

administración & cidadanía

Sumario_

_01_ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (Universidade de Extremadura), **ARIAS APARICIO, Flor** (Universidade de Extremadura) «O dereito ante situacións de crise: apuntamentos esenciais sobre como se procedeu para facer fronte á pandemia de coronavirus» **_02_ETO CRUZ, Gerardo** (Universidade Nacional de Trujillo, Universidade de San Martín de Porres) «O impacto da pandemia nas liberdades fundamentais: breve percorrido empírico» **_03_PRESNO LINERA, Miguel Ángel** (Universidade de Oviedo) «Teoría e práctica dos dereitos fundamentais en tempos de COVID-19» **_04_ORTEGA CARBALLO, Carlos** (Tribunal Constitucional) «Dereito de manifestación en tempos de pandemia» **_05_VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia** (Universidade de Santiago de Compostela) «A regulación do teletraballo nas administracións públicas; en particular; a incidencia da pandemia da COVID-19» **_06_DURÁN CABRÉ, José M.º, ESTELLER MORÉ Alejandro** (Universidade de Barcelona) «COVID-19 e finanzas públicas» **_07_RODIL MARZÁBAL, Óscar** (Universidade de Santiago de Compostela) «A COVID-19 desde a óptica das cadeas globais de valor: efectos económicos» **_08_CALVO LÓPEZ, Santiago** (Universidade de Santiago de Compostela) «Impacto do programa Next Generation EU en España: condicionalidade, retos e oportunidades dun acordo histórico» **_09_OREIRO ROMAR, José Ángel** (Consello Consultivo de Galicia) «A potestade dos concellos para sancionar os incumprimentos da normativa COVID-19» **_10_VILA-CONDE, Francisco** (Universidade Autónoma de Madrid) «A ditadura e a Constitución española de 1978» **_11_OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro** (Institución Universitaria Colexios de Colombia - UNICOC) «Legalidade e precedentes xurisprudenciais nacionais e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia» **_12_ORTIZ MÁRQUEZ, Marta** (Universidade de Huelva) «A docencia universitaria no ámbito das ciencias xurídicas e sociais. Entre a innovación e a tradición» **_13_ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio** (Universidade Complutense de Madrid) «Identidade. A demanda de dignidade e as políticas de resentimento» **_14_NOGUEROL DÍAZ, Yolanda** (Universidade de Santiago de Compostela) «A regulación dos algoritmos»

Sumario_

_01_ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (Universidad de Extremadura), **ARIAS APARICIO, Flor** (Universidad de Extremadura) «El derecho ante situaciones de crisis: apuntes esenciales sobre cómo se ha procedido para hacer frente a la pandemia de coronavirus» **_02_ETO CRUZ, Gerardo** (Universidad Nacional de Trujillo, Universidad de San Martín de Porres) «El impacto de la pandemia en las libertades fundamentales: breve recorrido empírico» **_03_PRESNO LINERA, Miguel Ángel** (Universidad de Oviedo) «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19» **_04_ORTEGA CARBALLO, Carlos** (Tribunal Constitucional) «Derecho de manifestación en tiempos de pandemia» **_05_VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia** (Universidad de Santiago de Compostela) «La regulación del teletrabajo en las administraciones públicas; en particular; la incidencia de la pandemia de la COVID-19» **_06_DURÁN CABRÉ, José M.º, ESTELLER MORÉ, Alejandro** (Universidade de Barcelona) «COVID-19 y finanzas públicas» **_07_RODIL MARZÁBAL, Óscar** (Universidad de Santiago de Compostela) «La COVID-19 desde la óptica de las cadenas globales de valor: efectos económicos» **_08_CALVO LÓPEZ, Santiago** (Universidad de Santiago de Compostela) «Impacto del programa Next Generation EU en España: condicionalidad, retos y oportunidades de un acuerdo histórico» **_09_OREIRO ROMAR, José Ángel** (Consello Consultivo de Galicia) «La potestad de los ayuntamientos para sancionar los incumplimientos de la normativa COVID-19» **_10_VILA-CONDE, Francisco** (Universidad Autónoma de Madrid) «La dictadura y la Constitución española de 1978» **_11_OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro** (Institución Universitaria Colegios de Colombia - UNICOC) «Legalidad y precedentes jurisprudenciales nacionales e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia» **_12_ORTIZ MÁRQUEZ, Marta** (Universidad de Huelva) «La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Entre la innovación y la tradición» **_13_ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio** (Universidad Complutense de Madrid) «Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento» **_14_NOGUEROL DÍAZ, Yolanda** (Universidad de Santiago de Compostela) «La regulación de los algoritmos»

A&C é a denominación de Administración & Cidadanía, revista propiedade da XUNTA DE GALICIA e editada a través da ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - EGAP (Rúa de Madrid 2-4, As Fontiñas, 15707 Santiago de Compostela, Galicia, España; teléfono: +34 981 546 041; fax: +34 981 546 336). A revista ten os seguintes obxectivos: a) a difusión do coñecemento científico no ámbito das ciencias sociais, particularmente nas disciplinas da Ciencia Política e da Administración, a Economía e a Socioloxía, mediante a publicación de artigos, notas de investigación e recensións de libros relacionados coas administracións e as políticas públicas; b) a reflexión e o debate sobre problemas políticos, sociais e económicos, tanto desde un punto de vista teórico como desde o das súas implicacións prácticas.

CONSELLO DE REDACCIÓN

Directora

Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ
Directora da EGAP (Galicia, España)

Codirector

Luís MÍGUEZ MACHO
USC (Galicia, España)

Directora técnica

Begoña LÓPEZ PORTAS
USC (Galicia, España)

Secretaría de Redacción

Andrea GARRIDO JUNCAL
USC (Galicia, España)

Vogais

Xosé Carlos ARIAS MOREIRA
UVigo (Galicia, España)

Miguel Ángel BASTOS BOUBETA
USC (Galicia, España)

María CADAVAL SAMPEDRO
USC (Galicia, España)

Ricardo GARCÍA MIRA
UDC (Galicia, España)

Gumersindo GUINARTE CABADA
USC (Galicia, España)

Isabel LIROLA DELGADO
USC (Galicia, España)

M.ª Dolores RIVERA FRADE
TSXG (Galicia, España)

Diana SANTIAGO IGLESIAS
USC (Galicia, España)

Francisco Javier SANZ LARRUGA
UDC (Galicia, España)

Mónica SIOTA ÁLVAREZ
UVigo (Galicia, España)

M.ª Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ
UVigo (Galicia, España)

Alberto VAQUERO GARCÍA
UVigo (Galicia, España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Adina DUMITRU
UVT (Timișoara, Romanía)

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES
UCM (Madrid, España)

Serafín MERCADO DOMÉNECH
UNAM (México)

Nora RÄTHZEL
UMU (Umeå, Suecia)

Nieves SANIGER MARTÍNEZ
UGR (Granada, España)

David STEA
UTEXAS (Texas, EUA)

Correo-e: ac.egap@xunta.gal

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions>

Periodicidade: semestral (xuño e decembro)

Formato: en liña | papel

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287 | ISSN 1887-5270

Depósito legal: PO-510/2006

Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García (galego)

Kay Leach (inglés)

Deseño cuberta: Campus na nube, sl

Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, sl

Siglas utilizadas

UDC: Universidade da Coruña

USC: Universidade de Santiago de Compostela

UVigo: Universidade de Vigo

UCM: Universidad Complutense de Madrid

UGR: Universidad de Granada

UMU: Umeå universitet

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México

UTEXAS: Texas State University

UVT: Universitatea de Vest din Timișoara

A&C non se fai responsable das opinións expresadas polos autores. Calquera reclamación sobre tales opinións deberase presentar ante eles.

