

«ASK NOT WHAT YOUR COUNTRY CAN DO FOR YOU. ASK WHAT YOU CAN DO FOR YOUR COUNTRY». ¿OLVIDADA LA PANDEMIA? EL PAPEL QUE PUEDEN JUGAR EN EL FUTURO LOS (OLVIDADOS) DEBERES FUNDAMENTALES. LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 30.4 CE¹

«Ask not what your country can do for you. Ask what you can do for your country». Forgotten pandemic? The role that the (forgotten) fundamental duties may play in the future. The clause of Article 30.4 EC

TOMÁS BASTARRECHE BENGOA

Universidad Autónoma de Madrid

tomas.bastarreche@uam.es

Cómo citar/Citation

Bastarreche Bengoa, T. (2023).

«Ask not what your country can do for you. Ask what you can do for your country». ¿Olvidada la pandemia? El papel que pueden jugar en el futuro los (olvidados) deberes fundamentales. La cláusula del artículo 30.4 CE.

Revista de Estudios Políticos, 202, 171-198.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.202.06>

Resumen

El presente trabajo plantea la necesidad de desarrollar los deberes constitucionales para situaciones de emergencia como pandemias y desastres naturales. Se destaca la importancia de establecer deberes ciudadanos para enfrentar crisis de manera conjunta y cohesionada, en lugar de solo limitar derechos fundamentales a través de la aplicación del derecho de excepción. Se repasan algunos problemas de la aplicación de este derecho durante la pandemia. Posteriormente se aborda la naturaleza de los deberes constitucionales, centrándonos en el artículo 30.4 de la Constitución española. Se discute si los deberes pueden entrar en conflicto con los derechos y cómo, y si la existencia de un deber constitucional impide oponer un derecho. Se analiza la

¹ Apdo. 30.4 CE: Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

naturaleza del artículo 30.4 y su posible alcance en situaciones de emergencia. Además, se asimila esta naturaleza al deber de defender España, con la diferencia de la imposibilidad de la objeción de conciencia en este caso.

Palabras clave

Deberes constitucionales; limitación de derechos fundamentales; estado de excepción; pandemia; objeción de conciencia; protección civil; vacunación obligatoria; artículo 30.4 CE.

Abstract

This paper argues the need to develop constitutional obligations for emergency situations such as pandemics and natural disasters. It highlights the importance of establishing duties of citizens to face crises in a joint and cohesive manner, instead of only limiting fundamental rights through the application of the state of exception. Some problems of the application of this particular law during the pandemic are reviewed. Subsequently, the nature of constitutional obligations is addressed, focusing on Article 30.4 of the Spanish Constitution. It is discussed whether and how obligations can conflict with rights, and whether the existence of a constitutional duty precludes opposing a right. The nature of article 30.4 and its possible scope in emergency situations is analysed. Furthermore, this nature is assimilated to the duty to defend Spain in Article 31.1 EC with the lack of possible conscientious objection in this case.

Keywords

Constitutional obligations; limitation of fundamental rights; state of emergency; pandemic; conscientious objection; civil Protection; compulsory vaccination; Article 30.4 EC.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR DEBERES CONSTITUCIONALES SOLIDARIOS. II. LIMITACIÓN DE DDFF Y LOS DEBERES CONSTITUCIONALES. LOS PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN. III. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES. LAS POSIBILIDADES DEL ARTÍCULO 30.4 CE: 1. La naturaleza de los deberes constitucionales y en especial de la cláusula recogida en el artículo 30.4 CE: 1.1. *La posibilidad de establecer dentro del concepto restringido una naturaleza y rasgos constitucionales homogéneos en todos los deberes constitucionales.* 1.2. *La exclusión o inclusión del artículo 43.2 CE entre los deberes constitucionales. La obligación de vacunarse y su imposición coactiva.* 1.3. *La naturaleza de los deberes nacidos al amparo del artículo 30.4 CE.* 2. La (escasa) importancia del sistema nacional de protección civil. 3. La titularidad de los deberes y la obligación de un servicio ciudadano formativo. IV. LA OPORTUNIDAD Y EL PARA QUÉ DE LA PERSPECTIVA (A MODO DE CONCLUSIÓN). BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR DEBERES CONSTITUCIONALES SOLIDARIOS

La frase con la que comienza el título de este trabajo la popularizó, como todo el mundo sabe, John F. Kennedy. En el discurso de inauguración de su mandato, el presidente de los EE. UU., dirigiéndose a un mundo en guerra fría, afirmaba que

en la larga historia del mundo, solo a unas pocas generaciones se les ha concedido el papel de defender la libertad en su hora de máximo peligro. No rehúyo esta responsabilidad, la acojo con satisfacción. No creo que ninguno de nosotros se cambie por otro pueblo o por otra generación. La energía, la fe y la devoción que aportamos a esta tarea iluminarán a nuestro país y a todos los que lo sirven, y el resplandor de ese fuego puede realmente iluminar el mundo. Así pues, compatriotas: no preguntéis qué puede hacer vuestro país por vosotros, sino qué podéis hacer vosotros por vuestro país.

Para después añadir: «Mis conciudadanos del mundo: no preguntéis qué hará América por vosotros, sino qué podemos hacer juntos por la libertad del hombre» (la traducción es nuestra). Llamaba Kennedy al compromiso con el servicio al país y con el sacrificio.

La famosa frase está en realidad atribuida a Cicerón. Y es, de hecho, su tratado sobre los deberes, *De officiis*, una de las obras clave resucitadas por la Ilustración y el humanismo jurídico para la recepción en el derecho moderno del concepto de deber (Peces Barba, 1984: 329). Consciente de ello, en un mundo inestable y de tensión bélica, exhortaba Kennedy a la conciencia de sus conciudadanos sobre sus deberes en defensa de la nación, o de la libertad, como dice su discurso, e impulsaba además a occidente a la defensa de su sistema de libertades (capitalista) frente a la alternativa entonces y el enemigo común, el comunismo.

En estos días de ya larga guerra por la invasión rusa de Ucrania, por momentos puede parecer que podemos volver a ese mundo. La tensión bélica es enorme. Antes, nos hemos enfrentado mundialmente con el virus conocido como la COVID-19, donde una epidemia mundial nos ha golpeado desde enero de 2020.

Desde esta perspectiva, se echa de menos, en la lucha contra el coronavirus, o contra las emergencias en sentido más genérico, la perspectiva jurídica y de teoría política de la posibilidad de creación de verdaderos deberes autónomos, deberes «no simple consecuencia directa de derechos o institutos que la Constitución garantiza, o de potestades que atribuye» (Rubio Llorente 2001: 20). Hablamos de deberes como «normas que configuran el estatus básico de los ciudadanos, o más generalmente, de todos los sujetos a la jurisdicción del Estado, y cuyos destinatarios son, en consecuencia, todos los sometidos al poder, simplemente por serlo» (*Ibid.*).

Afortunadamente, hemos superado la pandemia. Pero habrá más. La guerra de Ucrania parece lejos de su final. El cambio climático produce cada vez más catástrofes naturales.

Si no toda, al menos una gran parte de la discusión constitucional durante la pandemia ha girado en torno a la limitación de los derechos fundamentales y el derecho de excepción. Pues bien, nos gustaría aportar una perspectiva constitucional distinta sobre esta cuestión porque creemos que, además de un problema de derechos fundamentales y sus límites, en realidad puede orientarse hacia los deberes constitucionales, el sistema de fuentes, inclusive en torno a la teoría política, como categoriza Rubio Llorente, aunque aquí se prefiera denominar teoría del Estado.

Siguiendo en sus apreciaciones al maestro Rubio Llorente (2001) y, espero que, interpretándolo bien, vamos a adelantar la idea clave y la conclusión. Creemos que es posible prever y de hecho debemos establecer deberes constitucionales para futuras situaciones como la que hemos vivido y para otras que serán parecidas. Y no afrontar estos escenarios únicamente como una situación en la que se produce una limitación o suspensión de derechos bajo un estado de alarma o de excepción. Deberes que incluyan medidas como

la geolocalización, el confinamiento u otro tipo de medidas necesarias. El legislador debe asumir su responsabilidad, ser consecuente con los problemas tan visibles por falta de una mejor legislación que se demostraron durante la pandemia de la COVID y no olvidar sus responsabilidades de cara al futuro porque hayamos superado la pandemia. En estos tiempos de sequía acuciante, de nuevo nos enfrentarnos al problema de la escasez de agua. Es casi *vox populi* que estos ciclos de sequía serán más largos y frecuentes cada vez debido al aumento de la temperatura global. ¿Aprovecharemos esta ocasión para elaborar una mejor legislación sobre el agua o de nuevo, como hemos hecho con la pandemia, lo olvidaremos cuando llegue el invierno y llueva? El legislador debe desarrollar la cláusula del art. 30.4 CE.

