

ARNALDO ALCUBILLA, E. Y CANOSA USERA,  
R. (2020). *EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE  
EL COVID-19. LAS DIFERENTES RESPUESTAS EN  
EL ÁMBITO COMPARADO*. MADRID: CARDENAL  
CISNEROS Y WOLTERS KLUWER

Pablo PENDÁS PRIETO  
Letrado de las Cortes Generales  
Jefe del Departamento de Contratación  
del Congreso de los Diputados

Es muy elogiable la rápida respuesta doctrinal ante un fenómeno imprevisible como era la expansión universal de la COVID-19. En apenas un año, los juristas (también sociólogos, economistas y otros expertos) han respondido al desafío de estudiar las respuestas de los ordenamientos jurídicos ante una realidad incierta y confusa. Proliferan las monografías, los números especiales de revistas jurídicas y, sobre todo, las obras colectivas con aportaciones importantes en las diferentes ramas del derecho.

El libro que comentamos, dirigido por los profesores Raúl Canosa y Enrique Arnaldo, reconocidos constitucionalistas, reúne la colaboración de quince especialistas de otros tantos países acerca de las respuestas de sus respectivos derechos nacionales. En general, se ha buscado una solución «fuerte» (el confinamiento) y otras medidas rigurosas pero menos traumáticas (cierre de hostelería, «toque de queda», etc.) que afectan sin lugar a dudas a los derechos fundamentales. En casi todas partes se ha acudido al derecho de excepción, recuperando capítulos (felizmente) poco habituales en el funcionamiento ordinario de los sistemas constitucionales. En otros, se ha acudido a la legislación ordinaria y, a veces, a normas *ad hoc* para adoptar medidas destinadas a combatir la crisis sanitaria. En todas partes, se plantean problemas similares y se adoptan soluciones aparentemente análogas, pero con matices importantes para el constitucionalista.

Dicen con razón los profesores citados en la presentación del libro que comentamos que la pandemia supone una auténtica «prueba de estrés para el Derecho Constitucional». Una vez más, ante catástrofes de enorme magnitud, reaparece en toda su plenitud la «era de los ejecutivos» (tan bien enunciada por García de Enterría) y la consiguiente debilidad de un Parlamento difuminado, confuso y aparentemente apático ante la hiperactividad del Gobierno. No está justificado en esta ocasión, sin embargo, el ya conocido pesimismo de los constitucionalistas ante la crisis del Parlamento, una constante en la literatura parlamentaria del último siglo desde que Carl Schmitt, en el marco de su famosa polémica con Kelsen, criticara el «espectro vacío» de Weimar. La propia dinámica y complejidad organizativa del poder legislativo, lento y repleto de matices (como, por otra parte, es propio de un Parlamento democrático) provoca, en un marco como el actual, que requiere gran agilidad en la toma de decisiones, que la ciudadanía mire al ejecutivo, poder activo por definición y mucho más enérgico, ágil y expeditivo en este tipo de coyunturas.

No ha sido, sin embargo, el papel del legislativo lo que ha generado mayores discusiones sino la drástica limitación de los derechos fundamentales (particularmente acusada entre marzo y mayo de 2020) al amparo del estado de alarma, un estado excepcional de índole civil y administrativa que, según la doctrina más consolidada sobre la materia que representa Cruz Villalón, no permitiría la adopción de unas medidas tan concluyentes. Nos limitamos a enunciar aquí el debate, remitiéndonos para profundizar en el mismo a los sugerentes análisis que los autores realizan de la respuesta a nivel nacional de cada uno de sus ordenamientos jurídicos ante la crisis sanitaria.

Procede ahora resumir la obra que reseñamos. La primera parte contiene un capítulo, a cargo del profesor Canosa, titulado «El marco internacional y supranacional de la reacción estatal europea ante la emergencia sanitaria». El propio título anticipa ya una primera e ineludible conclusión: la reacción ha sido abrumadoramente estatal. Los viejos Estados nacionales han sido los exclusivos protagonistas de la batalla contra la COVID-19 ante unos pasivos poderes locales y unas difuminadas estructurales supraestatales. La profunda limitación de los poderes regionales (particularmente llamativa en un Estado tan descentralizado como el nuestro) y la ausencia de una clara coor-

dinación entre distintas organizaciones internacionales (la inacción, cuando no ausencia, de las autoridades comunitarias en la primera fase resultó muy significativa) dejó a los Estados ante sus propias soluciones jurídicas improvisadas al tiempo que al derecho internacional y comunitario como únicos garantes de la legalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas al amparo del derecho de excepción.

Partiendo de la Declaración Universal de Derechos Humanos como base de todo el derecho internacional posterior y, tras constatar que la misma no presenta en su articulado cláusulas relativas a la suspensión de derechos en situaciones de emergencia, realiza el autor una sugerente comparación entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), con muchas más similitudes que diferencias entre ambos. A la postre, las respuestas nacionales han estado basadas en normas de aplicación temporal, necesarias, proporcionales y respetuosas con el derecho internacional. Incluso el derecho comunitario, más preciso, parece renunciar en esta ocasión a una mayor exhaustividad y, de hecho, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea menciona escueta y genéricamente «el respeto al contenido esencial de los derechos» y el carácter necesario y proporcional de las medidas que se adopten. Vía libre, pues, para los Estados-nación que han gozado de plena discrecionalidad en la toma de decisiones y su plasmación jurídica, sin excesivos controles internos ni externos.