©2006, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

VOL.15_nº2_2020_revista da Escola Galega de Administración Pública



administración &
ciudadanía

– VERSIÓN GALEGA –



Sumario / Summary

_ ARTIGOS / CONTRIBUTIONS

[9-202]

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (Universidade de Estremadura),
ARIAS APARICIO, Flor (Universidade de Estremadura) «**O de-
reito ante situacións de crise: apuntamentos esenciais sobre
como se procedeu para facer fronte á pandemia de coronavi-
rus**» The law in situations of crisis: essential notes on how it has
been proceeded to deal with the coronavirus pandemic

[11-24]

ETO CRUZ, Gerardo (Universidade Nacional de Trujillo, Universi-
dade de San Martín de Porres) «**O impacto da pandemia nas liber-
dades fundamentais: breve percorrido empírico**» The impact of
the pandemic on fundamental liberties: a brief empirical tour

[25-58]

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Universidade de Oviedo) «**Teoría
e práctica dos dereitos fundamentais en tempos de COVID-19**»
Theory and practice of fundamental rights in times of COVID-19

[59-86]

ORTEGA CARBALLO, Carlos (Tribunal Constitucional) «**Derei-
to de manifestación en tempos de pandemia**» The right to de-
monstrate in times of pandemic

[87-102]

VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (Universidade de Santiago de Com-
postela) «**A regulación do teletraballo nas administracións pú-
blicas; en particular, a incidencia da pandemia da COVID-19**»
The regulation on teleworking in public administrations; in par-
ticular, the incidence of the COVID-19 pandemic

[103-130]

DURÁN CABRÉ, José M.^a, ESTELLER MORÉ, Alejandro,
(Universidade de Barcelona) «**COVID-19 e finanzas públicas**»
COVID-19 and public finances

[131-146]

RODIL MARZÁBAL, Óscar (Universidade de Santiago de Compostela) «**A COVID-19 desde a óptica das cadeas globais de valor: efectos económicos**» The COVID-19 from the perspective of global value chains: economic effects [147-166]

CALVO LÓPEZ, Santiago (Universidade de Santiago de Compostela) «**Impacto do programa Next Generation EU en España: condicionalidade, retos e oportunidades dun acordo histórico**» Impact of the *Next Generation EU* program in Spain: conditionality, challenges and opportunities of a historic agreement [167-202]

_ NOTAS E CRÓNICAS / NOTES AND CHRONICLES [203-252]

OREIRO ROMAR, José Ángel (Consello Consultivo de Galicia) «**A potestade dos concellos para sancionar os incumprimentos da normativa COVID-19**» The authority of town and city councils to sanction breaches of COVID-19 regulations [205-218]

VILA-CONDE, Francisco (Universidade Autónoma de Madrid) «**A ditadura e a Constitución española de 1978**» The dictatorship and the Spanish Constitution of 1978 [219-234]


OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (Institución Universitaria Colexios de Colombia - UNICOC) «**Legalidade e precedentes xurisprudenciais nacionais e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia**» Legality and national and inter-American jurisprudential precedents on COVID-19 type coronavirus in Colombia [235-252]

_ RECENSIÓNS / REVIEWS [253-270]

ORTIZ MÁRQUEZ, Marta (Universidade de Huelva) «**A docencia universitaria no ámbito das ciencias xurídicas e sociais. Entre a innovación e a tradición**» University teaching in the field of legal and social sciences. Between innovation and tradition [255-260]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (Universidade Complutense de Madrid) «**Identidade. A demanda de dignidade e as políticas de resentimento**» Identity. The demand for dignity and the policies of resentment [261-264]

NOGUEROL DÍAZ, Yolanda (Universidade de Santiago de Compostela) «**A regulación dos algoritmos**» The regulation of algorithms [265-270]



Artigos



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 11-24
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>
© Vicente Álvarez García
© Flor Arias Aparicio
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 17/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O dereito ante situacións de crise: apuntamentos esenciais sobre como se procedeu para facer frente á pandemia de coronavirus



El derecho ante situaciones
de crisis: apuntes esenciais
sobre cómo se ha procedido
para hacer frente a la
pandemia de coronavirus

The law in situations of crisis:
essential notes on how it has
been proceeded to deal with
the coronavirus pandemic

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade de Estremadura
<https://orcid.org/0000-0003-1979-603X>
[vj Alvarez@unex.es](mailto:vjalvarez@unex.es)

FLOR ARIAS APARICIO

Profesora contratada doutora de Dereito Administrativo
Universidade de Estremadura
<https://orcid.org/0000-0002-9822-8905>
[vj Alvarez@unex.es](mailto:vjalvarez@unex.es)

Resumo: A situación de crise sanitaria ocasionada polo coronavirus activou o noso dereito constitucional de excepción. Este traballo analiza, por un lado, as previsións normativas existentes no noso ordenamento xurídico para facer fronte a situacións de emerxencia como a orixinada polos graves efectos da COVID-19; e repasa, por outro lado, a aplicación concreta do dereito de crise durante os meses de marzo a novembro de 2020 e as medidas adoptadas como consecuencia dos tres estados de alarma declarados.

Palabras clave: Dereito de necesidade, estado de alarma, poderes de necesidade, saúde pública, epidemias, COVID-19.

Resumen: La situación de crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus ha activado nuestro derecho constitucional de excepción. Este trabajo analiza, por un lado, las previsiones normativas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a situaciones de emergencia como la originada por los graves efectos de la COVID-19; y repasa, por otro lado, la concreta aplicación del derecho de crisis durante los meses de marzo a noviembre de 2020 y las medidas adoptadas como consecuencia de los tres estados de alarma declarados.

Palabras clave: Derecho de necesidad, estado de alarma, poderes de necesidad, salud pública, epidemias, COVID-19.