Señalaba Rubio Llorente que

aunque la relación entre el Derecho y la Teoría Política se hace generalmente a partir de los derechos, como diversos modos de concebirlos etc., el estudio de esa relación desde la perspectiva de los deberes ofrece posibilidades formidables. Tanto para comprender la Teoría política subyacente al texto constitucional, como para analizar la coherencia interna de éste, o incluso la limitación que a la libertad del legislador impone la Teoría Política realmente dominante en una sociedad.

Además, al hilo del análisis del final del servicio militar obligatorio en España con la Ley 17/1999, añadía que en nuestro actual texto constitucional, frente a la concepción típicamente «republicana» de la CE de 1931, «campea» una teoría política liberal-individualista (*ibid.*: 56).

En este sentido, creo que la sociedad española en su conjunto y cada ciudadano en particular han entendido perfectamente en la crisis de la COVID que un límite fundamental a la voluntad individual de cualquier ciudadano es el perjuicio de terceros. Esta es, de hecho, la concepción liberal-individualista y dominante que casi antecede en cualquier concepción de los derechos fundamentales. Pero este podría no ser el máximo horizonte. Únicamente mirar a la limitación de los derechos de los ciudadanos, a la limitación de nuestros propios derechos fundamentales. ¿Es que en una crisis como la vivida no teníamos ningún deber como ciudadanos? ¿Todo ha sido y es simplemente aguantar las limitaciones de nuestros derechos? Insistimos en que, a través de una técnica legislativa correcta, pueden plantearse deberes ciudadanos que pongan fin a la discusión o, al menos, la planteen de otra manera, sobre los límites de los derechos fundamentales. Y se puede plantear de otra manera, precisamente, por la existencia de deberes positivos de obligado cumplimiento.

Es inevitable tomar como ejemplo la pandemia, pero pensemos que la problemática también puede darse, por ejemplo, en un desastre natural

vinculado al cambio climático. Pues bien, la respuesta jurídica que se ha dado para el futuro parece ser la necesidad del estado de excepción y la suspensión de derechos del 55.1 CE (STC 148/2021, de 14 de julio). Sin embargo, nos parece que la previsión en la CE de un ejercicio de un *iuspuniendi* excepcional dirigido a derechos muy específicos que tienen que ver con la posibilidad de coerción personal y política por alteraciones graves del orden público, que es lo que es el estado de excepción, no es el único marco, ni siquiera el más adecuado, para regular y, sobre todo, para hacer cumplir determinadas medidas.

Lo que se propone en este trabajo sin ambages y mirando al futuro es crear una verdadera ley sobre deberes ciudadanos en casos de pandemia mundial, epidemia nacional, desastre climático, etc., es decir, de amenaza de la salud pública y en su defensa. Una ley que en este mismo sentido pueda enfrentarse a través de la configuración de deberes a cualquier situación de emergencia que no suponga la «llamada a filas» derivada del art. 30.2 CE. Pero sí, que pueda suponer una llamada al cumplimiento de deberes civiles de ayuda a la población para todo tipo de situaciones. Inclusive, esta ley podría incluir un tipo de servicio social o civil de prácticas obligatorio que pueda considerarse el servicio militar del siglo XXI. Y que podamos entender, que comprenda la ciudadanía que bajo estas circunstancias resulte perfectamente posible (y necesario) configurar un deber de confinamiento que, entre otras medidas, incluya, por ejemplo, la obligación de geolocalizarse, quizá precisamente, entre otras cosas, para poder cumplir con su deber constitucional de confinamiento de manera menos gravosa. Por ejemplo, para que geolocalizándose se pueda salir a pasear. O la necesidad de obtención un certificado de vacunación para hacer determinadas actividades. O la obligación de acudir en ayuda de un vecino. Inclusive, como decimos, que se comprenda la necesidad de tener una ciudadanía formada para actuar en casos de emergencia.

Con ello, estamos lejos de proponer imponer ningún «nuevo» autoritarismo legislativo o directamente ejecutivo ante estas situaciones de emergencia; todo lo contrario, nuestra pretensión se encamina a recoger una visión más republicana del Estado y de los valores, principios, derechos y deberes constitucionales. Y, precisamente, para solventar problemas acerca de autoridades competentes y excesos del Ejecutivo o déficits de control parlamentario. No pretendemos oponer liberalismo a republicanismo —ni a comunitarismo— ni reivindicar la Constitución de 1931 frente a la de 1978, ni mucho menos. Pero si queremos volver a lanzar el mismo dardo que Rubio Llorente hace ya más de treinta años, quién finaliza su artículo señalando que

el silencio de nuestros legisladores sobre la desafección de los españoles al servicio militar puede ser entendido como una patética manifestación de impotencia, aunque también, tal vez, simplemente como una prueba de temor a las

consecuencias políticas a las que podría llevar un debate real sobre el significado que para nuestro futuro tiene la sustitución de la virtud «republicana» pública, por la privada. Pero éste sería ya otro discurso (*Ibid.*: 56).

Hay que poner de manifiesto que partidos políticos, jueces y ciudadanos, cada uno en su esfera, se han pasado horas haciendo juegos de ponderación de medidas sanitarias vs. libertades ciudadanas. Algunos absolutamente disparatados. Sintomático y buen ejemplo de esta cuestión es el deber u obligación de llevar mascarillas². Ya por fin finalizado³.

El silencio sobre el desarrollo legislativo del art. 30.4 CE no es absoluto, pero casi. Y, desde luego, su irrelevancia durante la pandemia fue total. No creemos que deba ser así en el futuro. Es posible establecer obligaciones solidarias sobre la ciudadanía que nos aporten cohesión social y capacidad de afrontar situaciones difíciles y de emergencia de manera conjunta, como una sociedad unida.

II. LIMITACIÓN DE DDFF Y DEBERES CONSTITUCIONALES. LECCIONES ¿APRENDIDAS? SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

Lo primero que hemos de hacer, a nuestro modesto juicio, es despejar una más que posible confusión entre lo que son los deberes constitucionales

² El deber u obligación fue regulado, tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en un primer momento por la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, según algunos autores como concreción de un inexistente deber de autoprotección de los ciudadanos (Serrano Lasa, 2021: 282). Continuó su regulación por medio del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, y finalmente se reguló por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como es sabido, además la Sección Cuarta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión mediante las sentencias de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 2020, que desestimaban dos recursos contencioso-administrativos interpuestos a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (art. 114 y ss. LRJCA), negando que la Orden del Ministerio de Sanidad 422/2020, de 19 de mayo, reguladora de su utilización vulnerase los derechos fundamentales de las personas recurrentes.

³ La verdad es que el título de la Orden que pone fin a su uso lo dice todo: Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

en sentido estricto, con los deberes aludidos en la CE y sus normas de desarrollo, así como distinguirlos también de lo que son obligaciones o deberes que «existen como simple correlato de derechos fundamentales ajenos, o como límites internos de los propios, o como consecuencia de la sujeción específica a órganos concretos del poder» (*ibid.*: 17).

Pongamos un ejemplo de lo que queremos decir. Ya desde los primeros días del confinamiento, por tanto los más duros, Minero Alejandro (2020) escribió con absoluto acierto que

en nuestro bosque actual —el del estado de alarma, el de la crisis sanitaria— la normativa de protección de datos permite adaptar los principios y la ética europea de la privacidad a las circunstancias concurrentes y tiene previstas en su contenido **normas excepcionales que toman como bases jurídicas del tratamiento de datos figuras distintas del consentimiento previo del titular del derecho a la protección de sus datos personales**. De ahí lo insensato —más bien, falaz— de afirmar que la normativa de protección de datos personales actúa como rémora de las facultades de tutela de la salud pública en tiempos de pandemia [la negrita es también suya].

