapoderamiento* de competencias autonómicas durante la crisis ni provoca una *recentralización* del poder. La distribución de competencias previstas por la Constitución y los estatutos no se ve afectada. Lo único que se produce es un *desplazamiento temporal* del ejercicio de ciertas competencias a favor de la *autoridad competente o delegada* cuando ello sea necesario para salvaguardar la salud u otros bienes o derechos constitucionales. Por consecuencia, la legalidad excepcional contenida en el Decreto que declara el estado de alarma queda revestida del *rango y valor de ley* y no es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa sino sólo ante el Tribunal Constitucional. Por la misma razón, tampoco son recurribles en vía administrativa los acuerdos del Consejo de Ministros de solicitud al Congreso de prórroga del estado de alarma, pues en tales casos el Gobierno interviene como órgano político y dicta actos constitucionales en el ejercicio de las competencias de dirección política que le confiere la Constitución.

Pero, acaso, un interés especial reviste el impacto que la declaración del estado de alarma supone sobre el equilibrio entre los

poderes del Estado, especialmente en las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento. Aunque en principio la declaración de *estados excepcionales*, por la propia tradición histórica de la figura, sugiera un reforzamiento de los poderes gubernamentales y ejecutivos, este no es el caso del *derecho constitucional de excepción* actual en España. Tal y como corresponde a una Constitución democrática, es patente el protagonismo parlamentario que se asigna al órgano representativo del pueblo español, en este caso al Congreso de los Diputados. Apartándose de lo que sucedió en situaciones históricas pasadas, donde el Gobierno procedía a la declaración de *estados excepcionales*, dando o no cuenta a las Cortes, nuestra suprema norma ofrece un modelo mucho más garantista, en el que la Constitución ha querido anudar la suspensión de derechos a la autorización previa del Parlamento.

Característica esencial de estos *estados excepcionales* en España es la sujeción a *control parlamentario*, que adquiere en estos casos una especial proyección e intensidad a través del *principio de responsabilidad*. En efecto, la propia Constitución establece que la declaración de los estados excepcionales «no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» (art. 116.6 CE). Lo que significa que se mantiene incólume la *responsabilidad política* del Gobierno ante el Parlamento y también la *jurídica* ante la jurisdicción competente, pues «los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.1 LO 4/1981). Ello se hace extensible a la *responsabilidad patrimonial* del Estado por los daños causados a los particulares en su persona o en sus bienes, que tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con las leyes.

El papel que juega el Congreso de los Diputados en la declaración del estado de alarma aparece desde el principio mismo del proceso. En efecto, si bien la decisión inicial de la declaración corresponde al Gobierno, una vez decretado el estado de alarma el Ejecutivo debe

dar cuenta al Congreso «reunido inmediatamente al efecto» (art. 116.2 CE). El Reglamento del Congreso (en adelante RCD) viene a completar, de manera un tanto confusa, esta prescripción al establecer en su art. 165.1 que «el asunto será sometido al Pleno del Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido, incluso en el periodo entre sesiones». Sólo si la Cámara se encuentra disuelta o ha expirado el mandato de los diputados, las competencias del Pleno serían asumidas por la Diputación Permanente (art. 165.2 RCD).

La cuestión, entonces, estriba en determinar sobre qué extremos ha de pronunciarse el Congreso y en qué órgano concreto. La duda se suscita porque, como acabamos de examinar, el art. 165.1 RCD atribuye el conocimiento al Pleno o, en su caso, a la Diputación Permanente. En cambio, el art. 162 RCD establece, en los casos de declaración del estado de alarma, la obligación de que el Gobierno remita al Presidente del Congreso «una comunicación» que acompañará al Decreto, de la que se dará traslado a la comisión competente. En cualquier caso, por una u otra vía, nos encontramos ante una primera actividad de control del Parlamento acerca de las decisiones adoptadas por el Gobierno, tanto la declaración en sí misma como las consideraciones técnicas y de oportunidad que le hayan conducido a la adopción de la decisión. A partir de la solicitud de la primera *prórroga*, como ya conocemos, el Gobierno pierde la decisión sobre la autorización que queda residenciada en el Congreso.

