

Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras

di Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

Abstract: Constitutional dimensions of the health care crisis in Spain – This essay analyzes the main consequences that the Coronavirus pandemic has produced in the Spanish constitutional order. The declaration of the state of alarm has been the instrument used to face the health crisis caused by the pandemic. This category of constitutional emergency allows limiting, but not suspending, certain fundamental freedoms and rights. The restrictions have affected fundamental rights, such as freedom of movement, the right to privacy and the freedom of assembly. At the same time, the constitutional right to health has become a priority objective for the state. The alarm state also has effects on the functioning of the parliamentary system and the Spanish Autonomous State.

1511

Keywords: Constitution; Pandemic; Constitutional emergency; Rights; Freedoms.

1. Introducción

El impacto de la pandemia del Coronavirus 19 se proyecta de forma multipolar. No sólo en forma de colapso de los sistemas de salud y una convulsión económica global. Otra de sus manifestaciones más significativas ha sido la extraordinaria tensión que ha provocado en el funcionamiento las estructuras institucionales y jurídicas de las Democracias constitucionales. Estas últimas han tenido que activar, inevitablemente, los instrumentos de emergencia constitucional para intentar paliar los efectos más nocivos de la crisis¹.

La heterogeneidad y pluralidad de dimensiones problemáticas ha resucitado viejos dilemas constitucionales, pero también nuevos desafíos en torno al contenido esencial que debe garantizarse a derechos y libertades que pueden entrar

¹ Todavía no son muchos los estudios que se han publicado en revistas especializadas o monografías colectivas. De ahí que buena parte de las posiciones doctrinales sobre las diferentes dimensiones constitucionales de la pandemia del Coronavirus se localizan por ahora en tribunas de opinión de medios de comunicación. Hemos recogido aquí las que nos parecen más relevantes. No obstante, se cuentan ya con algunas publicaciones de interés que, desde el Derecho Comparado, aportan las visiones nacionales sobre este tema; entra las que destacaríamos, entre otros, *Emergencia sanitaria por Covid 19, Derecho Constitucional comparado*, N. González y D. Valadés, Coords, México, 2020. Otro de los estudios más recientes en España, P. Fernández de Casadevante, *La defensa de la Constitución. El derecho de emergencia constitucional y el artículo 55*, Madrid, 2020. De necesaria consulta, asimismo, el trabajos de diversos autores, contenidos en *EL CRONISTA del Estado social y democrático de derecho*, números 86-87, marzo-abril, 2020. Finalmente, E. Atienza Macías y J. F. Rodríguez Alonso (Directores), *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*, Madrid, Dykinson S.L., 2020.

en conflicto, el funcionamiento atípico del modelo de gobierno, o la eficacia de la respuesta institucional en función del modelo territorial².

Ciertamente el centro de gravedad de los efectos de la pandemia, en términos jurídicos, se focaliza principalmente en los derechos consagrados en el texto constitucional. La mayor intensidad del impacto se concentra sin duda en algunas de las libertades fundamentales que representan la concepción primigenia del Estado constitucional. En mayor medida, dentro de este primer grupo, afecta a las libertades que permiten la movilidad personal (circulación, reunión y manifestación); pero del mismo modo su incidencia se proyecta sobre otros derechos de la personalidad tan emblemáticos como la libertad religiosa (en su vertiente de libertad de culto) o los derechos relativos a la privacidad del individuo (intimidad, protección de datos personales).

De manera colateral, pero con consecuencias similares, esta epidemia global ha convulsionado con una fuerza inusitada la estructura constitucional del Estado social. La alteración puede llegar a ser histórica, y marcar para el futuro una etapa en la que se consolide una nueva concepción del programa social constitucionalizado, a partir de la cual cobren verdadera virtualidad normativa una parte significativa de los derechos, principios y mandatos sociales que ha sido progresivamente constitucionalizados. Una propuesta metodológica que parte de la priorización del derecho a la salud, entendido a partir de ahora, y necesariamente, como el eje sobre el que deben pivotar las libertades clásicas del modelo económico de mercado (empresa, propiedad); pero frente al que se subordinan también otros derechos de naturaleza social o laboral (educación, seguridad y asistencia social, medio ambiente, conciliación laboral, condiciones de trabajo). El potencial modulador del derecho a salud - en su doble comprensión objetiva (salud pública) y subjetiva (derecho prestacional o de crédito)- representará seguramente en adelante el punto cardinal donde se apoyará una nueva y reforzada concepción de la noción social de Estado; incluso con la posibilidad de implantar una cierta supremacía de los derechos y objetivos que derivan de aquél, en su inevitable confrontación con los demás componentes dogmáticos que identifican y con los que se despliega el Estado Constitucional (democrático y de derecho).

2. La activación de la emergencia constitucional: algunas cuestiones problemáticas sobre la declaración del estado de alarma

En primer lugar, la crisis sanitaria causada por el Coronavirus ha puesto a prueba las previsiones normativas para hacer frente a una emergencia constitucional de efectos generales sobre el territorio y el conjunto de la población. El catálogo de

² El desafío ha recibido respuestas diversas en cada país, aunque en general predominan en el derecho comparado los sistemas que ha hecho uso de los instrumentos específicos, previstos para una situación de emergencia constitucional, sea en la propia Constitución (Portugal, Italia) o bien en una ley específica (Francia, Alemania). Sobre el particular, I. Villaverde, *COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales (y para los constitucionalistas)*, en theconversation.com/covid-19-la-gran-prueba-de-estres-para-los-sistemas-constitucionales-y-para-los-constitucionalistas-138596.

problemas de naturaleza formal incide substancialmente en las dudas que ha generado la modalidad elegida por el Gobierno para gestionar una situación tan excepcional (estado de alarma). Porque resulta evidente que la amplitud y grado de repercusión sobre el ejercicio de algunos derechos fundamentales parece no estar en consonancia con las previsiones constitucionales y legislativas sobre esa categoría constitucional. De otro lado, la sucesión de prórrogas que han tenido que solicitarse al Parlamento del estado de alarma, para mantener una cobertura legal imprescindible de las restricciones en esos derechos y libertades, ha suscitado igualmente incertidumbres sobre la regla básica de la “temporalidad”, que debería ser mínima en todo caso en la aplicación de este tipo de situaciones de excepcionalidad constitucional. Por último, el empleo sistemático de la legislación de urgencia (Decretos-Leyes) para complementar las medidas sanitarias con toda una suerte de reactivos económicos y asistenciales parece recomendable desde el punto de vista de la existencia un “presupuesto de hecho habilitante” que lo justifica (extraordinaria y urgente necesidad), pero no elude en absoluto la sensación de que se está poniendo en riesgo el principio de separación de poderes, o cuanto menos la posición de centralidad que debería garantizarse al Parlamento en estas circunstancias de grave crisis social y económica.

Como se acaba de anotar, en España la reacción jurídico-institucional se ha canalizado a través de la declaración del denominado “estado de alarma”, regulado en el artículo 116 de la Constitución de 1978 (CE)³. Aunque se trata de la segunda ocasión en que ha sido imprescindible utilizar esta medida, sin embargo, esta vez está teniendo unas repercusiones que no pudieron ser previstas en su momento tanto por el constituyente como algo más tarde por el legislador (1981).

El estado de alarma fue declarado por el Gobierno del Estado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en base a las potestades que le otorga la Ley Orgánica 4/1981, en la cual se desarrolla la trilogía de posibles emergencias constitucionales (estados de alarma, excepción y sitio). Habría que llamar a la atención sobre la fecha de aprobación de esta Ley –hace ya casi cuarenta años– para comprender mejor algunos de los problemas que ha tenido su aplicación durante la gestión de la crisis sanitaria.