Continuaba el escrito señalando con perspicacia que dado que el art. 55.1 de la CE no prevé ninguna posible suspensión del derecho a la protección de datos, y dado además que, en todo caso, esa suspensión no era posible en el estado de alarma, bastaba con aplicar la normativa vigente en esta materia para hacer frente a la presente crisis. Por lo tanto, sin medida extraordinaria alguna, siguió siendo de aplicación la normativa específica reguladora de la materia. «A saber: el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril —el llamado Reglamento General de Protección de Datos, al que en adelante me referiré como RGPD— y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de derechos digitales».

Este es un buen ejemplo de estos (no) deberes o de limitación de derechos en base a una ponderación, hecha ya desde la ley, entre derechos fundamentales y bienes constitucionales como la salud pública. Tal y como continúa Minero Alejandro, el art. 9 del RGPD, incluso sobre los datos denominados «categorías especiales de datos personales»⁴, ya prevé una serie de circunstancias que

⁴ Estos son, según el Reglamento, los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

permiten no aplicar la regla general del tratamiento de datos basada en el consentimiento del interesado. Entre estas, por supuesto, cuando

el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado (art. 9 i) RGPD).

Creo que lo que nos muestra Minero Alejandro es que, en cuanto a protección de datos, nos encontramos pues ante una limitación del derecho que, si bien puede calificarse de «excepcional», lo es solo en la medida que la norma regula una situación excepcional —extraña, no común—, pero no porque la norma pertenezca al derecho de excepción. Se trataría de una limitación en una norma con fuerza de ley que pretende «la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad» (STC 148/2021) y que permite incidir en el derecho fundamental, pero sin llegar a someterlo a la tensión de un derecho excepcional.

No obstante, señalado lo anterior respecto al derecho a la protección de datos, como se ha comprobado, eso no fue lo que ocurrió con otros derechos fundamentales afectados durante la reciente pandemia. Y tanto la STC 148/2021 de 14 de julio, como toda la discusión doctrinal previa, han planteado y han girado en torno a la aplicación del derecho de excepción del art. 116, la ya famosísima LOAES, así como en torno a la LO 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Pues bien, como señaló con gran acierto, entre otros, Aguado Renedo (2021), tanto una base legal como otra pusieron al descubierto enormes carencias en el ordenamiento y produjeron problemas serios.

Un primer problema tuvo lugar en la discusión sobre el apdo. 2 del art. 116, en relación con el apdo. 5 del mismo artículo. Es decir, la extensión de seis meses de la prórroga del estado de alarma y la dejación de funciones de control por parte del Congreso de los Diputados. No pasará desde luego a los anales de la historia del parlamentarismo como la mejor actuación posible (*ibid.*: 52) ni el mejor modo de respeto a la norma constitucional. En todo caso, los argumentos de los fundamentos jurídicos 8 y 9 de la STC 183/2021, de 27 de octubre, son suficientemente explícitos para que se pueda pensar que no volverá a ocurrir en el futuro. En este sentido, puede decirse que este primer problema si está superado. Pero es el único.

En segundo lugar, por el serio problema de bases competenciales (legitimadoras) que se ha producido. Como ha puesto de manifiesto muy bien este

autor, hubo dos modos de enfrentar normativamente la pandemia y la crisis del derecho que esta ha producido. La primera es a través de normas específicas y que, precisamente dado su particular objeto, permiten restricciones severas de derechos fundamentales. Esta es la solución alemana y su combate a través de su normativa específica para pandemias, la *Infektionsschutzgesetz*. Norma que, en todo caso, y para ser justos, ni mucho menos ha evitado problemas competenciales en Alemania.

El otro modo es a través de la norma básica reguladora del derecho de excepción. Esta ha sido, básicamente, nuestra solución. Buena prueba de ello es que solo es posible acudir a través del art. 12 de la LOAES a la aplicación de la Ley 14/1986 General de Sanidad y la Ley 33/2011 General de Sanidad Pública para que el TC encuentre la cobertura jurídica para la limitación específica de DDFE. Tal y como señala el Tribunal:

Esta genérica remisión del art. 12.1 LOAES para situaciones de «crisis sanitarias, tales como epidemias», habilita al decreto declarativo del estado de alarma por dichas circunstancias para incorporar medidas de «cierre» de instalaciones y «suspensión» de actividades como las genéricamente previstas en los referidos preceptos de las leyes 14/1986 y 33/2011, otorgando así respaldo legal al art. 9.1 del Real Decreto respecto a la suspensión de la actividad educativa presencial (STC 148/2021 FJ 8).

Además, y abundaremos enseguida en ello, la doctrina fue, con razón, muy reacia a encontrar apoyo alguno en la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, como supuesto habilitante para la restricción de determinados derechos fundamentales, en especial del derecho a la libre circulación del art. 19 CE —por ejemplo, de «raquílica base legal» la tilda Cotino Hueso (2021: 12)—. Pero también, por ejemplo, para la libertad de empresa (Cidoncha Martín, 2021). Por su parte, según la STC 148/2021, en especial el art. 3 LO. 3/1986⁵, «se trata de una previsión que habilita una restricción de derechos de «altísima intensidad», como se demostró con la crisis del ébola de 2014», pero como todos sabemos, no se consideró suficiente para impedir la inconstitucionalidad del «confinamiento». Aunque después la misma sentencia sí se apoye en ella para sustentar la constitucionalidad de la limitación,

⁵ Art. 3 LO. 3/1986: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

que no suspensión a su juicio, a la que se vio sometida la libertad religiosa. Desde luego, la inseguridad jurídica y los problemas interpretativos del derecho de excepción y las medidas limitadoras de derechos fundamentales se muestran con toda su crudeza en la STC 148/2021, con cinco votos particulares de especial fuerza. Y, además, parece claro que no ha dejado muchas más respuestas jurídicas que la de declarar el estado de excepción para tomar determinadas medidas en casos de emergencia, provengan de donde provengan. A no ser, claro está, que se legislen de manera específica posibles situaciones de emergencia, y, además, en esa legislación se incluya un catálogo de deberes.

Igual que se está poniendo de relieve en este trabajo y señaló gran parte de la doctrina (Arroyo Gil, 2021) —deberes aparte—, Aguado Renedo se muestra mucho más favorable a la primera opción, esto es, la de la legislación específica, desde un argumento poderoso por real: que la extensión en el tiempo de la posible pandemia —lo cual ya ha sucedido— no ponga en riesgo que la «singularidad reguladora», representada en el derecho de excepción, se acabe convirtiendo en «nueva normalidad» «en sentido real [...] por distópica que la misma sea». Desde luego, coincidimos plenamente en que, a raíz de la previsibilidad de futuras pandemias en el mundo globalizado, no parece muy razonable la posibilidad de estar alarmados por periodos extensos, debiéndose reservarse la alarma para situaciones verdaderamente inhabituales (Aguado Renedo, 2021: 53). Creo de hecho que ha estado de acuerdo toda la doctrina española en que el «derecho ha hecho aguas (no se culpe a nadie) y que es preciso repararlo. Ya estamos tardando» (Cidoncha Martín, 2021: 169). En ello insistimos por tanto en estas páginas.

Como sabemos, sobre el apoyo del título competencial del art. 149.16 CE⁶, en un Estado como el nuestro no es posible mantener centralizadas las competencias en sanidad, al menos suficientemente. Con una legislación específica se ofrece una solución a este problema —la que resulta de mantener el título competencial en el art. 149.1.29 referente a la seguridad pública y la declaración de emergencia sanitaria de las futuras pandemias—. Lo que, por otro lado, tampoco excluye las competencias de las CC.AA. basándose en su propio título competencial del art. 148.22 CE sobre policía local (Lara Ortíz, 2021: 163). Sabemos, además, que sin una base estatal no es posible que a través de las leyes de las CC. AA. se articulen limitaciones a los derechos fundamentales que supongan de hecho «restricciones sacrificiales» de los derechos fundamentales. Y medidas como las que la legislación que proponemos debe contener lo son. Como recuerda Rodríguez Fernández (2022: 302),

⁶ Art. 149.1.16, competencia exclusiva del Estado en: «16.ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos».

la restricción de derechos fundamentales opera a través de dos normas: (i) una norma constitucional de competencia que otorga la habilitación para crear otras normas que restringen la operatividad de la posición originaria de un derecho fundamental; (ii) una segunda norma, dictada por el legislador democrático al amparo de esa competencia, que suprime de forma efectiva la protección constitucional en un supuesto de hecho determinado y habilita la realización de actos de coacción contrarios a la referida posición originaria (cambiando los deberes de conducta exigibles al poder público por otros de signo contrario). Esta segunda norma (llamada ley de restricción) tiene naturaleza sacrificial cuando no constituye una reacción protectora contra el acto ilícito cometido por propio el titular del derecho fundamental, sino que pretende, simplemente, remover el derecho fundamental como obstáculo que impide obtener una utilidad mayor desde el punto de vista del interés colectivo. El sacrificio de derechos se consuma cuando los actos coactivos habilitados por la ley de restricción son efectivamente realizados por la autoridad competente.