Abstract: The health crisis situation caused by the coronavirus has activated our constitutional Law of the exception. This work analyzes, on the one hand, the existing regulatory provisions in our legal system to deal with emergency situations such as that caused by the serious effects of COVID-19; on the other hand, the specific application of the crisis law during the months of March to November 2020 and the measures adopted as a consequence of the three declared states of alarm are reviewed.

Key words: Law of the exception, state of alarm, emergency powers, public health, epidemics, COVID-19.

SUMARIO: 1 Introducción: sobre as catástrofes provocadas pola man do home e pola acción da natureza. 2 O dereito das crises e os seus elementos esenciais. 3 A lexislación ordinaria con previsións para a loita fronte ás crises. 4 O dereito constitucional de excepción. 5 A declaración do estado constitucional de alarma para facer fronte á emerxencia sanitaria provocada polo coronavirus: elementos esenciais das súas tres activacións. 6 Consideracións finais: as fortalezas e as debilidades mostradas polo noso sistema para a loita contra a pandemia. 7 Nota bibliográfica.

1 INTRODUCCIÓN: SOBRE AS CATÁSTROFES PROVOCADAS POLA MAN DO HOME E POLA ACCIÓN DA NATUREZA

A historia da humanidade (e, naturalmente, a historia do noso país) está repleta de situacións de crise que viñeron provocadas en moitas ocasións pola natureza (os terremotos, as inundacións, os grandes incendios urbanos e forestais, etc.), pero en tantísimas ocasións tamén pola acción humana que as orixinou de xeito máis ou menos consciente (as guerras, os atentados terroristas, os accidentes químicos ou nucleares, etc.).

O canto I da *Iliada* homérica trasládanos a tempos de epidemias mitolóxicas. Febo Apolo provocou a cólera mortal no exército grego que tempo máis tarde conquistaría a cidade de Troia. As frechas divinas disparadas desde o seu arco de prata asolaron durante días as tropas gregas polo comportamento do rei Agamenón, que humillou ao sacerdote Crises, ao non lle querer devolver a súa amada filla Criseida, malia o rico rescate ofrecido polo pai. A ira divina só se aplacou cando a doncela foi finalmente devolta ao seu lugar de orixe nunha embarcación pilotada polo enxeñoso Ulises.

Desde aquela, son moitas as epidemias documentadas que asolaron a humanidade, con atribuídas orixes divinas (a ira de Deus que castiga os homes polas súas terribles afrontas e pecados) ou naturais (a corrupción do aire causada pola conxunción de astros e de fenómenos atmosféricos e/ou a putrefacción de solos e augas), pero que tiveron en común a súa capacidade mortífera decimando a poboación en termos realmente atroces.

Unha breve cronoloxía, sen ánimo de exhaustividade, dalgunhas das crises sanitarias ao longo da historia lévanos a recordar algunhas das máis tráxicas, como a peste de Atenas do ano 430 antes de Cristo, tan ben relatada por Tucídides na súa *Historia da guerra do Peloponeso*, ou a peste antonina en Roma, a partir do ano 165 da nosa era; a praga de Xustiniano no Imperio bizantino (anos 541 e 542), que arrebatou máis de trinta millóns de almas; a gran peste negra (a partir do ano 1347) e as pestes dos séculos seguintes, con máis de douscentos millóns de vidas truncadas. Ou, xa no século XX, a chamada gripe española (1918-1919), pero con orixe norteamericana, con máis de cincuenta millóns de vítimas, ou o VIH (desde o ano 1981), que matou máis de vinte e cinco millóns de habitantes en todo o planeta, mostran os estragos que a propagación das enfermidades (a variola, o cólera, a disentería, a gripe, o sarampelo, a lepra, o tifo, a tuberculose, a malaria ou os coronavirus) ocasionaron na humanidade.

2 O DEREITO DAS CRISES E OS SEUS ELEMENTOS ESENCIAIS

No contexto xeral de crise, as respostas xurídicas aparecen como medio moi cualificado en todas as sociedades para facer fronte aos perigos naturais ou humanos que as ameazaron ao longo dos tempos. En efecto, a loita contra as emerxencias (sanitarias ou non) tivo como mecanismo característico a substitución das regras xurídicas ordinarias que rexen o día a día por unha legalidade extraordinaria (que só pode aparecer en situacións graves, e que debe desaparecer cando estes perigos deixaron de existir). Ou, noutros termos, ante situacións excepcionais o dereito ordinario substituíuse por un dereito de crise (ou de necesidade). En ocasións, dicía Montesquieu, “cómpre correr, por un momento, un veo sobre a liberdade, do mesmo xeito que se ocultan as estatuas dos deuses”. E é que, como veremos, e sen que o fin xustifique todos os medios, hai casos en que a necesidade obriga a adoptar medidas realmente extraordinarias.

A atribución de grandes poderes de necesidade a aqueles aos que a sociedade lles confía a dirección da loita contra a crise (por exemplo, permíteselles suspender dereitos fundamentais) xustifícase desde a consideración de que eses poderes extraordinarios son indispensables para superar a crise. Agora ben, o risco de que os poderes públicos abusen dos poderes atribuídos de xeito excepcional fai necesario non só limitalos (por exemplo, os gobernantes non poden utilízalos indefinidamente, senón tan só mentres dure a situación de crise), senón tamén establecer mecanismos de control efectivo do respecto deses límites (por exemplo, políticos ou xudiciais).

Os elementos esenciais do dereito de crise que estamos a trazar concéntranse fundamentalmente en dous. En primeiro lugar, os poderes públicos están non só habilitados, senón tamén obrigados a loitar contra as situacións críticas co obxectivo de asegurar a propia existencia do Estado e a realización das tarefas esenciais para o seu funcionamento ordenado. En segundo lugar, dous son os efectos que resultan deste dereito de crise. Por unha banda, un efecto negativo, isto é, a necesidade permite exceptuar temporalmente a aplicación do dereito “normal” ou “ordinario”. Por exemplo, o dereito recoñece como

dereitos fundamentais a liberdade de circulación ou o dereito de reunión; en situacións de crise estes dereitos poden suspenderse. Por outra banda, un efecto positivo: a necesidade faculta os poderes públicos para adoptar a regra concreta, o medio xurídico preciso, que, ante unha determinada situación de perigo para o fin comunitario esencial (en particular, a propia existencia do Estado), permitirá a realización do fin, superando a ameaza específica contra el. Por exemplo: nun Estado descentralizado, como España, en tempos normais a sanidade diríxese de xeito descentralizado, pero, en caso de crise de saúde pública, a competencia pode centralizarse en mans do Goberno da nación.