Una de las primeras incertidumbres desde el punto de vista constitucional ha girado en torno a la modalidad empleada por el Ejecutivo para hacer frente a una situación, en cierto modo imprevista e imprevisible desde el punto de vista de sus consecuencias cualitativas, y con una proyección territorial que no se limita a un espacio territorial reducido o concreto. De ahí que haya sido inevitable el debate –político y doctrinal– entre partidarios de aceptar una fórmula (estado de alarma) que implica en teoría un grado atenuado de afectación en los derechos

³ El párrafo segundo del precepto mencionado contiene una descripción exclusivamente formal o procesal, sin hacer mención alguna a su alcance objetivo, es decir, a los derechos y libertades que pueden quedar afectados por esta primera modalidad –desde la óptica de su gradualidad– de emergencia constitucional: “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”.

fundamentales, y aquellos otros que han considerado necesaria e imperativa la utilización del “estado de excepción”⁴; este último es expresión de una emergencia constitucional que encajaría mejor con el nivel de restricciones que ha afectado a algunos derechos y libertades durante la vigencia del estado de alarma.

Las dudas respecto a la modalidad utilizada tienen base fundada en algunas lagunas y ciertas ambigüedades terminológicas y de contenido que derivan de la regulación -constitucional y legislativa- de las distintas hipótesis de emergencia. En primer lugar, la CE no hace referencia alguna sobre qué derechos y libertades pueden ser objeto de restricción como consecuencia de la declaración del “estado de alarma” (art. 55, CE). Este vacío será resuelto por las disposiciones de la Ley Orgánica del 1981, en la cual se relacionan de forma bastante explícita los potenciales efectos que tiene esta situación de excepcionalidad, primera en una escala progresiva de gravedad y efectos restrictivos sobre los derechos fundamentales. La alarma habilita pues para imponer condiciones limitativas al ejercicio individual de algunos derechos constitucionales. De este modo el legislador vino a completar el déficit regulativo del constituyente a la hora de delimitar el ámbito objetivo de proyección del estado de alarma, para el que – insistimos –, a diferencia de las otras dos variables (estado de excepción y de sitio), no se concretaron inicialmente los derechos que podrían quedar afectados.

No obstante, esas restricciones nunca pueden suponer una verdadera “suspensión” de los derechos afectados por la declaración del estado de alarma. La Constitución reserva esta mayor intensidad en cuanto a prohibiciones y fórmulas de delimitación a las otras dos modalidades de emergencia constitucional (estado de excepción y de sitio). La polémica surge cuando las medidas que acompañan y con las que se implementa el Decreto 463/2020 son especialmente expansivas o invasoras para el ejercicio de ciertas libertades fundamentales. En concreto y especialmente para la libertad de circulación (artículo 19, CE) y en menor medida para las libertades de reunión y manifestación (artículo 21, CE). De ahí que esa amplitud subjetiva y espacial haya sido traducida por algunos como una forma implícita de “suspensión” de aquellos derechos fundamentales, y en consecuencia – sostienen- la fórmula correcta debería haber sido la del “estado de excepción”⁵.

Las restricciones a la movilidad y la libre circulación han tenido efecto no sólo en el interior de los territorios nacionales. Ha alcanzado a además a un cierre de fronteras internacional, incluso en la zona de la Unión Europea donde rigen desde hace tiempo las reglas codificadas de Schengen, que han establecido una

⁴ Una discusión que no resulta a la postre demasiado fructífera ni relevante a efectos prácticos. En esta línea, A. Rallo, *Estado de alarma versus estado de excepción: una polémica estéril*, en tentu.eus/es/content/tBPMi4DTiBiqnEvLYpBa.

⁵ En este grupo de constitucionalistas españoles, M. Aragón ha defendido que “la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución”. M. Aragón, *Hay que tomarse la Constitución en serio*, en elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html. En las antípodas de esta postura, y por tanto en contra del estado de excepción, D. López Garrido, *Un estado de excepción sería inconstitucional*, en www.eldiario.es/tribunaabierta/excepcion-inconstitucional_6_1015658433.html

libertad prácticamente total en los movimientos transfronterizos. La reimplantación de controles que limiten esa autonomía “deambulatoria” existe efectivamente como una hipótesis verídica que cuenta con el conveniente respaldo normativo en el Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Pero su aplicación tiene que respetar los estrechos márgenes que fijan principios modulativos como el de necesidad, proporcionalidad, comunicación recíproca, y temporalidad⁶.

Ciertamente un confinamiento “nacional” que se proyecta sobre el conjunto de la población y del territorio del Estado no había sido contemplado entre las decisiones y acciones posibles dentro del estado de alarma regulado en la LO⁷. A pesar de no haber sido previsto de forma expresa, podría considerarse implícitamente autorizado a través de la cláusula de apertura que se extrae del enunciado de su artículo 12.1: “(en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas (...).” La lectura de este precepto permite interpretar que, en el supuesto de estado de alarma causado por una crisis sanitaria, cabría ampliar las medidas expresamente autorizadas por el artículo 11 de la Ley, con todas aquellas otras para las que, además, habilita la legislación sanitaria y de salud pública.

Sin embargo, a pesar de la incomprensión o el vacío legislativo de la Ley de 1981 sobre un hipotético alcance “global” en las limitaciones que puede sufrir la libertad de circulación durante el estado de alarma, lo cierto es que tampoco parece que la regulación en aquella norma del estado de excepción contemple una eventual suspensión de este derecho fundamental, traducido igualmente en el confinamiento general de la ciudadanía. De hecho, el artículo 20.1 de la Ley concreta -dentro de la segunda modalidad- las posibles prohibiciones de la libertad de movimientos a “horas y lugares que se determinen”, “lugares determinados” o “zonas de protección y seguridad”; expresiones que difícilmente pueden interpretarse como sinónimo de una verdadera “suspensión” del derecho fundamental⁸.

⁶ Además del Código de Fronteras Schengen (Reglamento UE 2016/399), la posición del TJUE valida las restricciones que se puedan imponer a la libre circulación exterior, para proteger el orden público, pero siempre que la amenaza sobre éste tenga suficiente entidad y ponga en peligro los “intereses fundamentales” de las sociedades. F.J. Donaire, agendapublica.elpais.com/schengen-y-el-coronavirus-es-posible-el-cierre-de-las-fronteras-entre-estados-de-la-ue/

⁷ No obstante, tenemos que puntualizar que -desde nuestro punto de vista- cualquier medida o intervención de las autoridades sanitarias que conlleven una restricción de libertades fundamentales no podría aplicarse sin la cobertura del estado de alarma. Sobre el particular, M. García Lupo, *Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí, es lícito* www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html

⁸ No existirían por tanto diferencias sustanciales - a nuestro juicio- entre esos términos y aquellos otros que ha previsto la misma LO para delimitar el ámbito territorial sobre el que se proyectan las medidas que se pueden adoptar con la declaración del “estado de alarma”, : “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos” (art. 11. a)

En definitiva, cabe afirmar que la LO no ofrece una cobertura expresa e incontrovertible al denominado “confinamiento general”. La regulación en vigor (art. 11.a) delimita las restricciones de la libertad de circulación, literalmente, a zonas y horarios “determinados”; obviamente este tipo de enunciados no autorizan a priori para extender una limitación del derecho fundamental a todo el territorio nacional⁹. Pero tampoco parece que una medida de esta naturaleza y alcance global tenga un fácil acomodo en el denominado estado de excepción; ni en consecuencia se puede sostener, con una fundamentación adecuada, la tesis de que hubiera sido necesario optar por esta modalidad de emergencia constitucional en lugar del estado de alarma. Porque, y del mismo modo que en ésta, el legislador parece haberse inclinado por una restricción parcial desde el punto de vista espacial y temporal – y no por una suspensión o una limitación general – a la hora de fijar la proyección territorial de las prohibiciones que inciden en la libertad fundamental del artículo 19 de la CE.

En suma, la carencia de una vacuna ni un remedio clínico definitivos contra la epidemia plantea un último problema sobre la necesidad de mantener en vigor una especie de “permanente” estado de emergencia constitucional, con las graduaciones necesarias que lo adapten a la gravedad y expansión que tenga en cada momento. Al menos mientras existan riesgos epidemiológicos, y mientras la “ingeniería legislativa” no haya confeccionado nuevas fórmulas, alternativas a las tradicionales con las que se cuenta para este tipo de situaciones de excepcionalidad constitucional. En cualquier caso, deberá tratarse siempre de dispositivos que proporcionen cobertura legal a la restricción de derechos y libertades, siempre bajo el criterio de la proporcionalidad y la ponderación¹⁰.