Creo que esta es la tesis de este mismo trabajo, y que cuando esto sucede lo que debe imponerse es un «deber fundamental» para justificar este «daño»⁷.

Siguiendo aún la exposición de Aguado Renedo (2021: 54), por último, el tercer gran problema lo sufrimos en la disparidad de las resoluciones de los TSJ sobre las medidas adoptadas por las CC.AA., fundamentalmente a raíz del cambio producido en la LJCA (Ley 3/2020), que además acabó forzando al Gobierno a dictar el Real Decreto 8/2021, de 4 de mayo, por el que se puede recurrir en casación estas decisiones de los TSJ de modo que se pudiera poner un poco de orden en lo que se ha manifestado como una disfuncionalidad enorme dentro del Poder Judicial, y que afectó de tal modo a los derechos fundamentales que se vulneró muchas veces el art. 14 de CE, además del art. 139 de la CE⁸.

⁷ En todo caso, poco discutible fue sostener que la obligación de vacunarse contra la COVID-19 no necesitaba de ningún cambio legislativo ni de nueva ley alguna. Eso sí, desde el marco estatal. Y las razones provienen de la jurisprudencia (por ejemplo, de la sentencia del TEDH en el asunto *Vavříčka y otros c. la República Checa* o la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª) de 9 de octubre de 2012 y de más de algún pronunciamiento de los TSJ. Quizás el más famoso sea la STSJ de Andalucía, de julio 2010, Rec. 667/2012, que impuso la vacunación obligatoria del sarampión por un brote localizado en la ciudad de Granada. También de la doctrina (Cierco Siera, 2020, 2021; Moreno Garvayo, 2020, entre otros). Afortunadamente, en España no tuvimos además resistencias notables o problemas de salud pública por motivos de *resistencia* a la vacunación.

⁸ Y que como sabemos, el TS tampoco consiguió arreglar al arrogarse con su argumentación en la STS de 3 de junio de 2021 (Rec. 3704/2021), que revocó el auto

Y como no, es desde esta perspectiva de limitación de derechos fundamentales que constitucionalistas y penalistas han enfocado el debate sobre la limitación o suspensión de los derechos fundamentales y, por tanto, sobre la necesidad de declarar el Estado de alarma o excepción. Debate en el que como hemos podido observar ha habido posicionamientos para todos los gustos⁹.

La relación es la de siempre: derechos vs. orden público. Se asume la perspectiva de que las medidas se imponen a los ciudadanos «por ser titulares de derechos cuyos límites, intrínsecos o extrínsecos, generan deberes u obligaciones», o necesariamente «por estar relacionados con otros individuos en el seno de instituciones o institutos de derecho privado constitucionalmente garantizados, cuya estructura los incluye» (Rubio Llorente 2001: 56). En definitiva, lo que se quiere señalar es que esta perspectiva supone una mirada desde la «virtud privada» del constitucionalismo liberal-individualista.

Hasta aquí la discusión jurídica tal y como se ha mantenido entre la academia y en el seno del TC.

No obstante, lo que nos interesa plantear es si las situaciones de emergencia, en lugar de plantearse solo bajo un derecho de excepción dirigido a la limitación *extra* de derechos y que acaba en máximos de suspensión, pueden plantearse materialmente bajo un derecho de expresa regulación de deberes al amparo del art. 30.4 de la CE.

Algunas notas sobre el 30.4 CE y los deberes constitucionales en sentido estricto están en la norma, pero, sobre todo, se encuentran precisamente en la teoría política alrededor del derecho de excepción. Porque, como dice Rubio, «cuando la relación entre la protección del derecho y la imposición del deber de hacer o no hacer es inmediata, como sucede, por ejemplo, en el caso de muchas normas penales, el origen constitucional de tal deber es fácilmente discernible, aunque la licitud de la norma pueda ser cuestionada por otras razones (falta de proporción entre el fin y los medios, infracción de la igualdad, etc.)», no estamos ante verdaderos deberes constitucionales ni es necesario un derecho de excepción. Es entonces, «cuando, por el contrario, la relación entre la finalidad protectora de los derechos y los deberes impuestos por la norma no existe, o solo puede ser establecida a través de una larga serie de mediaciones, y la validez constitucional de

del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares la competencia para, en realidad, volver a hacer un juicio de proporcionalidad él mismo en cada situación particular.

⁹ Por ejemplo, a favor de la necesaria declaración del estado de excepción por estar ocurriendo una suspensión de derechos se pronunciaron desde un primer momento Aragón Reyes (2020, 2021) o Cidoncha Martín (2021); y en favor del estado de alarma por tratarse de una limitación de derechos fundamentales, pero no de una suspensión, Solozabal Echavarria (2020, 2021) o Arroyo Gil (2020, 2021).

la norma puede ser cuestionada también en razón del fin perseguido», que es exactamente lo que ha estado pasando durante toda la pandemia, entonces sí, el derecho de excepción o los deberes constitucionales en sentido estricto (art. 30.4 CE) a través de él enunciados «sirven para evitar esta puesta en cuestión, o para facilitar la respuesta a la cuestión planteada, en cuanto que habilita directamente al legislador para imponerlos coactivamente» (Rubio Llorente 2001: 19). Por supuesto, igual que los derechos, los deberes constitucionales varían en su contenido, tienen sus propios fines y por supuesto sus límites; y, desde luego, no goza el legislador de la misma libertad de configuración sobre todos ellos, pero si se distinguen de los derechos fundamentales en que no poseen un «contenido esencial» y su «contenido concreto es siempre creación del legislador» (*ibid.*: 24). Desde esta perspectiva, puede configurarse también al amparo del art. 30.4 de la CE el deber de confinarse, por ejemplo. Es un deber de colaboración, pasivo, de no hacer algo, con un fin, un destinatario y una importancia tan claros que no creo haga falta que me extienda en ello.

III. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES. LAS POSIBILIDADES DEL ARTÍCULO 30.4 CE

¿Pueden los deberes entrar en conflicto con los derechos? ¿O la existencia de un deber constitucional supone, precisamente, que no puede oponerse un derecho? ¿Es el deber un límite al derecho fundamental *ex lege*? ¿Y es, por tanto, ponderable?

Si sobre la naturaleza de los deberes de la CE hasta el trabajo de Rubio (2001) apenas había cinco referencias (Varela Díaz, 1982; Peces-Barba, 1987; De Asís Roig, 1991; De Esteban y González-Trevijano, 1993; Requejo Pagés, 1995), posteriormente ya solo se encuentran tres (Díaz Revorio; 2011; Goig Martínez, 2011; Moret Millás, 2012, 2018).

Por su parte, solo existía una única mención al art. 30.4 CE en la jurisprudencia constitucional antes de la pandemia: la STC 123/1984, de 18 de diciembre¹⁰. Ahora hay dos más, precisamente una en la STC 148/2021 de 14

¹⁰ Conflicto positivo de competencia núm. 568/1983, promovido por el Gobierno frente al Gobierno vasco, en relación con el Decreto 34/1983, de 8 de marzo, de Creación de los Centros de Coordinación Operativa, en su FJ 1 señalaba que: «Los servicios de “Protección Civil”, inicialmente incardinados en la organización de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad de carácter militar, han ido poco a poco adquiriendo un carácter nítidamente civil como competencia de los Departamentos o Ministerios de Interior. La normativa que los regula contempla una serie de situaciones de emergencia, de extraordinaria heterogeneidad, y busca, por una parte, llevar a cabo estudios y

de julio, y la otra en la STC 183/2021, de 27 de octubre, que tiene por objeto el recurso también de Vox contra diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el llamado segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; y contra la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apdos. 1, 2 y 3) del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020. El sentido del fallo y los votos particulares muy poco se diferencian en su argumentación de la STC 148/2021 y la mención al art. 30.4 CE es exactamente la misma.