Por lo que se refiere a los equilibrios, frenos y contrapesos entre los poderes del Estado, no se puede concluir que nuestra Constitución permita una concentración de poder en manos del Gobierno ni que nuestro Derecho Constitucional permita una *dictadura constitucional* de carácter temporal del poder ejecutivo. No hay más que examinar el protagonismo del Congreso de los Diputados en el control de la declaración y en su competencia para la autorización de la prórroga para negar tal aserto. En su deber de información a la Cámara, el Gobierno suministrará al Congreso «la información que le sea requerida» (art. 8.1 LO 4/1981). En sentido inverso, en el ejercicio del derecho

constitucional a la información que ostenta tanto la Cámara como sus actores políticos (diputados y grupos parlamentarios), el Gobierno también debe dar cuenta al Congreso de cuantos decretos dicte relacionados con el estado de alarma durante la vigencia del mismo (art. 8 2 LO 4/1981). Y el propio Reglamento parlamentario especifica, en fin, que la comisión a la que se remita la declaración «podrá recabar la información y documentación que estime procedente» (art. 162.1 RCD). Si a ello añadimos que el Gobierno deberá someterse a cuantas iniciativas de control político o sesiones informativas deban sustanciarse, bien a petición del propio Gobierno o a solicitud de los grupos parlamentarios, tendremos un escenario en el cual el protagonismo del Congreso de los Diputados es indiscutible.

Ello no está reñido, por razones operativas y de eficacia, con la concentración de la *autoridad ejecutiva* en un *mando único*, para la adopción de disposiciones y medidas *directamente relacionadas con la protección de la salud*. En tales casos, a la *autoridad competente* se subordinan todas las autoridades de las administraciones públicas del territorio afectado por la declaración, incluidos los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas. Todos ellos quedan bajo las órdenes directas de la *autoridad competente* en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. (art. 9 LO 4/1981).

De ordinario, la *autoridad competente* recaerá en el Gobierno o, bajo la autoridad superior del presidente, en el ministro en quien delegue, dependiendo de la naturaleza de la emergencia. La propia ley orgánica distingue especialmente los supuestos de catástrofes y crisis sanitarias. En tales casos, además de aprobar las disposiciones limitativas, ya mencionadas, el ministro de Sanidad, como *autoridad competente*, podrá adoptar, por sí mismo, cuantas medidas estén establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. Pero, como quiera que la crisis sanitaria puede repercutir, colateralmente,

en la paralización de servicios públicos esenciales o en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, la *autoridad competente* queda facultada para acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal a los fines de asegurar el abastecimiento de productos de primera necesidad. Al personal movilizado le será de aplicación «la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo» (art. 12 LO 4/1981).

A pesar de que la ley orgánica que regula los estados excepcionales fue aprobada en los albores del Estado autonómico, a la hora de decidir sobre la atribución de la condición de *autoridad competente*, dicha ley abandona el eje vertebrador centralista que la recorre y recuerda la existencia de comunidades autónomas en el entramado institucional del Estado. A tal efecto la ley contempla tres supuestos: 1.º) Que la crisis afecte sólo a parte o todo el territorio de una comunidad autónoma, en cuyo caso el presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración del *estado de alarma*. 2.º) Si tal circunstancia se produce, el Gobierno queda facultado para *delegar* en el presidente de la comunidad autónoma la condición de *autoridad competente*. En este caso, todas las autoridades, cuerpos policiales, funcionarios y trabajadores al servicio de las administraciones públicas de dicho ámbito territorial quedan bajo la dependencia del presidente de la comunidad autónoma. 3.º) En tales supuestos, el presidente de la comunidad, en tanto que *autoridad competente*, podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales. Aunque, obviamente, no son los únicos, estos son los tres supuestos en que el legislador contempla *formalmente* las posibilidades de *colaboración* y *cooperación* entre el Estado y las comunidades autónomas.

Se establece, finalmente, un régimen sancionador para el caso del incumplimiento o resistencia a las órdenes de la *autoridad competente*, actos que serán sancionados, según su naturaleza, con arreglo a lo dispuesto en las leyes vigentes. Si los actos fuesen cometidos por funcionarios públicos, las autoridades competentes podrán decretar la

inmediata suspensión en el ejercicio de su cargo o funciones, pasando, en su caso, el tanto de culpa a los tribunales con notificación al superior jerárquico a los efectos de la apertura del correspondiente expediente disciplinario. Si los actos de incumplimiento o resistencia fuesen cometidos por autoridades, las facultades que les correspondieren en orden al cumplimiento de las medidas podrán ser asumidas por la *autoridad competente* (art. 10 LO 4/1981).

En conclusión, puede afirmarse que en España el *derecho constitucional de excepción* está parlamentarizado en el control del acto de declaración, en la autorización de la prórroga y en el establecimiento y control de las decisiones adoptadas por los poderes ejecutivos. Establecidas (o autorizadas) las líneas maestras para combatir la emergencia por la Cámara, el *bloqueo constitucional* vigente confiere amplias potestades de disposición a la *autoridad delegada*. Por comparación, en el Reino Unido la *Civil Contingencies Act* de 2004 autoriza al Gobierno a dictar medidas extraordinarias de emergencia, pendientes de confirmación por el Parlamento. En Francia la adopción de medidas de emergencia corresponde al Presidente de la República, que las somete a consulta del Consejo Constitucional (art. 16). En Alemania las medidas del Gobierno Federal se suspenderán en cualquier momento a petición del Consejo Federal y sin demora después de haber sido conjurada la situación de emergencia (art. 35.3). Visto el panorama comparado, es claro que la regulación española distribuye equilibradamente las funciones entre los distintos poderes del Estado.