La segunda parte, «Las respuestas al Covid-19 en América», tal vez la más novedosa como ejercicio de buen comparatismo, contiene estudios sobre los siguientes países: Argentina (a cargo de Sergio Díaz Ricci), Chile (José Antonio Ramírez Arrayás), Colombia (Alberto Yepes Barreiro), Costa Rica (Hugo Picado León), Ecuador (Marco Elizalde Jalil), Estados Unidos (Jorge M. Farinacci Fernós), México (Giovanni A. Figueroa Mejía), Perú (Susana Ynes Castañeda) y República Dominicana (José J. Marte V. y Namphy Rodríguez Otsu).

Los devastadores efectos de la pandemia y los problemas comunes ocasionados (saturación de UCI, colapso de atención primaria, desabastecimiento de productos esenciales) y la mencionada falta de respuesta de las autoridades supranacionales han provocado que los Estados, inspirados unos por otros, hayan adoptado el mismo derecho de excepción, aunque hayan seguido cauces jurídicos muy

distintos. Esta invocación al derecho excepcional (*contra tenorem rationem*, decían los clásicos) es, por desgracia, bastante común en el Nuevo Continente y no solo en situaciones de catástrofe sanitaria como la presente. La rápida urbanización ha provocado la aparición de inmensos suburbios pobres en las grandes ciudades, generando una irresistible atracción por los líderes mesiánicos que prometen sin fundamento un mundo mejor. Esta tradición caudillista tiene su reflejo jurídico constitucional en la existencia de un cesarismo presidencial o hiperpresidencialismo muy acusado. La cultura jurídica que atribuye al presidente de la república poderes excepcionales en casos de emergencia está muy extendida. Así, en Chile, el estado de catástrofe para combatir la crisis sanitaria fue decretado por el presidente que, por propia iniciativa, restringe las libertades de circulación y reunión, requisita bienes y pone límites al derecho de propiedad (pág. 97); en México, por su parte, el «supremo poder ejecutivo de la Unión», encabezado por su presidente, puede controlar la constitucionalidad de las medidas que se implementen, aunque con autorización del Congreso y supervisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Son, en efecto, excepcionales los países que, como Costa Rica, apuestan por un presidencialismo débil y acotado con fuerte control del Parlamento.

Una segunda reflexión que se desprende de las colaboraciones que componen esta segunda parte del libro es la generalización de los estados excepcionales, bajo distintas acepciones (catástrofe en Chile, emergencia en Perú). Al amparo de dicho estado excepcional, se han ido adoptando las distintas medidas. Llama la atención el caso argentino, que no cuenta con normativa sanitaria específica para estos casos ni con régimen de estados excepcionales (salvo el estado de sitio, que goza de gran rechazo social tras la dictadura militar). A pesar de ello, a través de los llamados Decretos de Necesidad y Urgencia, se configura una suerte de «estado de alarma» bastante similar al español y caracterizado por las constantes tensiones entre centro y periferia y la delegación parlamentaria en el ejecutivo para la adopción de la mayoría de medidas de excepción. Al mismo mecanismo jurídico-constitucional se llega en Colombia, si bien en este caso, la ausencia de las máximas autoridades del Estado resultó llamativa: bastó una declaración de emergencia sanitaria por el ministro de Sanidad, sin cobertura de rango constitucional sino legal. Ello, sin embargo, permitió

burlar el control de constitucionalidad de las medidas por parte de la Corte Constitucional de Colombia, generando enorme polémica entre los profesionales del derecho más sensibles a las garantías jurídicas.

La gestión de la pandemia a nivel nacional ha estado marcada por el asesoramiento técnico del Ministerio de Sanidad en la toma de decisiones. En este sentido, resulta muy interesante el ejemplo mexicano y su Consejo de Salubridad General. Dependiente del presidente de la república y del secretario de Salud que lo preside, llama la atención que entre los vocales titulares con voz y voto figuren los presidentes de las Academias de Medicina y Cirugía. La presencia de reconocidos intelectuales complementa y perfecciona el asesoramiento del órgano, dotándolo de amplia perspectiva cultural y alejándolo de las vicisitudes del día a día. La creación de un órgano similar ha sido una constante demanda del sector sanitario, hasta el momento ignorada en nuestro país.

Estos y otros múltiples matices pueden apreciarse en el relato que juristas de reconocida competencia profesional logran articular acerca de las respuestas constitucionales americanas a la pandemia.