O establecemento de límites aos poderes de necesidade ou de crise persegue evitar (ou, polo menos, reducir) os riscos de abuso dos poderes de necesidade. Neste sentido, para a activación destes poderes requírese, como primeira categoría de límites, a existencia dunha situación efectiva de necesidade, isto é, debe existir de xeito real un perigo que ameace un fin esencial do Estado (como a súa supervivencia ou a vida ordenada dos seus cidadáns). Unha segunda categoría de límites está en relación co “xogo” ou posta en práctica do principio de proporcionalidade nos seus tres niveis, de tal maneira que será preciso: 1.º) a adecuación ou idoneidade da medida; 2.º) o carácter menos lesivo da medida (de entre as posibles medidas idóneas); e 3.º) a eventual lesión dos dereitos e intereses particulares e xerais provocada pola medida axeitada e menos lesiva posible non debe atoparse “manifestamente fóra de proporción” con respecto aos efectos beneficiosos derivados da efectiva realización do fin, superando o perigo que o ameazaba (principio de proporcionalidade en sentido estrito).

Por último, as normas, sexan xurídicas ou non, valen para pouca cousa se non van acompañadas duns mecanismos máis ou menos eficaces para asegurar o seu respecto polos diferentes suxeitos afectados. De nada serve, por exemplo, establecer unha prohibición de circulación das persoas polas rúas durante unha epidemia se unha parte significativa da poboación non a obedece.

Téñase en conta, así mesmo, que as normas teñen que ser respectadas polos cidadáns, pero tamén polos poderes públicos, evitando calquera posible abuso por parte destes. Desta sorte, as medidas de necesidade están suxeitas a dous tipos esenciais de controis: políticos, por un lado; e xurisdicionais, por outro.

Os controis políticos, que son aqueles que realizan os parlamentos, utilizan parámetros estritamente de oportunidade política. Dous exemplos: 1) O estado de alarma decláralo o Goberno, quen, unha vez declarado, debe informar o Congreso dos Deputados, o cal intervén *a posteriori*; 2) A prórroga do estado de alarma require, non obstante, a autorización previa do Congreso dos Deputados ao Goberno. Sen a intervención autorizatoria previa do Congreso, non resulta posible a activación governamental do estado de alarma.

Se os órganos parlamentarios utilizan parámetros políticos de control, os órganos xurisdicionais realizan os seus controis con parámetros estritamente xurídicos. Os xuíces e tribunais “ordinarios” poden controlar, en función das súas respectivas competencias, as distintas medidas de necesidade adoptadas durante a situación de crise.

Por exemplo: a necesidade de autorización ou de ratificación polos xuíces e tribunais do contencioso-administrativo das medidas sanitarias que impliquen unha restrición de dereitos fundamentais como as limitacións de capacidade en locais ou os confinamentos de poboacións. Por outra banda, correspóndelle ao Tribunal Constitucional controlar as decisións de activación dos poderes de crise. Existe un monopolio de control deste alto tribunal sobre os reais decretos de declaración e de prórroga do estado constitucional de alarma.

3 A LEXISLACIÓN ORDINARIA CON PREVISIÓNS PARA A LOITA FRONTE ÁS CRISES

O dereito de excepción pode recollese en normas constitucionais (a nosa Constitución de 1978 prevé os estados de alarma, de excepción e de sitio), pero tamén en meras normas legais (a lexislación de protección civil, de seguridade nacional ou de saúde pública). Máis alá das previsións do artigo 116 da nosa norma fundamental, existe no noso ordenamento xurídico unha lexislación sanitaria estatal e autonómica con previsións concretas para facer fronte a crises de saúde pública. As competencias neste eido están distribuídas entre a Administración xeral do Estado e todas as comunidades autónomas sobre a base do artigo 149.1.16.^a CE. Este precepto confírelle ao Estado a “competencia exclusiva” sobre “bases e coordinación xeral da sanidade”, pero o desenvolvemento das bases estatais e a súa execución corresponden ás administracións rexionais.

A diferenza do que sucede noutros Estados descentralizados, como Alemaña coa *Infektionsschutzgesetz* do ano 2000 (Lei de protección contra as infeccións), non existe en España unha lei sanitaria específica para a loita contra as epidemias; pola contra, as previsións sobre esta cuestión atópanse repartidas en distintas leis estatais en materia sanitaria. É o caso do artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, ou do artigo 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública. E, en particular, o importantísimo artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, establece a seguinte cláusula xeral de habilitación para adoptar as “medidas necesarias” para loitar contra as enfermidades infecciosas: “Co fin de controlar as enfermidades transmisibles, a autoridade sanitaria, ademais de realizar as accións preventivas xerais, poderá adoptar *as medidas oportunas* para o control dos enfermos, das persoas que estean ou estiveran en contacto con estes e do medio ambiente inmediato, así como *as que se consideren necesarias* en caso de risco de carácter transmissible”.

Outras normas legais de necesidade serven para a loita fronte a todo tipo de emerxencias no noso país. Así, a Lei 17/2015, do 9 de xullo, do sistema nacional de protección civil, regula a protección civil como un servizo público que serve para a defensa das persoas e dos bens ante as emerxencias que puidesen ameazalos, xa teñan estas unha orixe natural ou xa derivada da man do home. No desempeño destas tarefas, a lei prevé a colaboración das Forzas Armadas, principalmente a través da Unidade Militar

de Emerxencias (UME). Esta unidade especializada ten por misión intervir en calquera lugar do territorio nacional para contribuír á seguridade e benestar dos cidadáns, e, en particular, “en caso de emerxencia de interese nacional, asumirá a súa dirección operativa, actuando baixo a dirección do ministro do Interior”.

A Lei 36/2015, do 28 de setembro, de seguridade nacional, pola súa banda, prevé a atribución duns amplísimos poderes de necesidade ao presidente do Goberno mediante a instauración da figura da “situación de interese para a seguridade nacional”. Integran este concepto aqueles ámbitos “que requiren unha atención específica por resultaren básicos para preservar os dereitos e liberdades, así como o benestar dos cidadáns, e para garantir a subministración dos servizos e recursos esenciais”, entre os que se atopa a seguridade sanitaria.

4 O DEREITO CONSTITUCIONAL DE EXCEPCIÓN

A regulación dos estados excepcionais en España está contida de forma substancial no artigo 116 CE. Este precepto constitucional menciona as tres categorías de estados excepcionais (alarma, excepción e sitio), remitindo para o seu desenvolvemento a unha lei orgánica, mandato que se fai efectivo na Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio.

Os criterios de diferenciación entre estas tres categorías de estados excepcionais son esencialmente cualitativos, isto é, non obedece tanto a cuestións de intensidade na gravidade da situación (cuestións cuantitativas) como ao intento de ofrecer respostas diferenciadas e específicas ante eventuais situacións de crise dunha natureza distinta. Mentres que o estado de alarma se destina á batalla contra os riscos catastróficos “graves” cunha orixe natural ou provocados pola acción humana, que non vaian ligados a alteracións da orde pública, o estado de excepción está orientado a facer fronte a alteracións tan graves da orde pública que o exercicio das potestades públicas ordinarias sería insuficiente para restablecelo e mantelo. Por último, o estado de sitio permite responder contra “unha insurrección ou acto de forza contra a soberanía ou independencia de España, a súa integridade territorial ou o ordenamento constitucional”, sempre que non poidan solucionarse eses perigos por outros medios menos incisivos.