Precisamente sobre los criterios y condiciones que deben cumplirse a la hora de restringir la libertad de circulación, desde la jurisprudencia constitucional se ha señalado, primero, la necesidad de que cualquier restricción tenga una cobertura legal (STC 94/1993). Una puntualización como la anterior previene sobre la inadecuación para constreñir el ejercicio de una libertad fundamental como ésta por aquellas leyes sanitarias que enuncian sólo medidas genéricas, y en todo caso de aplicación individualizada, previstas para el control de enfermedades o de sujetos contagiosos. Y en segundo lugar, impone la adopción de un test de razonabilidad, con el que legitimar únicamente la limitación que sea “útil y necesaria” y ajustada al parámetro de la proporcionalidad “*en relación con la*

⁹ Cruz Villalón ha defendido que el estado de excepción no sería la modalidad de emergencia idónea para hacer frente a la presente pandemia, si bien –matiza– “*la afectación drástica del principio general de libertad difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio*”. P. Cruz, *La Constitución bajo el estado de alarma*, en elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html. Sintonomizamos con una conclusión la anterior, desde el momento en que hemos puesto de manifiesto la ausencia de categorías constitucionales que encajen adecuadamente con las actuales restricciones que están sufriendo los derechos y libertades fundamentales.

¹⁰ T. Quadra-Salcedo, *Límite y restricción, no suspensión*, en elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

preservación de otros derechos o bienes constitucionales” (STC 146/2006), de 8 de mayo, FJ 2).

Otra de las dimensiones constitucionales que emergen con la declaración del estado de alarma se centra en las posibilidades para ejercitar un control jurisdiccional efectivo. La premisa de partida había sido ya fijada en la Ley Orgánica de 1981, y no plantea dudas al respecto: “*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).*”

Sobre la función que en este sentido correspondería a la justicia específicamente constitucional, su operatividad está fuera de toda duda¹¹. De un lado, con la facultad para comprobar el cumplimiento de los requisitos de carácter formal que articulan el procedimiento de declaración por el Ejecutivo, y la obligatoria autorización que corresponde al Congreso de la prórroga o prórrogas que se soliciten por aquél. El control del TC sin embargo tiene que modularse a la hora de verificar las causas que justifican la declaración de ese primer grado de emergencia constitucional, ya que la remisión que hace la norma fundamental en favor de la Ley Orgánica sobre esos supuestos de hecho, sitúa en teoría esa evaluación en el terreno de la legalidad, y fuera del control estricto de constitucionalidad. Por otro lado, la decisión misma de adoptar esta medida excepcional entraría dentro de los márgenes de discrecionalidad de los que disfruta siempre el gobierno, en el ejercicio de su potestad de dirección política (art. 97, CE).

En todo caso, el control que se pueda efectuar por la jurisdicción constitucional puede llegar a la fiscalización de los potenciales efectos adversos que sobre los derechos y libertades se producen, tanto desde la norma que aprueba la declaración del estado de alarma (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), como en la aplicación de esta última por las autoridades gubernativas y administrativas (recurso de amparo). En ambos casos, combinando la evaluación de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas previstas, con la fiscalización del grado de intensidad en la afectación y restricción individualizada de los Derechos Fundamentales afectados.

El único precedente jurisprudencial hasta el momento en España aporta algunos indicadores de interés para entender el alcance y límites del control jurisdiccional sobre la declaración del estado de alarma. En la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, ¹² el TC va a marcar unas coordenadas que son aplicables para

¹¹ El impacto de la pandemia ha afectado a toda la Administración de Justicia. Para hacer frente a los problemas que ha provocado la parálisis institucional se ha aprobado el *Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. El objetivo de esta norma viene marcado por la necesidad de adoptar cambios normativos en las instituciones procesales, así como los de carácter organizativo en la estructura y funcionamiento administrativo del Poder Judicial. Al igual que ha sucedido con el resto de los poderes e instituciones del Estado, una solución imprescindible será acometer una efectiva y eficiente de digitalización de la justicia. Sobre este punto, J. Delgado Martín, *Reflexiones sobre la transformación digital de la justicia (Juditech) en tiempos de pandemia*, en Confilegal, bit.ly/2zE fzJn.

¹² Resuelve aquí el TC el recurso de amparo promovido por 327 controladores aéreos contra

cualquier otra hipótesis de futuro. En primer lugar, reconfigura el estatus constitucional del Gobierno como órgano de producción normativa, al considerar que al aprobar el decreto que declara el estado de alarma no estaría actuando como órgano superior de la Administración, sino en condición de “*órgano constitucional*”, y en base a ello no estaría ejerciendo en realidad una potestad “reglamentaria”. La interpretación tiene sin duda unas implicaciones sobre el sistema de fuentes, y en consecuencia también sobre el modelo de control de constitucionalidad que se puede activar sobre el Decreto gubernamental. Para el TC, la llamada “*legalidad excepcional*” va a tener la virtualidad de “*desplazar*” mientras esté en vigor a la legalidad ordinaria¹³.

Pero este descubrimiento por la jurisprudencia constitucional de una especie de “reconversión legislativa” de la naturaleza jurídica de una norma a priori reglamentaria (el Decreto del Gobierno por el que se declara –o prorroga– el estado de alarma) va a tornar más complejo y difícil el posible control que se intente llevar a cabo desde la justicia ordinaria. Los órganos judiciales podrán en efecto plantear un control “incidental” de constitucionalidad a la vista de que el Decreto ingresa en la relación de normas con rango de ley susceptibles de ser fiscalizadas a través de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por aquéllos ante el TC.

Adicionalmente, sobre las medidas gubernamentales y administrativas que desarrollan la norma de emergencia queda abierta la posibilidad de realizar un doble control judicial. Primero para verificar su legalidad, esto es, la adecuación de aquéllas al decreto que declara el estado de alarma. De otro lado, los jueces ordinarios tienen asimismo competencia (amparo judicial) para realizar un test de constitucionalidad con el que evaluar la posible ausencia de proporcionalidad de las restricciones que sufren los derechos constitucionales en la implementación de la emergencia¹⁴.

el Auto del Tribunal Supremo (5696/2011), que rechazó la revisión jurisdiccional del decreto de declaración del estado de alarma; y más concretamente el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicitaba al Congreso la autorización para prorrogarlo.

¹³ Ese “*desplazamiento*” implica –en palabras del Tribunal– “*que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar*”.

¹⁴ Cabe anticipar además que la competencia de los órganos de la justicia va a ser decisiva en un futuro inmediato para determinar la eventual responsabilidad patrimonial del Estado por los errores y negligencias que se hayan cometido durante la gestión de la pandemia, con resultado muchas veces de miles de muertes y daños físicos y psicológicos de los enfermos y personal sanitario afectados por el virus. De hecho son ya muy numerosas las demandas civiles –además de algunas querrelas criminales– que se han presentado contra los responsables públicos estatales y autonómicos, lo que presumiblemente obligará a los tribunales de justicia a delimitar el alcance de la previsión contenida en la LO de 1981: “*Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes*”. No obstante, esta disposición parece estar pensada para encauzar la responsabilidad de los daños que tengan su origen directamente en las decisiones que hayan adoptado los poderes públicos, y no tanto en imponer la obligación de compensar económicamente los daños que ha causado directamente la pandemia.

Sin embargo, la experiencia previa parece apuntar a una interpretación restrictiva de la competencia de la justicia ordinaria para fiscalizar la norma que declara el estado de alarma. A la luz de lo acontecido con la aprobación del Decreto 1673/2010 -y su prórroga posterior¹⁵- quedaría patente la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para ejercer ese control.