1. LA NATURALEZA DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES Y EN ESPECIAL DE LA CLÁUSULA RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 30.4 CE

Dentro de un tema olvidado como los deberes constitucionales, existen básicamente dos posiciones.

La primera es aquella que recoge un concepto restringido de deberes constitucionales (Rubio Llorente, 2001). En ella se alojan a su vez dos subcategorías de deberes:

- a) los deberes fundamentales, esto es: los deberes del art. 30.1 (deber de defender España) y art. 30.4 CE (deberes en casos de emergencia, catástrofe o calamidad pública); el deber de contribuir al sostenimiento de

actividades de prevención de los riesgos y, por otra parte, poner al servicio de la defensa frente a las calamidades públicas o de las catástrofes extraordinarias, que surgen en la vida de una comunidad, los recursos y los medios humanos y materiales necesarios para evitar o aminorar los daños. Desde el primer momento en que este tipo de actividades recibieron su configuración jurídica, se comprendió en ella la existencia de obligaciones y servicios personales a cargo de los individuos, y de las corporaciones territoriales existentes dentro del Estado que tienen en ello un papel relevante. A lo primero alude al art. 30.4 de la Constitución cuando dice que mediante Ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grandes riesgos, catástrofes o calamidades públicas. A lo segundo aludían ya las llamadas “bases doctrinales” del Decreto de 29 de febrero de 1968, que en atención a la magnitud de los peligros, daños y siniestros y a su frecuencia, consideraba necesaria, para evitarlos o aminorarlos, la colaboración de todos los afectados, con la puesta en juego de todos los medios y recursos posibles, para lo cual admitía una condición típicamente municipal y provincial de la función protectora de personas y bienes que, en determinados casos, podría llegar a alcanzar carácter nacional».

los gastos públicos (art. 31.1 CE); el deber de seguir la enseñanza básica (art. 27.4 CE); el deber de trabajar (art. 35 CE), y, más discutido, el derecho-deber de conservar el medio ambiente (art. 45 CE).

- b) Los deberes constitucionales, que incluirían los de la categoría a) de fundamentales, más el deber de conocer el castellano del art. 3 CE. Y que, por tanto, sería el único deber constitucional no fundamental, teniendo como consecuencia normativa una cierta posibilidad de regulación mediante un Tratado Internacional del 94.2 CE —tratados que no necesitan autorización de las Cortes para su aprobación— y, sobre todo, por decreto ley. Posibilidad en todo caso vedada a los deberes fundamentales por el propio art. 86.1 CE. Y decimos cierta posibilidad «porque es muy improbable que la regulación de este deber pueda llevarse a cabo sin afectar a alguno de los derechos fundamentales, lo que no es posible hacer mediante decreto ley, y de la otra, porque el ámbito cerrado a este tipo de normas en relación con los deberes constitucionales «fundamentales» ha quedado reducido a límites muy estrechos gracias a la interpretación muy restrictiva que el Tribunal Constitucional ha hecho del art. 86 CE» (Rubio Llorente, 2001: 24).

La segunda, básicamente es la posición del resto de autores, que han preferido manejar un concepto más amplio de deber constitucional. Inclusive, tan amplio que deja la categoría sin significado práctico (por ejemplo, Rodríguez-Zapata, 1996: 309).

Entre los autores que han mantenido un concepto más amplio, no obstante, Díaz Revorio no ha dejado de apreciar la importancia y utilidad del concepto restringido descrito por Rubio, «según el cual serían deberes constitucionales aquellas conductas o actuaciones impuestas con carácter general, en beneficio de un interés colectivo o estatal, y que no dependen de otros derechos o competencias establecidos en la Constitución» (Díaz Revorio, 2011: 287). Y que se pueden hacer cumplir coactivamente, hemos de añadir. Esta lectura de Rubio Llorente, además de acertada, es absolutamente clave, pues sobre esa idea pivota la creación de una legislación de desarrollo de la cláusula del art. 30.4 CE.

Otros autores, si bien también han mantenido un concepto de deber constitucional más amplio, han tomado prestada como categoría particular de deberes aquella definida por Rubio como «deberes fundamentales» (Goig Martínez, 2011: 131).

Por último, otros autores sencillamente han hablado de deberes constitucionales cada vez que el vocablo «deber» ha aparecido en la CE¹¹.

¹¹ En realidad, es lo que hacen De Esteban, J. y González-Trevijano (1993: 313), para después sistematizarlos de acuerdo a los principios constitucionales contenidos en el

Es evidente que aquí venimos utilizando —sin haberlo precisado antes— el concepto restringido establecido por Rubio Llorente. Esta consideración es importante por tres cuestiones que clasificamos como subapartados.

1.1. La posibilidad de establecer dentro del concepto restringido una naturaleza y rasgos constitucionales homogéneos en todos los deberes constitucionales

Nos remitimos a lo dicho en el primer apartado: los deberes fundamentales son deberes autónomos; pesan igual sobre todos los ciudadanos y su régimen jurídico debe, precisamente, asegurar la igualdad básica en su cumplimiento; no tienen contenido esencial y no tienen otro contenido que el que el legislador quiera darles. No obstante, no sobre todos ellos tiene el legislador la misma libertad de configuración.

Efectivamente, como recordaba Rodríguez-Bereijo (2005: 236) citando al TC sobre el deber «estrella» en la doctrina, la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), se trata de un deber ceñido a unas fronteras muy precisas: «La de la capacidad económica de cada uno y el establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad (STC 27/1981, FJ 4)». Y lo recordaba además el expresidente del TC para señalar que el deber tributario tiene el significado, no más, pero tampoco menos, de someter a los ciudadanos a la Constitución y a las obligaciones tributarias que el legislador establezca. Haciendo así valer una doble característica de los deberes fundamentales en sentido estricto:

- a) La capacidad del legislador, mayor o menor, pero en todo caso sometido al principio de legalidad. Es decir, que los deberes fundamentales no son habilitaciones especiales al legislador, distintas de otras habilitaciones, cuya presencia signifique facultar al Estado y a la Administración para el ejercicio de poderes exorbitantes, incoherentes o arbitrarios.
- b) No obstante, la existencia de estos deberes supone un elemento orgánico del sistema constitucional: la competencia exclusiva del Estado para asegurar la igualdad básica de su cumplimiento, y la exigibilidad real —coactiva— de los deberes legales derivados del enunciado constitucional por parte del poder público.

art. 1.1 CE, lo que le parece a Rubio Llorente (2001: 15) que conduce a resultados «no solo inútiles, sino decididamente grotescos».

De hecho, los deberes actúan como fundamento para la limitación de un derecho, aunque puede ser la colisión con un derecho la que exima del cumplimiento del deber, como es el caso de la objeción de conciencia. De este modo, podemos ver

la función de estos enunciados como vías a través de las que la teoría política adquiere trascendencia jurídica [...] [y, de hecho, existe una] equivalencia funcional entre enunciados de derechos y enunciados de deberes como vías mediante las que legisladores y jueces se ven forzados a dar entrada en el ordenamiento, como contenidos jurídicamente válidos, a contenidos cuya racionalidad viene dada de su inserción en una Teoría Política (Rubio Llorente, 2001: 53, 55).

De aquí que se pueda afirmar que, aunque la cláusula del art. 30.4 CE, aparentemente, no goce de uno de los elementos estructurales que limitan al legislador al modo que lo contiene el art. 31.1 CE, pues no impone en su articulado principios a respetar, no cabe duda de que tiene, en todo caso, un fin muy claro —la de poner remedio y poder reclamar ayuda ciudadana para ello en una situación de emergencia, catástrofe o calamidad—, y que, también en toda ocasión de su imposición, los deberes habrán de guardar consistencia y coherencia con el fin perseguido. La cláusula del 30.4 CE, sin duda, pretende, igual que la del 31.1 CE, proveer al Estado de medios para cumplir sus fines. *A sensu contrario*, no pueden utilizarse medios coactivos para fines no previstos.