Si ya es importante el control que el Congreso de los Diputados mantiene sobre la declaración del estado de alarma y la plena decisión sobre las posibilidades de prórroga y las condiciones de la misma, los poderes de la Cámara se incrementan en la medida que se agravan los estados excepcionales. Así, se requiere la autorización previa del Congreso para decretar el *estado de excepción* y la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros para declarar el *estado de sitio*. Además, la posición del Parlamento se refuerza con medidas adicionales previstas en la propia Constitución. En primer lugar, el Presidente del

Gobierno no podrá disolver el Congreso mientras esté declarado alguno de los estados excepcionales. En segundo lugar, las cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieren en periodo de sesiones. En tercer lugar, su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de los *estados excepcionales*. Para cerrar el círculo del reforzamiento del control parlamentario, en los casos en que se encontrare el Congreso disuelto o expirado su mandato, las competencias parlamentarias las asumirá la Diputación Permanente. En el mismo sentido, la declaración de cualquiera de los *estados excepcionales* no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes.

VI. Una tentación autoritaria de algunas comunidades autónomas: la suspensión de la actividad parlamentaria y el recurso a la diputación permanente

Es incuestionable que la extrema contagiosidad de la pandemia y las medidas para combatirla han alterado la normalidad funcional del conjunto del sistema político español. A nivel central, no se ha visto interrumpido el funcionamiento de los poderes del Estado pero sí se han producido alteraciones en la presencialidad de los diputados en el ámbito parlamentario. A fin de respetar las medidas de confinamiento y de separación interpersonal, ante la imposibilidad de asistencia de la totalidad de parlamentarios a las sesiones, las cámaras han debido acudir al voto telemático y a la delegación de voto para salvaguardar la participación política del conjunto de sus componentes.

En cambio, en el ámbito autonómico, algunos Parlamentos han puesto en funcionamiento a la Diputación Permanente a fin de preservar la salud y el confinamiento de los diputados. Esta medida, así como las resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de la Mesa y de la Junta de Portavoces que las amparan, tiene un carácter antiestatutario y, por tanto, inconstitucional, al encontrarse la cámara en periodo ordinario de sesiones. Sabido es que, por mandato estatutario complementado

por el Reglamento parlamentario, la Diputación Permanente vela por los poderes de la cámara *entre periodos ordinarios de sesiones* o una vez *expirado el mandato* o *disuelta la cámara*. Fuera de esos tiempos puntuales, la Diputación Permanente es un órgano durmiente y no tiene habilitación jurídica para intervenir en el procedimiento parlamentario.

En aquellas comunidades autónomas en que se hubiere activado el funcionamiento de la Diputación Permanente *dentro* del periodo ordinario de sesiones, se ha conculcado la legalidad constitucional vigente. Si elegimos como ejemplo el caso concreto de Andalucía, tal comportamiento antiestatutario ha dado lugar al planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad y otro de amparo. En el primero de los supuestos, se trataba de la convalidación de un importante Decreto ley (2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía), llevada a cabo por la Diputación Permanente encontrándose el Parlamento en periodo *ordinario* de sesiones. La parte recurrente entiende que «se ha producido una derogación sobrevenida de la norma que la sitúa en la inconstitucionalidad, derivada de la irregular convalidación acordada por la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía». Al haberse «vulnerado las exigencias que rigen el funcionamiento de dicha institución... la ratificación adoptada incurre en flagrante contradicción con el marco normativo del que trae causa».

La irregularidad tenía su origen en un antiestatutario acuerdo de la Mesa del Parlamento, de 16 de marzo de 2020, que entre otras medidas disponía la necesidad de «adaptar la actividad parlamentaria de la cámara, con suspensión de las sesiones previstas durante el tiempo que dure el Estado de alarma [...] y] a efectos de continuar con la labor parlamentaria indispensable, convocar la Diputación Permanente; a cuyo efecto la presidenta, de acuerdo con el artículo 29.2 del reglamento de la Cámara, podrá dictar las resoluciones que procedan, con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces». La recurrente entiende que:

La sustitución del Parlamento en Pleno por la Diputación Permanente ha traído consigo graves restricciones para el ejercicio de las funciones que corresponden a la Cámara en su conjunto y de forma muy señalada a los diputados individualmente considerados. Así, respecto del ejercicio de la función de control al Gobierno, se constata que, una vez activada la Diputación Permanente, no cabe presentar interpelaciones (art. 155 RPA), preguntas orales a consejeros en Pleno (art. 161 RPA), preguntas orales al presidente de la Junta de Andalucía (art. 162 RPA), ni, asimismo, proposiciones no de ley (art. 169 RPA). En consecuencia, la natural función de crítica y fiscalización del Gobierno que corresponde a la oposición queda en una suerte de hibernación, reduciéndose a su mínima expresión. Y por lo que toca a la norma impugnada, y su convalidación como decreto ley, supone que los exiguos márgenes de debate operativos en las sesiones plenarias resultan constreñidos cuando aquél se desarrolla ante la Diputación Permanente, excluyendo la participación de la mayor parte de los componentes de la Asamblea Legislativa [... siendo así] que con ello los parlamentarios que no la integran quedan despojados sin justificación jurídica alguna y de forma absolutamente desproporcionada de una de las manifestaciones esenciales vinculadas a la fiscalización de la acción de Gobierno (ejercicio del *ius in officium*) y, por ende incardinadas en el núcleo de su función representativa».

La situación de inconstitucionalidad luce extraordinariamente si tenemos en cuenta el reforzamiento del control parlamentario que el art. 116 CE impone una vez declarado cualquiera de los estados excepcionales, ordenando que «el funcionamiento de los demás poderes del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados» (art. 116). Y no cabe duda alguna de que entre los señalados «poderes constitucionales del Estado» se encuentran también las instituciones de las comunidades autónomas. Varias conclusiones pueden fácilmente extraerse de las previsiones constitucionales y estatutarias (y reglamentarias), una vez declarados cualquiera de los estados excepcionales:

1. Las cámaras quedarán automáticamente convocadas en el caso de no encontrarse en periodo ordinario de sesiones.
2. Su funcionamiento no puede ser interrumpido con ocasión de la declaración de dichos estados excepcionales.

3. Sólo cuando las cámaras se encuentren en periodo de vacaciones, disueltas o haya expirado su mandato, entran en funcionamiento las Diputaciones Permanentes correspondientes.
4. El control de la acción del Gobierno por el Parlamento permanece plenamente vigente en virtud del principio de responsabilidad política.
5. Los parlamentarios del Congreso o de los parlamentos autonómicos que no forman parte de la Diputación Permanente, mantienen inalterados el conjunto de derechos de asistencia a las sesiones, votar y deliberar en las mismas, sin que se pueda ver perturbado su *ius in officium*.

Lo anteriormente expuesto condujo directamente a que en Andalucía los parlamentarios que no formaban parte de la Diputación Permanente interpusiesen, además, el correspondiente recurso de amparo contra las resoluciones de la Presidenta del Parlamento por la que, vigente el periodo ordinario de sesiones, se convocaba la Diputación Permanente en sustitución del Pleno y de los restantes órganos de la Cámara, anulando de esta manera el conjunto de iniciativas parlamentarias que los diputados podían activar (comparencias, proposiciones no de ley, interpelaciones, preguntas, etc.). Los diputados andaluces entendieron vulnerado su derecho al ejercicio de la función representativa y, por extensión, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, por sí mismos o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1 y 2 CE).

Declarada la pandemia y a fin de preservar la salud de los parlamentarios y del personal de la Institución, pudo el órgano de dirección de la Cámara andaluza optar por alguna otra medida más adecuada pero que supusiese un menor coste en el sacrificio de derechos fundamentales de los parlamentarios. Por ejemplo, haber introducido el voto telemático de los ausentes o efectuado un uso análogo del precepto del Reglamento del Parlamento de Andalucía que permite delegar el voto en otro parlamentario en caso de

enfermedad prolongada (art. 85.6 RPA); o, más claramente, proceder —como más tarde se hizo— a una reforma reglamentaria, por el procedimiento de lectura única, para que «los diputados y diputadas, en tanto existan medidas de confinamiento y/o de distancia de seguridad entre personas, consecuencia de pandemias u otras situaciones de excepcional gravedad, puedan delegar su voto en otro diputado o diputada» (art. 90 bis RPA, introducido en la reciente reforma de 6 de mayo de 2020). Al no hacerlo así y optar por la convocatoria de la Diputación Permanente, no se respetó el principio de proporcionalidad y adecuación en la restricción de derechos de los parlamentarios no integrantes de dicho órgano y con ello se conculcó el *ius in officium* de estos diputados, protegido por el art. 23.2 de la Constitución. Aunque el asunto desde una perspectiva doctrinal es de una claridad meridiana, ello, no obstante, el Tribunal Constitucional tendrá la última palabra cuando dicte las correspondientes sentencias al respecto.