Otra lección que se extrae de este único precedente es que la legislación de emergencia constitucional tiene la capacidad de alterar el sistema de fuentes. Como hemos anotado, el TC ha validado el “desplazamiento” que aquélla produce en las leyes ordinarias, cuya aplicabilidad queda en suspenso cuando puedan resultar incompatibles o contradictorias con las disposiciones contenidas en el decreto del estado de alarma. Pero además de esta prevalencia -temporal necesariamente- que otorga la jurisprudencia constitucional a la norma que articula la respuesta a una situación de excepcionalidad, la homologación legislativa que se defiende por la jurisprudencia constitucional introduce un elemento de inseguridad sobre las posibilidades de tutela judicial de los derechos que puedan quedar lesionados por aquélla. Difícilmente podría invocarse una vulneración directa de derechos y libertades fundamentales -mediante recurso de amparo- por una disposición que adquiere automáticamente valor de ley; recordemos aquí que en el ordenamiento constitucional español este instrumento de tutela jurisdiccional ha sido diseñado para una defensa individual de los derechos, y siempre contra actos y normas administrativas (o resoluciones judiciales).

3. El catálogo de derechos constitucionales y sus limitaciones como consecuencia de la crisis sanitaria

La reacción de las instituciones políticas y jurisdiccionales ante la pandemia corre el riesgo de producir una *distopía* constitucional. La intensidad del impacto ha sido especialmente relevante y directo en determinadas libertades fundamentales. Las restricciones que se han aprobado durante el estado de alarma han supuesto una involución -temporal- de los estándares objetivos que disfrutaban en una situación de normalidad constitucional, generándose de este modo una notable inseguridad sobre el significado que cobra en este momento su “contenido esencial” (art. 53.1, CE), parámetro de legitimidad este último de todas las medidas que se pudieran adoptar por el Estado.

Además de la libertad de circulación, las consecuencias de la pandemia se extienden a un amplio abanico de derechos constitucionales, generando situaciones de riesgo e inseguridad en lo que respecta a su ejercicio efectivo. Algunas de las actuaciones destinadas a proteger la salud pública, adoptadas en el marco del estado de alarma, pueden tener una repercusión potencialmente negativa sobre

¹⁵ Así lo certifican las resoluciones del Tribunal Supremo que resolvieron los recursos que interpusieron controladores aéreos afectados por la intervención del Estado durante la huelga que paralizó todos los aeropuertos españoles en el 2010. Todos fueron inadmitidos, por considerar que el máximo órgano de la justicia ordinaria no tenía potestad para conocer de una impugnación que se dirigía contra un acto cuyo contenido había sido asumido en su integridad por el Congreso de los Diputados, cuando autorizó la prórroga del Estado de Alarma,

derechos que no han sido mencionados en el articulado de la Ley Orgánica (LO). En concreto nos referimos a la libertad de reunión y manifestación (manifestaciones de Primero de Mayo), la intimidad personal (en su dimensión de intimidad sanitaria), el derecho a la protección de datos personales (*pasaporte inmunológico o serológico*), e incluso al derecho fundamental a la libertad (las denominadas *Arcas de Noé*).

a) *La salud, centro de gravedad del impacto jurídico de la pandemia*

La crisis ha puesto de relieve una evidencia que no siempre cuenta con el debido patrocinio constitucional: la *fundamentalidad* del derecho a la salud. En las actuales circunstancias esta posición interpretativa se traduce, en primer lugar, en la necesidad de priorizar el valor constitucional de la salud pública en el potencial conflicto con otros principios y derechos de igual naturaleza y rango jurídicos; y desde una dimensión subjetiva, en otorgar al derecho a la salud una posición de prevalencia debido a su conexión con derechos fundamentales como la integridad y la vida (art. 15, CE). Esa misma revalorización constitucional explica también su concepción como presupuesto o “valor habilitante”, desde el cual se van a inspirar posiblemente futuras políticas públicas que aspiran a superar la profunda crisis económica en la post-pandemia. De este modo, es más que probable que los principios y derechos consustanciales al modelo económico de mercado (propiedad y libertades empresariales) se vean condicionados, cuando no supeditados, a aquellos otros objetivos y compromisos constitucionales característicos del Estado social.

1520

Conviene recordar sin embargo que en ordenamiento constitucional español el derecho a la salud apenas goza, formalmente, de un relieve jurídico desde el que se garantice una mínima normatividad o eficacia vinculante. Contenido en el capítulo de los “principios rectores” de la política social y económica (artículos 39 a 52). No obstante, el hecho de ser enunciado como “derecho” en el texto de la norma fundamental (art. 43.1) prefigura en cierto modo una futura configuración subjetiva o individual, si bien con un “contenido” todavía demasiado subordinado o dependiente de la disponibilidad del legislador. Esta factura jurídico-constitucional, excesivamente debilitada, de la salud en cuanto derecho o principio construccional es la que está experimentando una profunda alteración como efecto colateral de la crisis pandémica. Aun cuando siga excluido de la condición normativa de “derecho fundamental”, sin duda la intensidad que con la crisis ha cobrado su conexidad con otros derechos –esta vez sí fundamentales sin lugar a dudas (vida, integridad, intimidad)- le proporciona un relieve jurídico de máximo nivel. Desde esta nueva dimensión y reforzamiento, fáctico y jurídico, la protección de la salud pasa de ser sólo una indicación constitucional, con forma de mandato que orienta la acción de los poderes públicos, a un derecho accionable de manera individualizada por los instrumentos procesales (amparo judicial y constitucional) que la CE adjudica exclusivamente al conjunto de los denominados derechos fundamentales.

Esta revalorización del derecho a la salud vía conexión con otros derechos fundamentales encuentra eco en la jurisprudencia convencional y constitucional.

La cuestión no resulta controvertida en el TEDH, quien defiende en algunas resoluciones el deber positivo para el Estado –exigible jurídicamente– de una adecuada atención sanitaria, como forma de proteger el derecho a la vida (art. 2 del CEDH) ¹⁶. En el caso del TC español, algunas sentencias contienen pronunciamientos bastante expresivos de la “integración” del derecho a la salud en el derecho fundamental a la vida ¹⁷.

Finalmente, en su calidad de derecho subjetivo podría avalar –creemos– una obligación de los poderes públicos, dotada de potencial justiciabilidad¹⁸, para intervenir ante el riesgo de contagio que generan actuaciones irresponsables de ciudadanos que no cumplen con los protocolos de prevención aprobados durante la emergencia sanitaria; o también el deber de salvaguardar la salud frente a los que rechacen medidas como el aislamiento forzoso, una vez diagnosticada la enfermedad, con o sin sintomatología, en un claro ejercicio abusivo de sus libertades personales de movilidad y circulación.

b) Un ejercicio limitado o condicionado de la libertad de manifestación y reunión

Como hemos subrayado, la propuesta regulativa de la CE (art. 116) no hace mención alguna a los derechos y libertades que pueden ser objeto de limitación durante la vigencia de un estado de alarma. La remisión implícita y excesivamente genérica que se hace allí a una futura Ley orgánica, ha recibido una respuesta –en nuestra opinión– que puede valorarse como incompleta; en la medida en que el legislador no recoge en este último texto normativo todos los posibles derechos que pueden quedar afectados en esta situación de excepcionalidad constitucional. Se trata de derechos “fundamentales” y de otros que no tienen ese carácter teóricamente superior desde el punto de vista del nivel de garantías que les otorga la CE. En este sentido, el articulado de la LO no hace referencia a todo el inventario de derechos que, bien de forma directa, bien de manera colateral reciben el impacto negativo de las actuaciones que implementan y aseguran los objetivos de la declaración del estado de alarma. Nos referimos en primer lugar a los derechos fundamentales a la Libertad (art. 17), el derecho de reunión y manifestación (art. 21); de igual modo pueden quedar condicionados la libertad religiosa y de culto (art. 16) o el derecho a la educación. Por último, sus efectos alcanza a la imposibilidad de ejercitar con total autonomía algunos derechos básicos de los trabajadores, como el derecho de huelga (art. 28) y la adopción de conflictos colectivos (art. 37). No obstante, sí que se describen con cierto grado de detalle en la LO posibles medidas que repercutirían de lleno en el contenido esencial de los

¹⁶ Entre otras resoluciones se pueden citar los casos Oyal c. Turquía(2010), Mehmet Sentürk y BekirSentürk c. Turquía (2013), Valentin Câmpeanu c. Rumanía (2014), Brincat y otros c. Malta (2014), AsiyeGenc c. Turquía (2015).