1.2. *La exclusión o inclusión del artículo 43.2 CE entre los deberes constitucionales. La obligación de vacunarse y su imposición coactiva*¹²

Lo cierto es que este artículo genera grandes dudas. Como han señalado otros autores, parece evidente que la obligación de vacunarse, o inclusive las compañías de vacunación forzosa, suponen sin duda una clara restricción del derecho fundamental a la integridad física (Rodríguez Fernández, 2022: 339). Seguramente también a la libertad ideológica y el derecho a autodeterminarse libremente. Y, sin embargo, en base a la jurisprudencia y la doctrina puede afirmarse sin género de dudas que el Estado está dispuesto a proteger la salud pública por encima de cualquiera de estos dos derechos fundamentales. Un ejemplo paradigmático es el caso antes señalado (*infra* nota 7) (STSJ AND

¹² Art. 43 CE: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos [...]».

8545/2013-ECLI:ES:TSJAND:2013:8545, por dar una referencia más precisa), donde se determina la legalidad del auto que obligaba a 35 menores a vacunarse de sarampión, inclusive «con la ayuda de los cuerpos de seguridad del Estado si fuera preciso», y valorando precisamente que el confinamiento no era una medida más idónea o proporcional.

Esta jurisprudencia no ha llegado al TS. No obstante, en la STS de la Sala 3.^a (Sección 4.^a) de 9 de octubre de 2012, como bien señala Rodríguez Fernández (2022: 340 y ss),

se admite que el interesado deje de ser el dueño de su integridad física y su salud y, para evitar que pueda autodeterminar plenamente su comportamiento de un modo perjudicial para los intereses colectivos, se le proporciona una información incompleta. La solución del Tribunal Supremo es la siguiente: hay razones poderosas para convertir al individuo afectado en medio al servicio de fines superiores, para no dejarle autodeterminarse de una manera absolutamente libre. Sin embargo, de verificarse consecuencias dañosas, estas han de ser distribuidas equitativamente entre todos los beneficiarios (la sociedad en su conjunto), lo que se consigue mediante el pago de la correspondiente indemnización¹³.

¿Se admite que se manipule al ciudadano para que se vacune? Prácticamente sí.

Creemos, con total honestidad, que el art. 43.2 CE se ha *escapado* del debate constitucional en la pandemia sencillamente porque en España los movimientos antivacunas, inclusive los movimientos *conspiranoicos*, afortunadamente son absolutamente marginales, si es que existen, y creemos que no pasan de conductas individuales o individualizables. Además, hay que recordarlo, la vacunación de la COVID-19 no ha sido obligatoria en España. Ni siquiera fuertemente incentivada de modo que se haya *hurtado* a la población información como en el caso que acabamos de señalar. Como mucho, en cuanto a medidas de *persuasión*, se ha tenido que convalidar la legalidad del *pasaporte* COVID para la entrada a lugares de ocio.

La verdad es que no comprendemos por qué Rubio Llorente no incluyó el art. 43.2 CE en su catálogo de deberes constitucionales en sentido estricto —aunque lo intuimos, pero no podemos detenernos en ello ahora—. Creemos que la posibilidad real de una vacunación obligatoria de carácter general y la posibilidad de su imposición coactiva casan a la perfección con los elementos estructurales que califican para Rubio Llorente la categoría de deberes

¹³ STS 3298/2021-ECLI:ES:TS:2021:3298, de 14 de septiembre 2021, Sección Cuarta, ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

fundamentales. Máxime porque además el art. 43.2 CE se encuentra en el título I y no cabe duda que este deber tiene su base constitucional en el art. 43.2 CE (Cierco Siera, 2021: 322, así como la propia STSJAND 8545/2013-ECLI:ES:TSJAND:2013:8545). También, en la mencionada *Vavricka y otros c. República Checa* se demuestra el amplio margen del legislador en esta materia. Lo que es otra característica de la posibilidad de regulación de los deberes fundamentales, que carecen de contenido esencial que limite al legislador, siendo, no obstante, otros sus límites, como ya hemos visto más arriba.

Además, el deber de vacunarse con carácter general, de configurarse, no sería consecuencia del ejercicio de un derecho o «por ser titulares de derechos cuyos límites, intrínsecos o extrínsecos, generan deberes u obligaciones», porque no hay ningún derecho fundamental a la salud —el art. 43.1 CE es un principio rector—. Y nos parece más difícil sostener que la obligación de una vacunación con carácter general pueda sostenerse sobre el derecho a la vida de carácter subjetivo del art. 15 CE, que argumentar que este se produce en cumplimiento del fin constitucional expresamente previsto en el propio art. 43.1 CE.

Si se hubiera planteado la necesidad de la vacunación obligatoria de la COVID-19, y dado que es evidente que a raíz de los precedentes no cabe la objeción de conciencia, ¿cuál hubiera sido o pudiera ser la sanción a las personas que se opongan a vacunarse? ¿La insumisión? Hay que recordar que la ya mencionada sentencia del TSJ de Andalucía señalaba expresamente que a los menores se les vacunaría sin que eso supusiera «trato inhumano o tortura alguna». ¿Cabría o no la insumisión entonces?

Una última idea. De la jurisprudencia del TS y del TC durante la pandemia se desprende, al menos a día de hoy, que la aplicación del art. 3 de la LO. 3/1986 tiene un alcance limitado. Al menos más limitado que los reales decretos, es decir, que el estado de alarma, pues la primera no puede tratar de aplicarse con carácter general. La naturaleza de los deberes es la contraria en este sentido que la de los derechos fundamentales. Si las libertades pueden ser, en general, solo limitadas en casos particulares y sus restricciones necesitan de un derecho de excepción si se pretenden realizar con carácter general, los deberes son obligatorios y se construyen con carácter general, con independencia de que se puedan aplicar en situaciones concretas y a sujetos particulares. Y, también de nuevo al contrario de lo que sucede con los derechos fundamentales, precisamente, habrá de justificarse su no aplicación a un sujeto concreto, exactamente igual que había que encontrar causas concretas para la exención del suspendido servicio militar.

1.3. La naturaleza de los deberes nacidos al amparo del art. 30.4 CE

Se mantenga un concepto restringido o amplio, la naturaleza de los deberes enunciados en el art. 30.4 CE no se distinguen del deber enunciado

en el art. 30.1 CE. En eso están de acuerdo tanto Rubio Llorente como el resto de la doctrina mencionada, por más que sea francamente escasa. No ayuda a hacer matices el debate constitucional, tanto sobre art. 30 en general como sobre el apdo. 4 en particular.

Esta falta de matices nos lleva a poder afirmar, al menos, un par de ideas:

- a) La literatura y las posiciones jurisprudenciales sobre el servicio militar como deber de obligado cumplimiento en favor del Estado son perfectamente transportables a los deberes que puedan nacer del desarrollo del art. 30.4 CE. La naturaleza de los deberes nacidos al amparo de lo dispuesto en el apdo. cuatro no es distinta a la del deber de defender España.
- b) Es difícil plantear una objeción de conciencia en este caso. Y ello, por una razón muy sencilla. En primer lugar, porque como ha sostenido gran parte de la doctrina, la objeción de conciencia no es alegable si esta no está expresamente regulada —más allá de las interpretaciones que el TC ha hecho del más famoso *obiter dicta* de la historia de su jurisprudencia, el de la STC 53/1985, y que pareció abrir una posibilidad (errónea) de alegarla cada vez que haya afectación a un derechos fundamentales—. En segundo lugar, porque la objeción de conciencia del art. 30.2 CE está ligada al uso de la violencia y al campo militar. Cuestión imposible en los deberes que pueden nacer del art. 30.4 CE, que son deberes concebidos para causas de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Es decir, han de ser deberes de ayuda, colaboración ciudadana, de carácter eminentemente solidario. Y, contra ello, no cabe pues objeción de conciencia alguna.