A declaración de cada un destes estados de emerxencia implica adoptar cantas medidas sexan necesarias para frear os seus efectos e devolverlle a vida ordinaria á sociedade. Estas medidas, que poden ser de calquera índole ou natureza (sanitarias, económicas, sociais, etc.), só poden prever, no entanto, a suspensión de dereitos e liberdades fundamentais para os supostos de declaración dos estados de excepción e de sitio (art. 55.1 CE).

5 A DECLARACIÓN DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE ALARMA PARA FACER FRONTE Á EMERXENCIA SANITARIA PROVOCADA POLO CORONAVIRUS: ELEMENTOS ESENCIAIS DAS SÚAS TRES ACTIVACIÓNS

Antes de que o Goberno da nación recorrese ao dereito constitucional de excepción, algunhas comunidades autónomas reaccionaran xa adoptando medidas sanitarias, como o confinamento perimetral de municipios, para frear a emerxente crise do coronavirus. A declaración do estado de alarma o 14 de marzo marcou, en todo caso, a data gobernamental de saída para loitar de xeito centralizado contra a pandemia.

A esta primeira declaración do estado de alarma, mediante o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada pola COVID-19, sucedéronlle seis prórrogas gobernamentais, autorizadas previamente polo Congreso de Deputados, mediante outros tantos reais decretos por períodos de quince días de duración.

O 21 de xuño volvíase á renomeada, desde o Goberno da nación, “nova normalidade” e, con iso, á devolución definitiva das competencias sanitarias ás comunidades autónomas, que xa se iniciara desde a terceira prórroga do estado de alarma e que durante a sexta prórroga se concretou na designación dos presidentes autonómicos como autoridades competentes delegadas. Comeza así o período estival caracterizado pola disparidade das medidas adoptadas por cada unha das comunidades autónomas para conter os focos localizados da epidemia. Esta falta inicial de criterios mínimos de coordinación administrativa inténtase solucionar durante os meses de agosto e de setembro desde o Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde, órgano de cooperación e intercomunicación entre as comunidades autónomas e a Administración xeral do Estado previsto na nosa lexislación sanitaria. No marco das reunións deste Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde ten especial transcendencia a sesión celebrada o día 14 de agosto na cal se acordaron medidas uniformes para todo o país, que foron aprobadas ese mesmo día mediante unha orde “comunicada” ás comunidades autónomas, pero nunca publicada no *Boletín Oficial del Estado*, para que servise de modelo a estas últimas administracións á hora de as pór en marcha nos seus diferentes territorios.

A transposición desta orde “comunicada” aos distintos ordenamentos xurídicos autonómicos e a conseguinte intervención da xurisdición contencioso-administrativa ante as solicitudes autonómicas de ratificación das medidas sanitarias segundo resultaba da interpretación que entón se fixo do artigo 8.6 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA), desembocou nunha gran confusión cando o Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Madrid, a diferenza de como viñan actuando os órganos xudiciais noutras rexións, denegou a ratificación das medidas sanitarias coordinadas na Comunidade de Madrid. A consecuencia directa deste distinto comportamento dos órganos xudiciais ante as decisións de ratificación das medidas

sanitarias foi a aprobación da Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte a COVID-19 no ámbito da Administración de xustiza, que modifica a redacción do artigo 8.6 LXCA para salvar as dificultades xurdidas ante a súa problemática aplicación. Ademais, o lexislador estatal outórgalles, expresamente, poder de veto (mediante as técnicas da autorización previa ou da ratificación *a posteriori*) ás salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza, que poden bloquear a entrada en vigor das disposicións xerais “sanitarias” adoptadas polas comunidades autónomas (art. 10.8 LXCA). Violéntase así, indubidablemente, o principio de separación de poderes, ao converter lexislativamente os órganos xudiciais nun poder “conormador”, que, xunto ao poder executivo, adoptan as disposicións xerais “sanitarias” que poidan afectar aos dereitos fundamentais.

A repunta dos casos durante os meses de setembro e outubro devolveu o temor polas consecuencias máis graves asociadas ao coronavirus no que se consideraba xa unha segunda onda da pandemia. O risco inminente dos efectos no sistema sanitario e na saúde da poboación da propagación e intensidade da COVID-19 comportará a reactivación progresiva de dous novos estados de alarma: un primeiro, tras un duro enfrontamento entre a Administración xeral do Estado e as autoridades rexionais madrileñas, para o confinamento de nove municipios da Comunidade de Madrid (declarado mediante o Real decreto 900/2020, do 9 de outubro); e outro, o segundo, destinado a habilitar as comunidades autónomas para adoptar medidas de necesidade sanitarias limitativas da liberdade de circulación de persoas, declarado mediante o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, e prorrogado por un prazo de seis meses (ata o 9 de maio de 2021), mediante o Real decreto 956/2020, do 3 de novembro.

A) Os elementos esenciais da primeira declaración do estado de alarma para a loita contra o coronavirus polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo.

a. A competencia para a declaración do estado de alarma correspóndelle, segundo a Constitución española, ao Goberno da nación mediante real decreto, sen necesidade de autorización previa do Congreso. A pesar desta forma xurídica, o Tribunal Constitucional considera que este real decreto ten valor de lei (Auto do Tribunal Constitucional 7/2012, do 13 de xaneiro; e Sentenza do Tribunal Constitucional 83/2016, do 28 de abril).

b. O presuposto fáctico que motiva a activación do estado de alarma é a existencia dunha alteración grave da normalidade provocada por unha crise sanitaria, como é a epidemia de coronavirus (á que se engade un potencial desabastecemento de produtos de primeira necesidade).

c. O ámbito territorial que comprende a declaración abrangue o conxunto do Estado.

d. A duración do período de alarma esténdese durante todo o prazo constitucional máximo de 15 días, que foron aumentados sucesivamente mediante seis reais decretos de prórroga (tamén de 15 días de duración cada unha).

e. O Goberno da nación, autoridade competente para a declaración e xestión do estado de alarma, nomeou catro autoridades delegadas (os titulares dos ministerios

de Sanidade, Defensa, Interior e Transportes), baixo a dirección superior do presidente do Goberno da nación.

f. Establécese a obriga de colaboración das autoridades e do persoal ao servizo das diferentes administracións públicas (tamén das comunidades autónomas e dos entes locais) coas autoridades competentes delegadas. Todas as policía do Estado e todos os servizos de protección civil quedan baixo a dirección do ministro do Interior. Ademais, actívanse as Forzas Armadas, que actuarán, baixo a dirección da ministra de Defensa, no marco da Operación Balmis.

g. As medidas de necesidade acordadas para facer fronte á crise sanitaria refírense a: 1) a limitación da liberdade de circulación das persoas; 2) as requisas temporais; 3) as prestacións persoais obrigatorias; 4) a contención no ámbito educativo; 5) a contención nas actividades comerciais, culturais e de lecer, e de restauración; 6) a contención no ámbito relixioso; 7) o reforzamento do Sistema Nacional de Saúde; 8) o aseguramento da subministración de bens e servizos necesarios para a protección da saúde pública; 9) os transportes; 10) a garantía do abastecemento alimentario; 11) o tránsito aduaneiro; 12) a garantía da subministración enerxética; 13) os operadores críticos esenciais; 14) os medios de comunicación públicos e privados; ou 15) a suspensión de prazos procesuais e administrativos.