¹⁷ Se pueden citar como representativas las SSTC 35/1996 y 48/1996.

¹⁸ El artículo 8.6 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, otorga a los órganos judiciales de esta esfera judicial “la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.” Analizado también por A. Ruiz Robledo en elpais.com/elpais/2020/03/14/opinion/1584190284_066100.html

derechos económicos constitucionalizados, como la propiedad privada (art. 33) y la libertad de empresa (art. 38)¹⁹

Entre los derechos que se encuentran más condicionados, real o potencialmente, figuraría en primer lugar la libertad de manifestación y reunión²⁰. Durante la vigencia de la emergencia constitucional va a estar siempre supeditada a la imprescindible modulación que en cada caso se haga por las autoridades de los riesgos que supone su ejercicio para la salud pública. El TC español ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre esta nueva disyuntiva en su Auto de 30 de abril del 2020. En esta resolución la jurisprudencia constitucional acepta las limitaciones que impiden celebrar una manifestación el *Primero de mayo*, pese a la fórmula y adopción de las convenientes precauciones sanitarias, y valorando de manera preferencial las eventuales repercusiones negativas que aquélla podría tener para otros derechos constitucionales (integridad física, vida, salud). Son estos otros derechos y valores constitucionales, y no tanto la declaración del estado de alarma, los que legitiman a su juicio la restricción de la libertad de manifestación²¹. En todo caso, la posición del TC ha sido desplazada después en varias resoluciones dictadas por la justicia ordinaria. Conforme la pandemia ha ido evolucionando de forma más positiva, algunos órganos judiciales han considerado legítimo aceptar reuniones y manifestaciones en la vía pública como protesta por la gestión que está haciendo el Gobierno nacional de la crisis- en un formato ciertamente inusual (automóvil)-, rechazando las prohibiciones gubernativas que intentaban limitar su celebración por razones sanitarias.

c) *Libertad personal y confinamiento individualizado*

En combinación o superposición con la libertad de movimientos, el derecho fundamental a la libertad (art. 17, CE) puede verse igualmente limitado mientras esté en vigor la declaración de emergencia constitucional. De nuevo aquí es necesario fijar las condiciones que justificarían esa restricción en el ejercicio individualizado del derecho: necesidad de una previsión legal (Ley Orgánica), la

¹⁹ Se localizan en el artículo 11 de la LO de 1981: b) *practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias*. c) *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*. d) *Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad*. e) *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 cuarto*

²⁰ L. Cotino, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional*, en www.dropbox.com/s/fke4tpjsvsv6bl6/cotinoATCreunioncovid.pdf?dl=0

²¹ El TC defendió la tesis de la *confluencia* de objetivos, en este caso, entre el estado de alarma y las razones de salud pública, lo que le permite concluir que fue esta última la razón por la que fue desautorizada la manifestación. Pero quizás convenga recordar aquí que existe siempre la posibilidad de evitar el ejercicio de la libertad fundamental en base a los poderes que otorga la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión (art. 10), a la autoridad gubernativa para adoptar medidas complementarias que eviten una alteración del “orden público”, siempre que se acepte una interpretación de este último, comprensiva de la razón de garantizar la salud de los ciudadanos. En este mismo sentido, A. Hasani Maturano. *El derecho de manifestación durante el estado de alarma*, en theconversation.com/el-derecho-de-manifestacion-durante-el-estado-de-alarma-137824

determinación de unos límites que no supongan la suspensión de su *contenido esencial* (art. 53.1, CE), la indispensable ponderación con otros derechos (vida, salud) y, por último, la tutela judicial de esas limitaciones personales a la libertad mediante un control jurisdiccional que acredite la proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

Por otro lado, la privación de la libertad por razones sanitarias dispone de una cobertura en el plano convencional desde la cual se garantiza su legitimidad constitucional. Así, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se concretan los motivos que permiten esa limitación cuando el artículo 5.1.e) considera aceptable, siempre mediante una norma con rango de ley, privar de esa libertad a “una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”²². En una línea similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos admite las restricciones potenciales de la libertad de circulación que, también de acuerdo con la ley, tengan como objetivo la “protección de la salud” (art. 22).

El texto fundamental español no contiene ninguna previsión que de modo explícito autorice la restricción del derecho fundamental a la libertad personal basándose en motivos sanitarios. De ahí que la única solución válida en términos de legitimidad constitucional sea aquella que cuenta con el apoyo jurídico que proporciona de la declaración del estado de alarma; o bien la que se enmarca en disposiciones legislativas generales en materia de salud pública, y específicamente las relativas a enfermedades contagiosas. En este último grupo existen en el ordenamiento español algunas normas que autorizarían el aislamiento obligatorio (individual o en grupo reducidos). Es el caso, en primer término, de un antiguo – pero todavía en vigor- Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación (1945), desde el cual se autoriza a las autoridades gubernativas o sanitarias para aplicar restricciones de la libertad de movimientos de los “*enfermos infecto-contagiosos*”; enfatizando además el carácter de obligación ineludible (“*sin excusa ni pretexto de ningún género*”). Pero la norma en vigor que avala de forma más clara esa posible restricción de libertades (personal y de movimientos) sería la ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (1986); en base a esta última esas mismas autoridades están autorizadas para *adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control*” siempre que estimen en peligro la salud ciudadana; si bien debemos subrayar que no se trata de una capacidad extensiva al conjunto de la población, ya que las medidas de control sanitario a las que se hace referencia sólo se han previsto para “los enfermos y de las personas que hayan estado en contacto con ellos” (artículo tercero).

En cualquier caso, la aplicación de aquellas otras medidas excepcionales que implican una limitación general a nivel social y territorial (el confinamiento de la

²² El confinamiento obligatorio cuenta ya en España con algún precedente judicial (resolución de 6 de abril, Juzgado nº 1 de Instrucción de Palencia), donde se ha realizado –para un caso concreto- una ponderación entre el derecho a la libertad y el derecho a la salud, dando el juez ordinario a este último una prevalencia sobre el primero, en base a la legislación española sobre emergencias sanitarias, con apoyo en la Convención de 1950, que legitima la restricción de la libertad personal para proteger la salud pública

población o la prohibición de movilidad interprovincial o entre CCAA), no admitirían otra fórmula distinta a la declaración del estado de alarma²³. Esta sería la conclusión más razonable y lógica frente a posicionamientos políticos que ha intentado sostener la existencia de una “vía alternativa”, basándose en aquella legislación genérica en materia de sanidad, o inclusive en las leyes que tiene otros objetivos centrales diferentes, como la seguridad y el orden público, o la protección social²⁴. Frente a esta propuesta de un “plan b” con el que se pretende eliminar o sustituir la emergencia constitucional, cabe oponer algunos argumentos constitucionales. Tratándose de una restricción cualitativa que afecta de lleno a un derecho fundamental, parece más necesario evitar que aquélla descansa no en leyes genéricas sobre salud pública, donde no es posible reconocer con claridad la autorización de ese grado superior de limitación de unas libertades que son esenciales en un régimen democrático. Por el contrario, debe buscarse su cobertura constitucional precisamente en la legislación específicamente diseñada para hacer frente a un tipo de emergencia de la gravedad que reviste una epidemia con efectos globales en toda la sociedad. Este último –creemos– es el marco jurídico idóneo para producir cualquier regresión temporal en el contenido esencial de los derechos naturalizados como “fundamentales” por la CE de 1978.

1524

d) Las vertientes del derecho a la privacidad subordinadas a las medidas contra la pandemia

Otra de las problemáticas constitucionales que presenta la pandemia provocada por el Coronavirus es la amenaza ya referida que comportan algunas medidas sanitarias en los espacios de privacidad del ciudadano. De nuevo se plantea en este punto el dilema entre un objetivo cuya legitimidad y cobertura constitucional resulta innegable (la salud pública), y derechos con rango de fundamentales, como la intimidad y la protección de datos personales (art.18.1 y 4, CE). La necesidad de alcanzar una interpretación armónica entre ambos elementos de la balanza debería partir de una premisa señalada por la jurisprudencia constitucional; esto es, la estrecha imbricación entre intimidad y salud, de la que deriva un derecho constitucional a la “intimidad sanitaria” (STC 70/2009).