2. LA (ESCALA) IMPORTANCIA NACIONAL DE PROTECCIÓN CIVIL DERIVADO DEL ARTÍCULO 30.4 CE

En uno de los escasísimos trabajos que existen sobre los deberes constitucionales como tal, Díaz Revorio (2011: 297) ha señalado con gran acierto que la protección civil y los deberes ciudadanos que de ella se derivan o pueden derivarse significan también defender España. En sus propias y muy meritorias palabras,

un entendimiento amplio del derecho-deber de defender a España permite entender comprendidos en el mismo los restantes deberes y obligaciones jurídicas que permiten imponer en la ley los apdos. 2, 3 y 4 del art. 30, de manera que la defensa de España no se identifica en la Constitución exclusivamente con la defensa militar o mediante las armas (ni, en particular, con el servicio militar), siendo esta solo una de las formas de defensa nacional; el servicio civil que

puede establecerse según el apdo. 3 (hay que entender que mediante ley, aunque la Constitución no lo diga expresamente) o los deberes mencionados en el apdo. 4 sirven también de instrumento para cumplir el genérico derecho-deber de defensa de España.

Ya hemos afirmado antes que en este trabajo se defiende, incluso, si no la creación de un servicio civil, que también, seguro la de la obligatoria formación en medidas-deberes de protección de la ciudadanía en casos de emergencia (grave riesgo, catástrofe o calamidad pública).

Esta perspectiva parece estar presente también en los debates que llevaron a la propia enmienda que introduce este apartado en nuestra CE:

El señor Martín-Retortillo acaba de recordarnos en la enmienda anterior al art. 12 a) de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. En ella se recogen para casos de guerra todos los temas de protección civil, pero no acaban en el caso de guerra, sino que la paz puede ser un fomento de esta solidaridad de que tanto necesita nuestra democracia. Quiero señalar también que entre las aspiraciones que, por ejemplo, la OCDE señala para un futuro de las economías europeas, se halla el punto de la participación en la vida colectiva. Hemos pasado de una economía de consumo concreta, que busca nada más que los bienes materiales, a buscar algo más en nuestras relaciones humanas. Esto es la solidaridad. Esto es lo que se pretende simplemente en esta enmienda. Se pretende hacer una llamada constitucional a todos los ciudadanos para que se sientan colaboradores en los casos de dificultades.

Esta es también, modestamente, la intención de este trabajo. En realidad, esta propuesta, no obstante, sin llegar a formular la idea de deber constitucional, ya se encuentra esbozada en la doctrina administrativista. Lara Ortiz (2021) ha propuesto, a nuestro juicio con mucho acierto, gestionar las posibles futuras pandemias a través del servicio de emergencias sanitarias de protección civil. Y de hecho en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, ya estaban previstos los deberes derivados del art. 30.4 CE¹⁴. El gran problema de esta ley es que, desde el punto de vista

¹⁴ Y así, señala su artículo 7 bis: «1. Los ciudadanos y las personas jurídicas están sujetos al deber de colaborar, personal o materialmente, en la protección civil, en caso de requerimiento de la autoridad competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.4 de la Constitución y en los términos de esta ley. 2. En los casos de emergencia, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes en materia de protección civil, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las

material, no estaba y no está preparada para afrontar una futura emergencia de esta magnitud. Así mismo, como ha visto muy bien esta autora, desde el punto de vista formal una de las reformas necesarias que necesita esta ley para poder derivar de la misma un deber de confinamiento, o de toque de queda, es que debe introducirse en ella un contenido reservado a la LO, en cumplimiento del art. 81 CE¹⁵.

No es muy distinto lo que proponemos aquí. El art. 30.4 CE es un título de intervención¹⁶ de carácter fundamental en favor del legislador para restringir derechos y libertades, y para la creación de deberes en caso un supuesto claro «de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» y con un fin constitucional de beneficio colectivo.

3. LA TITULARIDAD DE LOS DEBERES Y LA OBLIGACIÓN DE UN SERVICIO CIUDADANO FORMATIVO

Igual que sucede con los derechos fundamentales, no existe un régimen general de titularidad predicable de todos los deberes constitucionales. De la

órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan. 3. Cuando la naturaleza de las emergencias lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisita temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención u ocupación transitoria de los que sean necesarios y, en su caso, a la suspensión de actividades. Quienes como consecuencia de estas actuaciones sufran perjuicios en sus bienes y servicios, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes. 4. Cuando la naturaleza de las emergencias exija la entrada en un domicilio y, en su caso, la evacuación de personas que se encuentren en peligro, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15, apdo. 2, de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. 5. Las medidas restrictivas de derechos que sean adoptadas o las que impongan prestaciones personales o materiales tendrán una vigencia limitada al tiempo estrictamente necesario para hacer frente a las emergencias y deberán ser adecuadas a la entidad de la misma [...].»

¹⁵ A este buen y muy detallado artículo nos remitimos para completar este apartado de modo más técnico si el lector desea hacerlo, pues realmente explica al detalle los cambios legislativos y administrativos (orgánicos) necesarios para ello dentro del actual Servicio de Protección Civil. Compartimos muchísimo de lo que en él se establece.

¹⁶ La expresión la tomo prestada de Yarza (2012: 162), para quién el art.45 CE, «junto con ese mandato positivo, se trata igualmente de un importante *título de intervención* del legislador para restringir derechos y libertades, máxime teniendo en cuenta que no se recoge solo el «derecho a disfrutar de un medio ambiente sano», sino también el «deber de conservarlo».

lectura sistemática de los deberes constitucionales, en sentido estricto —en la clasificación de Rubio—, o en sentido amplio —resto de la doctrina—, se observa que el derecho-deber de defender España (art. 30.1 CE), junto con el derecho-deber de conocer el castellano (art. 3 CE), son los únicos correctamente atribuidos por el constituyente exclusivamente a los españoles¹⁷. Dicho esto, del análisis de los deberes en concreto se observa que, con muy buen criterio también, el constituyente atribuyó expresamente la titularidad de los deberes del art. 30.4 a los «ciudadanos». Eso significa extenderlo a los ciudadanos de la UE y a los extranjeros.

Algo más discutible podría ser el silencio que guarda el apdo. 3 del art. 30 cuando no especifica sobre qué sujetos podría extenderse la previsión de que «podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general». De hecho, lo contrario sucede en el apartado anterior cuando la CE menciona expresamente que la ley fijará las obligaciones militares «de los españoles». En nuestra opinión, en una lectura conjunta de los apartados del artículo, los sujetos a los que se refiere esta posibilidad legislativa son, sin duda, los ciudadanos. Y, creemos, además, que ello no supone ninguna contradicción con la tesis antes mantenida de que los apdos. 3 y 4, en una interpretación conjunta del art. 30 CE, deban también leerse como un deber de defender España. La diferencia substancial entre «el fin de interés general» y el presupuesto de emergencia de los apdos. 3 y 4, respectivamente, frente al carácter militar de los apdos. 1 y 2, explican y justifican el cambio de titularidad. Y, además, es correcto que no esté atribuido a «todos», como si lo está, por ejemplo, el deber de conservar el medio ambiente del art. 45 CE¹⁸.

¹⁷ Habría que añadir el deber-derecho de trabajar del art. 35 CE, que, evidentemente, también se refiere únicamente a los españoles. No obstante, incluso desde la perspectiva más amplia que se pueda mantener sobre la existencia de deberes constitucionales —que no es la nuestra—, la dimensión del trabajo como derecho deja sin contenido el enunciado del deber. Y no es exigible su cumplimiento forzoso en ningún caso. Además, aunque referido a los españoles, en todo caso es ya una libertad económica de todos los ciudadanos de la UE. Eso significaría que el deber de trabajar, en todo caso, de existir este, también debería extenderse a todos los ciudadanos de la UE residentes en España. Este argumento no se traslada ni al deber de defender España ni al deber de conocer el castellano.

¹⁸ Rubio Llorente (2001: 21) dudaba sobre su inclusión como un deber fundamental en sentido estricto debido a la «indefinición de su objeto», pero apoyado en la «sujetivización» que del derecho había hecho la STEDH de 9 de diciembre de 1994, en el Caso López Ostra c. España, añadido a que esta indefinición objetual provenía más de su ubicación constitucional que de la naturaleza propia del deber, se inclinaba en favor de incluirlo. A nuestro juicio, es sin duda un deber en sentido estricto, y, de

Es por tanto posible plantear un servicio civil obligatorio al amparo del art. 30.3 CE como un servicio civil de formación en previsión de los deberes del art. 30.4 CE. Y también de hecho, al mero abrigo del art. 30.3 CE. El segundo puede ser más general; el primero habría de ser más específico, dirigido a las situaciones habilitantes planteadas en el precepto. No obstante, lo lógico sería plantear un servicio civil que pudiera englobar ambos supuestos. Y, en todo caso, bien pueden regularse en el mismo cuerpo legislativo.