Dúas cuestións concretas merecen unha mención especial porque xeraron un debate intenso e foron amplamente cuestionadas pola mellor doutrina. Por unha banda, os problemas xurídicos que suscita a medida relativa á forte restrición da liberdade de circulación das persoas, dado que a suspensión desta liberdade non está prevista polo artigo 55.1 CE para o estado de alarma, senón só para os estados de excepción e de sitio; así mesmo, discútense a incidencia desta medida no exercicio doutros dereitos para os que a liberdade de circulación das persoas é un presuposto básico (o dereito de reunión e de manifestación, a liberdade relixiosa, etcétera).

O outro gran problema que xurdiu durante esta primeira declaración do estado de alarma está en relación co dereito sancionador e a falta de tipificación de infraccións pola lexislación de excepción, que cabe suplir co recurso a outras leis (a lexislación sanitaria, de protección civil e de seguridade cidadá). O problema “irresoluble”? céntrase, nesta ocasión, na previsión do apartado terceiro do artigo 1 da Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio de 1981, que dispón: “Finalizada a vixencia dos estados de alarma, excepción e sitio, *decaerán na súa eficacia cantas competencias en materia sancionadora e para actuacións preventivas correspondan ás autoridades competentes, así como as medidas concretas adoptadas baseándose nestas, salvo as que consistisen en sancións firmes*”.

B) *Os elementos esenciais da segunda declaración do estado de alarma polo Real decreto 900/2020, do 9 de outubro.*

a. O presuposto fáctico nesta ocasión susténtase, exclusivamente, na loita contra a pandemia, que, segundo o Ministerio de Sanidade, afectaría de xeito particularmente intenso diversos municipios da Comunidade de Madrid.

b. O ámbito territorial redúcese a nove municipios da Comunidade de Madrid (incluída a capital), cunha poboación superior a 100.000 habitantes.

c. A duración da situación de alarma esténdese ao prazo constitucional máximo de quince días.

d. A autoridade competente para a declaración e xestión da situación extraordinaria é o Goberno da nación.

e. A principal medida de necesidade acordada consiste na restrición da entrada e da saída de persoas dos nove municipios madrileños sobre o territorio dos cales se declara o estado de alarma.

C) Os elementos esenciais da terceira declaración do estado de alarma mediante o Real decreto 926/2020, do 25 de outubro.

a. O presuposto fáctico que determina a terceira declaración do estado de alarma é a situación de pandemia, que volve acadar unha repercusión elevada no conxunto do Estado.

b. O ámbito territorial a que se estende a activación do estado excepcional comprende o conxunto do Estado.

c. A duración do estado de alarma, nesta ocasión, prorrógase, tras o prazo constitucional máximo de quince días, por seis meses mediante o Real decreto 956/2020.

d. A autoridade competente, que é legalmente o Goberno da nación, designa os presidentes das comunidades autónomas como autoridades delegadas, ás que se lles atribúe a competencia para aprobar as disposicións necesarias para a aplicación das medidas de necesidade previstas polo real decreto de declaración do estado de alarma.

e. En canto ás medidas de necesidade adoptadas, o real decreto de declaración desta situación de emerxencia límitase a aprobar unha serie de medidas cuxa activación queda en mans, en boa medida, dos presidentes autonómicos. Así sucede coas medidas de limitación da liberdade de circulación das persoas en horario nocturno (coñecida vulgarmente como “toque de queda”), que cada comunidade autónoma pode modular na franxa horaria establecida polo Goberno da nación, ou a limitación da entrada e da saída de persoas do territorio autonómico (aínda que, adicionalmente, pode decretarse o confinamento perimetral en ámbitos xeográficos territoriais de carácter xeograficamente inferior ao autonómico). Así mesmo, límitase a permanencia de grupos de persoas (ata un máximo de seis) en espazos públicos e privados e a permanencia de persoas en lugares de culto, e establécense, por último, prestacións persoais obrigatorias no ámbito sanitario.

6 CONSIDERACIÓNS FINAIS: AS FORTALEZAS E AS DEBILIDADES MOSTRADAS POLO NOSO SISTEMA PARA A LOITA CONTRA A PANDEMIA

Calquera resposta minimamente eficaz para a loita contra unha gran crise debe ser dirixida desde órganos que non só teñan o poder xurídico para actuar (*potestas*), senón que as

persoas que os integran deben contar, ademais, cunha forza moral (*auctoritas*) que os faga acredores do maior respecto e da maior confianza social. Isto sempre resultou crucial ao longo da historia para poder saír da forma menos dolorosa posible das crises máis horrendas, tan malas ou peores que a agora ocasionada polo coronavirus (COVID-19).

Un repaso rápido das distintas actuacións e medidas que se adoptaron durante todos estes meses que levamos convivindo coa COVID-19 pon de relevo que hai cousas que funcionaron dunha maneira correcta; outras, en cambio, fixérono de xeito malo e, mesmo, pésimo. Repasamos, sequera sucintamente, algúns dos puntos fortes e aqueloutros que se revelaron máis vulnerables ou resultaron ser máis débiles do esperado e desexable ante unha situación de crise sanitaria.

Entre as fortalezas máis significativas que o noso sistema mostrou para a loita contra a pandemia, polo menos durante a súa primeira onda, poden enumerarse as seguintes:

- a. O correcto funcionamento do sistema hospitalario público (pero tamén privado).
- b. O funcionamento sobresaínte da cadea de abastecemento agroalimentario.
- c. Foi realmente destacado tamén o funcionamento dos grandes servizos públicos esenciais (telecomunicacións, electricidade, financeiros, abastecemento de auga, recollida de lixos, transporte cidadán e de mercadorías, etcétera).
- d. O traballo de todas as Forzas e Corpos de Seguridade das distintas administracións territoriais do país foi excelente.
- e. A implicación salientable das Forzas Armadas, que despregaron as súas capacidades en múltiples campos.
- f. O grao de implicación da sociedade civil (desde o grande empresariado ata os cidadáns particulares) na loita para facer fronte aos efectos da pandemia foi moi sobresaínte.