²³ Díaz Revorio sostiene, como nosotros, que las leyes en materia de sanidad antes citadas no habilitan para adoptar cualquier tipo de medidas que afecten a las garantías constitucionales. F.J. Díaz Revorio, *A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales*, en almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales

²⁴ .- Nos referimos a las siguientes normas legislativas: Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. En toda esta legislación no es posible localizar una mención lo suficientemente nítida y específica a la limitación de la libertad de movimientos (art. 19, CE), ni tampoco a la competencia que de manera incuestionable puedan ejercer otras autoridades (autonómicas, municipales) para decretar un confinamiento “territorializado” general de la población residente en las respectivas entidades administrativas; además, con estas normas exclusivamente el Gobierno nacional no dispondría de una potestad legal suficiente para imponer la limitación de movimientos a los ciudadanos; creemos que en ese caso estos últimos estarían plenamente facultados para oponerse individualmente, en la esfera jurisdiccional, a una restricción en uno de sus derechos fundamentales.

Todo apunta a que será inevitable la intervención del legislador para llevar a cabo de nuevo un necesario ejercicio de ponderación y modulación interpretativas. La razón estriba en que, también en esta otra dimensión constitucional de la pandemia, no se cuentan con suficientes ni claros indicadores normativos que ofrezcan la solución de equilibrio entre polos potencialmente en conflicto. Por lo pronto no parece fácil admitir la validez, en términos constitucionales, de medidas de vigilancia o control “hipodérmicos” (Harari)²⁵, mucho más incisivos e intensos que la llamada “geolocalización anonimizada”. Hasta ahora no se dispone de una norma con el rango jurídico exigible cuando se afectan derechos fundamentales (Ley Orgánica) que delimite con claridad el alcance, pero también la frontera, de la aplicación de instrumentos informáticos que ayudan en la detección no sólo de enfermos sino de igual modo de los potenciales contagiados. Las disposiciones actualmente en vigor en España facultan sólo a la autoridades sanitarias a ejercer ese control sobre enfermos infectados por el virus o las personas que hayan estado en contacto con ellos (LO de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, 1986); pero no de forma indiscriminada sobre el conjunto de la sociedad sin evidencia de contagio.

Nos parece por otra parte que, más allá de la afectación ética, este tipo de utensilios informáticos ponen en riesgo los derechos individuales que derivan del concepto constitucional de privacidad, además del peligro potencial que para la propia libertad e igualdad puede representar una futura, pero en absoluto hipotética, división de la población en función de criterios *serológicos*.

Ciertamente situaciones extraordinarias como las que ha generado la pandemia pueden justificar y proporcionan legitimidad constitucional a las restricciones de estos derechos ligados a la privacidad personal; siempre y cuando las medidas que se adopten resulten proporcionadas al menoscabo y perjuicio que ocasionan en su ejercicio individual. Los dispositivos que se proponen –algunos ya se están activando– son diversos y repercuten también con diferente intensidad en el espacio de intimidad de sujeto: operadoras con capacidad para trazar un mapa de posicionamiento de los usuarios, pulseras biométricas para vigilar la temperatura corporal, o “pasaportes epidemiológicos” y serológicos.

No obstante, y en tanto no se actualice en el plano normativo el sistema de garantías, la tutela efectiva de esta categoría de derechos se localiza en posiciones doctrinales que se promueven desde la esfera jurisprudencial. En este sentido, El TC ha venido manteniendo la existencia de una lectura “comprensiva” de los derechos a la intimidad y la protección de datos personales, en donde se integraría el derecho a la autodeterminación informativa sobre la salud personal ²⁶. En una

²⁵ Y. Harari, en www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/ya-val-harari-mundo-despues-coronavirus.html?facet=amp&utm_source=lavanguardia&utm_medium=referral&utm_content=yusp

²⁶ Así se observa en la STC 159/2009: “Se trata de un dato íntimo que debe ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza

línea similar a la anterior, el TEDH insiste igualmente en el que carácter confidencial de esa información se configura como un “*un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención*”, el cual debe ser garantizado por la legislación interna de los estados (STEDH caso L.L. c. Francia); indica además que “*el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención*”. De esta forma –viene a concluir el Tribunal en otro momento- “*la comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud*” es contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio (caso Z. c. Finlandia).

La declaración del estado de alarma ha traído a colación este mismo debate, sobre la necesidad de utilizar dispositivos tecnológicos para la contención y control de la enfermedad. Las primeras fórmulas se han establecido en una categoría normativa inferior y de procedencia gubernamental ²⁷. En primer lugar, encomendando a un órgano del Ejecutivo (Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital), la puesta en funcionamiento de una aplicación informática cuya finalidad se orienta sólo a la realización por sus usuarios de una *autoevaluación médica*, sobre sintomatología, ofreciendo consejos prácticos y recomendaciones a seguir. Generan un mayor riesgo para la privacidad las previsiones que se hacen en esa norma sobre la utilización de la aplicación para conseguir la geolocalización del usuario, si bien “*a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar*”. Y especialmente la programación de un estudio de la movilidad de los ciudadanos en los días anteriores o durante el confinamiento, el cual sin embargo –introduce aquí una matiz modulador- se hará de una manera “anonimizada”.

Finalmente, la salud pública se erige en principio que relativiza los estándares de protección que reciben los “datos personales” por la normativa europea y nacional. Esta ponderación entre derechos está contemplada ya en el Reglamento General de Protección de Datos (UE 2016), cuya Exposición de Motivos facilita la priorización por una razón de interés público (control de epidemias o su propagación). De forma algo más explícita en España, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales intenta concretar los criterios que deben seguir las autoridades sanitarias en la investigación de la salud. De acuerdo con la norma citada, esta última se llevará a cabo mediante “*estudios científicos*” que no tienen por qué contar necesariamente con “*el consentimiento de los afectados*”, y siempre que se den “*situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública*” (Disposición adicional decimoséptima).

Tampoco la intimidad sanitaria se concibe como un derecho ilimitado ni prevalente en la ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El

sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento”.

²⁷ Nos referimos a la Orden SND/297/2020, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-

marco legal que describe esta norma deja de manifiesto, de un lado, la necesidad de garantizar la dignidad del paciente y el respeto a la autonomía de su voluntad (art.2), a la hora de “obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”²⁸. Pero al mismo tiempo, impone una colaboración – incontrovertible, a nuestro modo de ver- que obliga al paciente a facilitar los datos sobre su estado de salud. No parece a priori un simple deber genérico, aunque del mismo modo no se concretan posibles consecuencias jurídicas por su incumplimiento. Su imposición por las autoridades sanitarias tiene que estar justificada, en todo caso, por razones de interés público. En principio estas obligaciones no tendrían que ocasionar problemas desde el punto de vista de su compatibilidad con la privacidad/intimidad (sanitaria); sobre todo si con ello se contribuye a evitar el riesgo o el daño efectivo a la salud de otras personas. Esa injerencia en el derecho fundamental no podría tampoco ser calificada de ilegítima, desde una óptica constitucional, ya que –como ha advertido el TC- *encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho* (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio).

Lo cierto es, en conclusión, que ni del Reglamento europeo, ni de la Legislación española, se puede inferir con nitidez una habilitación a las autoridades sanitarias para restringir a vertiente sanitaria del derecho a la intimidad. Tampoco jurisprudencialmente se ha señalado con precisión hasta donde puede resultar legítimo limitar el derecho fundamental a la protección de ese tipo de datos personales, para proteger de forma eficaz la salud pública ante la pandemia. Existiría no obstante una cobertura legal mínima e imprescindible para implementar aplicaciones o sistemas de control y vigilancia de enfermos y potenciales contagiados; no tanto e indiscriminadamente del conjunto de la sociedad, y siempre bajo el prisma de colaboración individual y no desde una imposición generalizada y jurídicamente sancionable en su incumplimiento²⁹. Para adoptar esta última medida se requeriría una reforma de aquellas leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales consagrados en la CE (artículo 18.1 y 4).

e) *Principios sociales y asunción indirecta de la vulnerabilidad como presupuesto constitucional del que derivan nuevos derechos*

La crisis sanitaria, junto a la amenaza de una pandemia todavía incontrolable, han proyectado al derecho a la salud como un factor de modulación del conjunto de principios y cláusulas que conforman la Constitución socioeconómica.