IV. LA OPORTUNIDAD Y EL PARA QUÉ DE LA PERSPECTIVA DE LEGGE FERENDA (A MODO DE CONCLUSIÓN)

Por lo tanto, la solución está ahí, en una nueva LO. De hecho, creemos que su necesidad puede deducirse incluso de las propias palabras del TC. Refiriéndose al confinamiento estricto que sufrimos y en el mismo FJ 7, donde señala la inconstitucionalidad del art. 7 del RD sobre el estado de alarma el TC, señalaba que:

Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales. No hay que olvidar que, ante coyunturas de «grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» (en palabras del art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras, podría llegar a redefinirse y contraerse —incluso sin dar lugar a un estado de alarma— con arreglo a lo que el Tribunal llamó tempranamente los «límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7)» (STCs 148/2021 y 183/2021).

¿Qué quiere decir el TC? A nuestro juicio, se deduce que es posible (y necesaria) una LO como norma limitativa de derechos y creadora de deberes para casos de emergencia. Este tipo de norma es una solución *ad hoc* sobre una situación excepcional, pero en el sentido de que el supuesto regulado es de carácter excepcional, no del carácter de la norma como derecho de excepción derivado del art. 116 CE. Esta ha sido, por cierto, la solución italiana, que ha

hecho, el deber que más desarrollo está teniendo y va a tener en el futuro. Además, creo que el cambio climático y, en particular, el calentamiento global, desgraciadamente, ayudan a centrar su objeto.

dato respuesta a la crisis por COVID-19 a través del *Codice della protezione civile* aprobado por Decreto Legislativo de 2 de enero de 2018 —Código de Protección Civil— (De la Sierra, 2020: 38). Y, además, nos parece que existe un cierto consenso en la doctrina sobre la necesidad de una nueva ley, con partes orgánicas, para afrontar este tipo de situaciones en el futuro.

Las consecuencias jurídicas (y ventaja) de lo que estamos proponiendo —cambiar la mirada de la limitación de derechos fundamentales por la regulación de deberes— es que se pone fin a la discusión sobre el contenido esencial y el ejercicio de funambulismo que han de hacer los jueces —y que han hecho— al enfrentarse a situaciones como la vivida. Evidentemente que debe existir un control judicial, pero este se traslada a la concurrencia del supuesto habilitante. Mas determinar si estamos ante una emergencia, una catástrofe o una calamidad pública no parece un ejercicio legislativo demasiado difícil, y nos parece de fácil consenso. Se recuperaría el poder del Parlamento, trasladado durante la última emergencia al poder judicial, también en gran parte por la errónea reforma de la LJCA, que convirtió a los magistrados, asesorados por nadie, a lo más diligentes en su labor de formación e información personal, en autoridades sanitarias. Se puede hacer un reparto competencial, pues la competencia es de mando, los deberes se pueden imponer coactivamente y la LO puede, desde luego, regular el reparto competencial pertinente según los principios y las normas (bloque de constitucionalidad) de nuestro estado autonómico.

Pero, sobre todo, importan las consecuencias sobre la teoría del Estado y su plasmación constitucional. Sea porque se sufre la limitación de derechos fundamentales, sea porque se cumple un deber, como decía Isaiah Berlin, «un sacrificio no entraña un aumento de lo que se sacrifica (es decir, la libertad) por muy grande que sea su necesidad moral o lo que la compense. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila»¹⁹. O solidaridad. Creo que como sociedad hemos visto limitadas nuestras libertades y lo hemos aceptado con crítica, pero con buen juicio. Nos gustaría que en el futuro pudiéramos dirigirnos a cumplir nuestros deberes con ese mismo juicio y con carácter solidario, aunque eso implique un deber de no hacer, como confinarse, o implique geolocalizarse o transportar a personas o un *numerus apertus* de actividades (actuaciones) siempre en favor, claro está, de un fin mayor como puede ser controlar la transmisibilidad de un virus o ayudar al prójimo en una crisis

¹⁹ Lo cierto es que la cita la hemos tomado prestada de Rodríguez Fernández (2022), que abre con ella su obra. La frase o el párrafo, algo más largo, pertenece a *Two Concepts of Liberty* (Clarendon Press 1958), quizá la obra por la que es más conocido el filósofo.

climática o la situación que cualquier lector quiera imaginar, de diferentes maneras. El art. 7 de la Ley de Protección Civil citado es un buen marco general que solo necesita concreción, carácter orgánico y una mejor presencia en la estructura orgánica del poder y de la propia sociedad. Con ello incluimos un aspecto olvidado de la visión del papel del Estado en su relación con el individuo. El Estado es el garante de nuestros derechos fundamentales, pero es también fuente de obligaciones para conseguir sus fines. En el ámbito económico lo percibimos todos los días. Afortunadamente, no percibíamos que lo era también para solicitar ayuda ciudadana en la necesidad de resolver una grave emergencia como la que hemos vivido.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2021). El gobierno y parlamento en la emergencia sanitaria. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, 47-60.
- Aragón Reyes, M. (2020). COVID-19: aproximación constitucional a una crisis. *Revista General de Derecho Constitucional*, 32.
- (2021). El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma. *Diario El País*, 4-8-2021.
- Arroyo Gil, A. (2020). La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto. En C. Garrido López (coord.). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (pp. 35-74). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0001>.
- (2021). El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, 87-106.
- Cidoncha Martín, A. (2021). La pandemia y la libertad de empresa. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, 155-170.
- Cierco Siera, C. (2020). Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho. *Vacunas: Investigación y Práctica*, 21 (1), 50-56. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.vacun.2020.03.003>.
- (2021). La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, 307-334.
- Cotino Hueso, L. (2021). La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid. En C. Garrido López (coord.). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (pp. 159-195). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- De Asís Roig, R. (1991). *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- De Estaban, J. y González-Trevijano, P. J. (1993). *Curso de Derecho Constitucional Español*. Madrid: Universidad Complutense.
- De la Sierra, S. (2020). Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87.

- Díaz Revorio, F. J. (2011). Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución española de 1978. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 28, 278-310.
- Goig Martínez, J. M. (2011). La constitucionalización de los deberes. *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a distancia*, 9, 11-148. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.9.2011.11071>.
- Lara Ortiz, M. L. (2021). Replanteando la gestión de emergencias sanitarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 153-182. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.05>.
- Minero Alejandro, G. (2020). *COVID-19 y protección de datos personales. Quo vadis?* Disponible en: <https://tinyurl.com/2vbecnkm>.
- Moreno Garvayo, J. L. (2020). ¿Puede el Gobierno obligar a la población a vacunarse frente a la COVID-19? *Nakuas. Ciencia, Escepticismo y Humor*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mr3waxd8>.
- Moret Millás, V. (2012). Los deberes constitucionales. *Revista de las Cortes Generales*, 86. Disponible en: <https://tinyurl.com/mrya9nv3>.
- (2018). Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 30, 205-272.
- Peces-Barba Martínez, G. (1987). Los deberes fundamentales. *Doxa*, 4, 329-341. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.19>.
- Requejo Pagés, J. L. (1995). *Deberes constitucionales* (vol. 2). Madrid: Enciclopedia Jurídica Básica.
- Rodríguez Bereijo, A. (2005). Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Disponible en: <https://tinyurl.com/74zr889h>.
- Rodríguez Fernández, I. (2022). *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4x15>.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J. (1996). *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Técnos.
- Rubio Llorente, F. (2001). Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 11-56.
- Serrano Lasa, I. (2021). El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 120, 275-316. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.09>.
- Simón Yarza, F. (2012). El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32 (94), 153-179.
- Solozabal Echavarría, J. J. (2020). Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba. *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (pp. 19-42). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. Disponible en: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0002>.
- (2021). El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, 17-29.
- Varela Díaz, S. (1982). La idea de deber constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2 (4), 69-96.