Pero o sistema tamén puxo de manifesto debilidades respecto das cales cómpre reflexionar e mellorar co fin de estar preparado para facer fronte a unha posible próxima pandemia:

A. A Unión Europea, organización supranacional á cal pertence o noso país, funcionou moi deficientemente nos primeiros momentos da loita contra a pandemia, dadas, entre outras cousas, as súas limitadas competencias en materia sanitaria e de saúde pública.

B. Durante o estado de alarma recentralizáronse as competencias sanitarias no Ministerio de Sanidade. Este departamento ministerial revelouose como unha organización carente de medios e de coñecementos suficientes para a loita contra a pandemia, xa que durante a evolución do noso Estado autonómico se foi vendo privado de competencias e de medios materiais e humanos que pasaron progresivamente ás comunidades autónomas. Sería preciso crear unha axencia ou unha autoridade administrativa independente a nivel central para procurar que a xestión da loita contra as crises sexa realizada por un aparato capaz e independente do xogo político que estamos a vivir, e que ten perplexos os cidadáns.

C. É necesario modernizar o dereito español para facer fronte ás crises, polo menos para as sanitarias. En particular: i) Débese clarificar a afectación que as pandemias poden ter sobre os dereitos fundamentais. ii) Cómpre proceder a unha regulación do papel das

Forzas Armadas en situacións de crise. iii) É necesario establecer un sistema punitivo apropiado. iv) A técnica xurídica utilizada durante o estado de alarma foi notablemente deficiente, como se pode ver coa mera lectura do *Boletín Oficial del Estado*.

D. Desde un punto de vista económico, debe determinarse que sectores son estratéxicos para a loita contra as diferentes categorías de catástrofes para asegurar unha produción mínima no interior do noso territorio, de cara ao sostemento do país durante as catástrofes.

7 NOTA BIBLIOGRÁFICA

A situación de emerxencia sanitaria orixinada pola COVID-19 coa que estamos a convivir no momento presente provocou a reflexión desde distintas ramas do saber e entre elas desde o dereito. Son extraordinariamente numerosos os traballos que nos últimos meses se publicaron sobre o dereito e o coronavirus, resultando case imposible recoller toda a bibliografía producida para o efecto. Non obstante, non podemos deixar de citar algunhas obras entre as que se atopan moitos dos traballos que durante estes meses publicamos sobre o dereito de crise e que parten dos estudos de V. Álvarez García sobre o comportamento do dereito en situacións de emerxencia no mundo occidental (véxase a súa teoría xeral sobre o dereito das crises, publicada baixo o título *El concepto de necesidad en Derecho público*, Madrid: Civitas, 1996). Neste sentido, queremos destacar, ademais, as súas reflexións vertidas nos artigos: «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 5-19, 2020; «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, 2020; ou «El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91: 74-69, 2020. Unha análise das fortalezas e das debilidades do modelo español fronte á crise do coronavirus pode verse tamén no seu traballo «Poderes de necesidad y Constitución (Una evaluación del uso del poder durante el estado de alarma)», en *Círculo Cívico de Opinión como Posición*, maio de 2020.

Como obras que despregan unha visión de conxunto sobre o dereito constitucional de excepción activado durante a crise sanitaria da COVID-19, pode verse V. Álvarez García, F. Arias Aparicio e E. Hernández Díez, *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Madrid: lustel, 2020; e D. Blanquer Criado (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

De igual xeito, moitas foron as revistas xurídicas que dedicaron números, ordinarios e extraordinarios, monográficos sobre a cuestión. É o caso do número 86-87 da revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2020), que contén traballos de S. Muñoz Machado, «Nota preliminar»; V. Álvarez García, «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», 5-19; A. Nogueira

López, «Confinar el coronavirus: Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», 20-29; S. de la Sierra Morón, «Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada», 30-39; J.M.^a Gimeno Feliú, «La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública», 40-51; M.A. Presno Linera, «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», 52-63; C.-A. Amoedo-Souto, «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso: Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», 64-75; F. Velasco Caballero, «Estado de alarma y distribución territorial del poder», 76-85; L. Cotino Hueso, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus: Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», 86-99; G. Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19», 100-107; J.M.^a Serrano Sanz, «La economía y la pandemia», 108-111; e V. Álvarez García, F. Arias Aparicio e E. Hernández Díez, «Una cronología jurídica comentada del estado de alarma declarado para la lucha contra la pandemia de coronavirus (COVID-19)», 112-127.

Así mesmo, os números 54 e 55 do ano 2020 que a *Revista General de Derecho Administrativo* dedica ao coronavirus. O número 54, baixo o título *COVID*, inclúe artigos de: V. Álvarez García e F. Arias Aparicio, «La incidencia del derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad»; S. Ripol Carulla, «COVID-19 y transporte aéreo (del 9 de marzo al 30 de abril de 2020)»; G. Villar Crespo, «Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español»; R. Pérez Guerra, «Algunas notas sobre el derecho administrativo del turismo: COVID-19». O número 55 inclúe unha análise monográfica, baixo o título *Estudios con motivo de la pandemia (COVID-19)*, cos seguintes traballos: V. Álvarez García, «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19»; R. Rivero Ortega, «Rastreadores y radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías»; D. Terrón Santos, J.L. Domínguez Álvarez, M.M. Fernando Pablo, «Los derechos fundamentales de la privacidad: derecho y necesidad en tiempo de crisis»; J.A. Lucas Cardoso, «A crise do COVID-19 e o *Estado de não Direito* portugués»; M.R. Zamora Roselló, «Administración de emergencia ante una pandemia: aplicación de los principios básicos del derecho administrativo».

Por último, cabe mencionar os traballos de D. Fernández de Gatta publicados nos números 9634 e 9651 do *Diario La Ley* e, sobre todo, no número 33 da *Revista General de Derecho Constitucional* («El Estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas»), así como as contribucións de J.M. Alegre Ávila accesibles na páxina web da Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA).



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 25-58
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4670>
© Gerardo Eto Cruz
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 16/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O impacto da pandemia nas liberdades fundamentais: breve percorrido empírico

El impacto de la pandemia en las libertades fundamentales: breve recorrido empírico

The impact of the pandemic on fundamental liberties: a brief empirical tour



GERARDO ETO CRUZ

Profesor de Dereito Constitucional
Universidade Nacional de Trujillo
Universidade de San Martín de Porres
Exmaxistrado do Tribunal Constitucional do Perú
Exdirector do Centro de Estudos Constitucionais do Tribunal Constitucional do Perú
<https://orcid.org/0000-0001-7133-353X>
gerardoeto@gmail.com

Resumo: Este traballo realiza un breve percorrido polo impacto que desencadeou nos Estados contemporáneos o fenómeno da pandemia arredor das principais liberdades e dereitos fundamentais. A iso súmanse os mecanismos dos réximes constitucionais de excepción ou de emerxencia aos cales apelan os gobernos para afrontar a crise sanitaria, o que significa restricións xurídicas sumadas ás que *de facto* xera a pandemia.