²⁸ Sobre la necesidad de controlar las intromisiones en la vertiente sanitaria del derecho fundamental a la intimidad, M. Carrillo, *Los derechos en tiempo de pandemia*, en blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5800

²⁹ Como defiende Massó Garrote, resulta menos invasivo para la intimidad y la protección de datos personales el formato “descentralizado” de las aplicaciones informáticas, donde predomina la colaboración del ciudadano. M. Massó, *Nuevas tecnologías y control de la pandemia*, en listindiario.com/tecnologia/2020/05/31/619863/nuevas-tecnologias-y-control-de-la-pandemia.

Tradicionalmente concebida como una especie *soft-law* para el que apenas rige el principio de normatividad constitucional, la salida “solidaria” a la crisis seguramente va a significar un reforzamiento del programa social constitucionalizado, al habilitar un crecimiento exponencial de la intervención pública sobre el orden económico y el mercado de trabajo. Un claro exponente de este tipo de alteraciones –casi mutaciones constitucionales– se observa ya en el abandono de las restricciones sobre el gasto y el endeudamiento públicos. Lo que hace unos años se impuso y adquirió carta de naturaleza constitucional, a través del *mega-principio* de la estabilidad presupuestaria, queda postergado en su aplicabilidad efectiva como consecuencia de la globalización de la epidemia³⁰.

Se fortalecen en consecuencia aquellos principios constitucionales (función social, interés social, utilidad pública) que autorizan restricciones sobre derechos económicos (propiedad privada, libertad empresa). El catálogo en la CE se amplía con parámetros moduladores (“*las exigencias de la economía general*”) y objetivos que proponen una alternativa cualitativa de política social y económica: “*subordinación de la riqueza al interés general*” (art. 128), reserva al sector público de “*recursos o servicios esenciales*”, “*intervención de empresas*”, o la *planificación de la actividad económica* (art. 131). Estos indicadores “socializantes” se configuran ahora como paradigmas constitucionales que permiten sostener un nivel en expansión de intervencionismo público necesario para acometer los efectos más perniciosos socialmente de la crisis sanitaria³¹.

La pandemia, si bien pone en evidencia la debilidad constitucional del Estado del bienestar, al mismo tiempo plantea nuevos desafíos sobre la necesidad de ampliar las dimensiones objetivas de los tradicionales derechos sociales³². La crisis económica generada por el Coronavirus ha servido para reactivar una categoría que empezaba a contar con un cierto o relativo perfil constitucional. En el planeamiento de las nuevas políticas sociales y de asistencia pública cobra una atención preferencial la noción de “vulnerabilidad”. Tradicionalmente centrada en la protección social de minorías amenazadas por el riesgo de exclusión, los “vulnerables” ahora se identifican con sectores de la población de dimensiones demográficas dilatadas, afectadas directamente por situaciones de carencia en sus necesidades básicas. Entran aquí minorías, no tan minoritarias en términos cuantitativos (Infancia, tercera edad, dependencia, pobres, *homeless*), además de toda una serie de grupos en riesgo de exclusión o en situación de doble inferioridad

³⁰ Como sostiene Moreno González, son tres los “muros jurídicos” en este sentido que pueden quedar en suspenso como efecto de la pandemia: el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), el Mecanismo Europeo de Estabilidad (Mede), y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG). G. Moreno González, en agendapublica.elpais.com/adios-a-la-estabilidad-presupuestaria-en-la-ue/

³¹ Sobre la necesidad de realizar una interpretación sistemática o de conjunto de estas disposiciones de contenido netamente social y progresivo, con aquellas otras que, dentro del mismo texto constitucional, puedan ser contradictorias. F. de Carreras, *La Constitución es un sistema*, en elpais.com/elpais/2020/04/21/opinion/1587485040_186744.html

³² Porque justamente son estos los derechos que corren más riesgos de quedar restringidos –o recortados– tras la pandemia. O. Salazar Benítez, *COVID-19: Tras la alarma, el tiempo de los derechos*, en theconversation.com/covid-19-tras-la-alarma-el-tiempo-de-los-derechos-135340

social (inmigrantes irregulares y menores no acompañados, mujeres maltratadas); todo los anteriores componen el catálogo de principales beneficiarios de las próximas políticas públicas que se activarán en esta nueva etapa del Estado post-social para enfrentar el extraordinario impacto económico que ha ocasionado la pandemia³³.

La noción de vulnerabilidad se encuentra en este momento en una fase dinámica o expansiva, desde la que se superan las fronteras tradicionales que la vinculaban fundamentalmente a aquellas circunstancias donde existía un riesgo –o una realidad- social de pobreza. En la reacción institucional que ha provocado la crisis económica se están poniendo en juego los valores constitucionales de la dignidad y la calidad de vida. Los colectivos “vulnerables” que han sido afectados por la pandemia ya no se circunscriben a la minoría de quienes viven en el filo o dentro de la marginación. Ha aumentado exponencialmente con cualquier grupo social que pueda quedar fuera del circuito de bienestar social, y que por lo mismo requiere de una dotación prestacional específica y adaptada al riesgo económico que sufre como resultado de la crisis. En este sentido también, se produce una cierta complementación entre el objeto (derecho) y el sujeto (colectivo o minoría) a los que se podría aplicar el concepto de vulnerabilidad constitucional. Entre los primeros derechos más vulnerables hay que contabilizar tanto los derechos directamente damnificados por la crisis sanitaria (salud, vida, integridad); pero también aquellos otros derechos constitucionales que necesitarán de una atención prioritaria del Estado para garantizar un mínimo de dignidad existencial (vivienda, suministros básicos, seguridad social en caso de desempleo, conciliación familiar). Se trata en definitiva de una redimensión – al alza- del paradigma constitucional del Estado social; inspirado por el propósito de hacer realidad la versión material del principio de igualdad, mediante el diseño de nuevas políticas públicas que proponen nuevos derechos prestacionales, vinculados a los efectos poliédricos de la pandemia.

4. Cambios y repercusiones de la pandemia en el funcionamiento en el sistema parlamentario y el modelo territorial.

La globalización de la epidemia ha amplificado sin duda el riesgo de protagonismo de los *nacional-populismos*. Se ha añadido así un nuevo frente en el “asedio” a la Democracia constitucional de las últimas décadas; la evidencia más clara se encuentra en la instrumentalización de la crisis que están haciendo algunos Gobiernos situados en esta órbita ideológica a la hora de reducir o intentar “miniaturizar” el régimen de libertades que garantizan las Constituciones nacionales y el derecho convencional³⁴.

³³ En este sentido, merece una atención especial el hecho de que una de las escasas normas que ha concitado el acuerdo de la práctica totalidad del Congreso (si dejamos a un lado la abstención del partido de ultraderecha, Vox) ha sido justamente la aprobación del “ingreso mínimo vital” (Real Decreto 20/2020), como un derecho individual a partir de ahora para determinados sectores de población más castigados por la pandemia. E. Carmona Cuenca, en agendapublica.elpais.com/el-derecho-a-un-minimo-vital-y-la-renta-basica/

³⁴ Existe ya una constancia fehaciente de esta reacción *nacionalpopulista* en algunos países del

No obstante, en la práctica generalidad de los sistemas democráticos se mantienen en activo aquellos dispositivos que permiten llevar a cabo un control político y jurisdiccional de las decisiones que se adoptan por las instituciones que ejercen la función de gobierno. En la actual situación de excepcionalidad constitucional no han dejado de utilizarse los instrumentos habituales que permiten evaluar la constitucional y legalidad de las medidas extraordinarias que se aprueban, así como la responsabilidad jurídica que deriva de su implementación.