Por último, la tercera parte («La respuesta al Covid-19 en Europa») hace referencia en los distintos capítulos a los siguientes países: Alemania (a cargo de Marie-Christine Fuchs y Jonas Hein), España (Enrique Arnaldo Alcubilla), Francia (Bertrand Mathieu), Italia (Luigi Ferraro) y Portugal (Margarida Salema D'Oliveira Martins y Alfonso D'Oliveira Martins). Interesa, por razones obvias, destacar la aportación de Arnaldo al caso español, que parte de citas literarias (Chesterton, Pushkin, Cohen) y filosóficas (Žižek y otros) para poner en suerte al lector a la hora de adentrarse en una referencia rigurosa a la aplicación del (modesto) estado de alarma, que vivía casi en el limbo jurídico del artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, salvo la limitada excepción de la huelga de controladores aéreos de 2010.

El autor pone de manifiesto que el estado de alarma no era necesariamente inevitable, existiendo otros mecanismos en el ordenamiento jurídico para haber tomado medidas análogas, tanto en el ámbito sanitario (Ley 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales de Salud Pública; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) como

en el de la seguridad pública (Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional). Sin embargo, tampoco cabe duda de que el estado de alarma es una medida adecuada y ajustada a derecho en la situación presente, prevista como está en nuestra Constitución y en la ley orgánica que la desarrolla. El artículo 4 de la citada ley prevé la declaración del estado de alarma a causa de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». Nos encontramos, qué duda cabe, ante uno de estos supuestos por lo que tanto la declaración del estado excepcional por el Consejo de Ministros como sus posteriores ampliaciones autorizadas por el Congreso de los Diputados (con mayorías cambiantes), han respetado tanto el espíritu de la norma como su tenor literal, que exigen previsión jurídica y control parlamentario. Cabría preguntarse si con la utilización de mecanismos ordinarios se hubieran evitado las drásticas limitaciones e incluso suspensiones de derechos fundamentales que se han producido como consecuencia de la peor catástrofe sanitaria del último siglo. La respuesta ha de ser negativa ya que el estado de alarma no es el causante de dichas limitaciones sino tan solo el mecanismo jurídico habilitante que las hace posibles y legítimas. El que otros países europeos hayan recurrido a distintos mecanismos no parece argumento suficiente para descalificar la declaración del estado de alarma ya que de lo que se trata es de tomar las medidas menos lesivas jurídicamente pero que sean al mismo tiempo eficaces para lograr la finalidad última: la protección del derecho a la vida de las personas, condición *sine que non* para los demás derechos, como reconoce la STC 53/1985, de 11 de abril, que califica el citado derecho como «esencial y troncal» en cuanto que supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tienen existencia posible.

Resulta un ejercicio muy útil para el jurista la comparación de la solución española con las de nuestros vecinos europeos, ya que se pone en evidencia que, con distintos matices constitucionales, se ha llegado a las mismas medidas y afrontado los mismos problemas. Por lo general, los mecanismos han venido condicionados por la distribución territorial del poder. En Francia, ha destacado la naturaleza puramente subsidiaria de la intervención de las autoridades locales, que vieron restringidos sus poderes de policía por el Consejo de Estado. Más aún, solo situaciones locales de peso específicas les

han permitido tomar medidas diferenciadas de las adoptadas a nivel nacional y siempre que no comprometiesen la eficacia de las medidas tomadas por el Estado (Ordenanza nº 440009, de 22 de abril, citada en la pág. 306). Evidente limitación de poder local que no deja de sorprender desde una óptica autonómica o federal. Menos sorprendente ha resultado, en cambio, la reacción alemana cuya Ley Fundamental de Bonn fue inspiración principal de nuestra Carta Magna. Las competencias sanitarias, en manos de los Länder; las Conferencias de Ministros de los Estados, con apasionados debates sobre el nivel de injerencia de la Federación. Todo recuerda al caso español, salvo la ausencia (por razones históricas evidentes) en la Ley Fundamental alemana de una legislación de excepción.

Sin embargo, no permitamos que los distintos matices jurídicos entre Estados (inevitables, por otra parte) nos impidan concluir que la reacción española se ha enmarcado en la plena normalidad de los parámetros europeos y que los problemas constitucionales que se han enfrentado (limitación de derechos fundamentales, reducción de la actividad parlamentaria, excesivo protagonismo del ejecutivo) han sido análogos a los de nuestros socios de uno y otro lado del Atlántico, como demuestra a la perfección una pausada lectura del libro y las reflexiones de cada uno de sus autores.

En definitiva, *El Derecho Constitucional ante el Covid-19* ocupa un lugar relevante en la bibliografía sobre el que se ha llamado con acierto derecho «en» la excepción, más que derecho «de» excepción. Bien editado por el Colegio Universitario Cardenal Cisneros y Wolters Kluwer, expuesto con rigor y buen estilo, el libro aporta información útil y opinión bien fundada. Cuando la pandemia pertenezca al pasado (ojalá sea pronto) seguirá siendo de gran interés el estudio de la respuesta, con luces y sombras, a este «estrés» normativo. Es una satisfacción comprobar la buena respuesta de nuestra doctrina, prueba –una vez más– de que tenemos un alto nivel de derecho constitucional derivado sin duda de que tenemos una muy valiosa Constitución.