En lo que respecta al modelo parlamentario español, el confinamiento y las medidas sanitarias han forzado a adoptar formatos *virtuales* en parte de la actividad parlamentaria, concretamente en el desarrollo de sesiones y debates que han tenido lugar en las Cámaras legislativas (Congreso, Senado)³⁵. Además, y durante un cierto espacio de tiempo, coincidiendo con la fase más dura de la pandemia, se ha producido una “hibernación” de los instrumentos de control ordinarios sobre el Ejecutivo³⁶. No obstante, se han mantenido activados –en este formato virtual y con ponderación de voto– los espacios de discusión política y de fiscalización potencial de las medidas gubernamentales, adoptadas en el marco o como consecuencia de la emergencia sanitaria³⁷. Igualmente, siempre ha habido ocasión para que el Congreso haga uso de la potestad que le otorga la CE y la LO para delimitar, y cambiar si fuera necesario, el alcance y actuaciones propuestas en las sucesivas prórrogas del estado de alarma que se aprueban en sede parlamentaria.

En lo que respecta a la forma de Estado, el modelo territorial (Estado Autónomo) se ha visto asimismo impactado como consecuencia de la crisis sanitaria y económica, tanto en un plano competencial como en cuanto a la situación financiera de las Comunidades Autónomas (CCAA). La existencia de un denominado “mando único” ha supuesto la centralización en la esfera estatal, y principalmente en el Ministerio de Sanidad, de la responsabilidad en la toma de

centro y este de Europa, donde se han derogado los compromisos y obligaciones que derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), una decisión con la que se intenta legitimar la restricción en el ejercicio de derechos y libertades. El caso de Hungría resulta especialmente grave, puesto que aquí el Gobierno de Orban continúa su labor de acoso y derribo del Estado de Derecho, con las limitaciones que se han impuesto a las libertades de expresión e información, o la indefinición sobre el acotamiento temporal de la emergencia, para eludir el control parlamentario y gobernar por decreto de forma permanente.

³⁵ Favorable a una interpretación flexible de la legalidad que permita la utilización de la *virtualidad*, para celebrar reuniones telemáticas de los plenos de órganos constitucionales y administrativos, A. Barrero, *Estado de alarma y violación de derechos fundamentales*, en elpais.com/opinion/2020-05-17/estado-de-alarma-y-violacion-de-derechos-fundamentales.html

³⁶ Sobre las posibilidades de utilización por el Congreso de esta modalidad de los mecanismos de control de naturaleza política, M.A. Presno, *El derecho y el revés*, presnolinera.wordpress.com/2020/04/06/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-6-control-jurisdiccional-de-la-declaracion-del-estado-de-alarma-y-de-sus-prorrogas/. En una línea de opinión parecida, para Vidal Prado queda claro que la concentración de poder y funciones que supone la declaración del estado de alarma no impide la aplicación de los controles propios de un Estado de derecho. C. Vidal Prado, *El Congreso no puede hibernar*, en www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1196804

³⁷ Sobre la necesidad de una transparencia y rendición de cuentas en la situación tan excepcional creada por la pandemia, A. Rodríguez, *Emergencia constitucional*, en www.diariosur.es/opinion/emergencia-constitucional-20200325000610-ntvo.html?ref=%2F%2Fwww.acoes.es%2Fblog%2F2020%2F03%2F25%2Femergencia-constituiconal%2F

decisiones que, en circunstancias normales, se adoptarían por las instituciones regionales³⁸. Esta “estatalización” – parcial- de funciones tiene un carácter extraordinario y temporal, limitado a la vigencia del estado de alarma. Representa sin duda un desapoderamiento real de atribuciones comprendidas por mandato estatutario dentro del campo institucional autonómico, si bien las CCAA han mantenido espacios competenciales para la gestión propia. De este modo la situación de emergencia constitucional, articulada a través de una norma gubernamental –con eficacia y valor legislativo, según el TC- incide o afecta sin duda a las atribuciones estatutarias, sin que esto conlleve una capacidad derogatoria sobre los ordenamientos autonómicos, tal y como ha matizado también la jurisprudencia constitucional respecto de la legislación del estado vigente antes de la declaración del estado de alarma.

Es hasta cierto punto previsible y lógico que la Ley Orgánica de 1981, por la fecha en que fue promulgada y el todavía incipiente desarrollo del Estado Autonómico, apenas si incluyera alguna regulación sobre el papel de las CCAA en situaciones de emergencia constitucional. En todo caso, no existen precedentes en la jurisprudencia constitucional española que aclaren el alcance y límites exactos que puede llegar a tener la declaración de un estado de alarma sobre el sistema constitucional de distribución de competencias. Aunque creemos que ese desplazamiento competencial –en sentido “centrípeto- no ha llegado a implicar una sustitución del modelo competencial constitucionalizado; como tampoco una forma indirecta de aplicar la cláusula de “coerción federal” del artículo 155 de la CE, tal y como se ha argumentado desde posiciones independentistas.

Lo cierto es que todas las disfuncionalidades que han emergido de esta doble gestión de la crisis (estatal y autonómica) han puesto en evidencia uno de los grandes déficits, y desafíos al mismo tiempo, del modelo territorial que ha derivado de la norma constitucional de 1978. Nos referimos a la creación de estructuras institucionales donde se pueda realizar una verdadera coordinación y colaboración interterritorial parece hoy imprescindible para acometer con éxito la respuesta a esta y futuras pandemias. Porque hasta el momento, ni el Senado ni otros organismos multilaterales, como las Conferencias Sectoriales o las Comisiones Bilaterales (Estado-Comunidad Autónoma), están siendo instancias útiles para enfrentar problemas que exigen respuestas a nivel nacional. Por lo demás, con la noción recién acuñada durante la gestión de la crisis –“cogobernanza”- se intenta aportar una alternativa, por el momento sólo conceptual, a la necesidad

³⁸ Para Velasco caballero esta supremacía funcional del Gobierno central durante la vigencia del estado de alarma encuentra su justificación en una “competencia implícita” –no prevista expresamente en el listado de atribuciones exclusivas del Estado del artículo 149 (CE)- que deriva del artículo 116 de la CE. F- Velasco Caballero, en www.blog.fder.uam.es/2020/03/18/estado-de-alarma-y-distribucion-territorial-del-poder/. Del mismo autor, *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, en *EL CRONISTA del Estado social y democrático de derecho*, números 86-87, marzo-abril, 2020. Sobre esta dimensión territorial de las consecuencias que está teniendo el estado de alarma, Arbós mantiene una posición que nos parece realista, al afirmar que la emergencia constitucional no ha “desbordado” el marco constitucional. X. Arbós en www.elperiodico.com/es/opinion/20200315/articulo-xavier-arbos-estado-de-alarma-y-autonomia-7890832

contrastada de articular vías e instrumentos estables de colaboración; una asignatura ésta pendiente en la trayectoria cuasi-federal del Estado autonómico español. La celebración periódica durante la pandemia de Conferencias “virtuales” de Presidentes Autonómicos con el Presidente del Gobierno de la Nación apenas ha sido un sucedáneo, con efectos más informativos o consultivos que de verdadera cooperación, de lo que debería constituir en el futuro un verdadero federalismo cooperativo; a la luz del sentido común la única configuración válida a tener en cuenta en las reformas legales que se avecinan y son imprescindibles en el Estado Autonómico español³⁹.

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén
gruiz@ujaen.es

³⁹ Aunque todavía sin una propuesta legislativa concreta, recientemente se ha apuntado por el Gobierno la necesidad de acometer una serie de reformas normativas con las que sea posible reaccionar contra una situación futuras similar a la ocasionada por la actual pandemia, sin que sea necesario utilizar de nuevo el instrumento de la declaración del estado de alarma. Sobre este punto, X. Arbós, *Derechos fundamentales y crisis sanitaria, en www.elperiodico.com/es/opinion/20200331/articulo-xavier-arbos-derechos-fundamentales-crisis-sanitaria-7912195*.