Palabras clave: Dereito constitucional de emerxencia, límites e contido esencial dos dereitos fundamentais, dereito á vida, dereito á sepultura, dereito á igualdade, dereito á liberdade, dereito á saúde, dereitos laborais.

Resumen: El presente traballo realiza un breve recorrido por el impacto que ha desencadenado en los Estados contemporáneos el fenómeno de la pandemia en torno a las principales libertades y derechos fundamentales. A ello se suman los mecanismos de los regímenes constitucionales de excepción o de emergencia a los cuales apelan los gobernos para enfrentar la crisis sanitaria, lo que significa restricciones jurídicas sumadas a las que *de facto* genera la pandemia.

Palabras clave: Derecho constitucional de emergencia, límites y contenido esencial de los derechos fundamentales, derecho a la vida, derecho a la sepultura, derecho a la igualdad, derecho a la libertad, derecho a la salud, derechos laborales.

Abstract: The present paper makes a brief overview of the impact that the phenomenon of the pandemic has unleashed in contemporary States around the main freedoms and fundamental rights. Added to this are the mechanisms of constitutional regimes of exception or emergency that governments appeal to face the health crisis, which means legal restrictions added to those in fact generated by the pandemic.

Key words: Constitutional emergency right, limits and essential content of fundamental rights, right to life, right to death, right to burial, right to equality, right to freedom, right to health, labor rights.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Sobre os límites e o contido esencial dos dereitos fundamentais. 3 O dereito á vida. 4 Dereito á liberdade. 4.1 Por que a pandemia xera un impacto nos pobos do mundo e na individualidade de cada persoa? 5 Dereito á igualdade. 6 Dereitos laborais. 6.1 O traballo como deber e como dereito. 6.2 Empregos perdidos na América Latina produto da pandemia. 6.3 Taxa de ocupación, taxa de desocupación e taxa de participación económica. 7 O dereito á saúde. 7.1 Protección do dereito á saúde. 7.2 Número de camas UCI na América Latina en 31 de maio de 2020. 7.3 Saúde dos reclusos. 7.4 Dereito á saúde mental. 8 Conclusións. 9 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Este traballo constitúe un breve percorrido do impacto que xera o dereito constitucional de emerxencia ou de excepción¹, desencadeado polo fenómeno mundial da pandemia do coronavirus nos principais dereitos e liberdades das persoas. Pero non só se trata de apreciar as restricións derivadas dos estados de alarma como existen en España ou de emerxencias ou estados de excepción que xerou e vén xerando a tormenta viral, senón tamén as restricións que *de facto* acontecen coa propia presenza da pandemia a escala planetaria. Aínda que tomamos como fonte o marco constitucional peruano e, sobre todo, o que a partir da súa interpretación fixo o Tribunal Constitucional, iso non impide que sexa virtualmente un marco de referencia para todos os demais dereitos que forman parte do sistema constitucional da América Latina. Aclaremos aquí, conforme alerta Lucio Pegoraro e Angelo Rinella, que non pretendemos extrapolar conclusións sobre a base de criterios sobre modelos comparados que non son exactamente o mesmo que dereito estranxeiro. Precisan os citados profesores:

«Entre os constitucionalistas hai aínda confusión entre estudos do dereito estranxeiro e estudos comparados, que son cousas diferentes. Moitas publicacións e teses de doutoramento ignoran o nexo instrumental entre un estudo de dereito interno (ou “nacional”) e a comparación: cos mesmos instrumentos metodolóxicos, algúns usan a comparación para estudar o seu dereito, outros comparan o seu sistema con outros ordenamentos, outros limítanse a investigacións paralelas entre dous ou máis dereitos, como se estas operacións fosen conceptualmente iguais»².

O que aquí soamente pretendemos realizar é acaso unha mirada panorámica, a partir da experiencia peruana, que de feito mantén os mesmos problemas que o resto de países da rexión³, dado que o fenómeno da pandemia é un feito *desterritorial* que non se circunscribe a fronteiras específicas de cada país (o fenómeno patolóxico é o mesmo, ben que con algunhas características), mesmo cando a reacción de cada Estado en moitos

casos foi distinta, tanto nos problemas sanitarios como na forma en que se aplicaron as restricións de determinadas liberdades fundamentais.

Así como a doutrina se ocupou desde sempre polo *dereito constitucional do poder*⁴, que constitúe a forma en que se accede, se mantén e fenece o poder político e ao que a doutrina denomina a *parte orgánica*, tamén cabe aquí sinalar un *dereito constitucional da liberdade*, tese ao que moitos atribúen a Mirkine-Guetzévitch ter establecido como a esencia de toda constitución⁵ que constituiría a *parte dogmática*, e onde o lexislador constituínte regula o estatuto das liberdades e dereitos fundamentais das persoas en xeral. Non cabe dúbida de que o dereito constitucional de emerxencia reflicte precisamente as potestades do poder político para restrinxir ou suspender determinadas liberdades, pero iso debe ser baixo os marcos do razoable e proporcional. Non imos aludir a todos os dereitos fundamentais; de feito, gran parte dos dereitos humanos, xa sexan os relativos aos civís e políticos ou aos dereitos económicos, sociais e culturais, vense menoscabados coas restricións oficiais das declaracións de emerxencia ou sen elas; o só feito do compoñente fáctico que é o virus letal do COVID-19, bautizado baixo o estraño nome de coronavirus, por si só cambiou radicalmente a condición humana, polo menos o seu ecosistema de vida, prostrando de desolación e morte máis dun millón de persoas e coa abraiante cifra de máis de 45 millóns de contaxiados no mundo. Estas cifras para cando se publique este traballo serán, obviamente, relativas e a cifra seguirá *in crescendo*. Escollemos discrecionalmente algúns dereitos fundamentais que teñen *impacto* e certamente isto supuxo que, coa aplicación do dereito constitucional de emerxencia ou sen ela, nos feitos hai restricións *de jure* e *de facto* produto da pandemia que hoxe veñen enfrontando os gobernos de Europa, Asia, os Estados Unidos, a América Latina, África, entre outros, sobre todo porque en tempo real coa presenza instalada do COVID-19 os Estados impulsaron cadansúas declaracións de estados de emerxencia, alarma, excepción ou como se lles denomine en cada sistema constitucional. Na data en que se escribe este artigo, a propia dinámica da pandemia levou a constatar unha segunda onda ou rebrote en case todos os países de Europa, onde novamente se empezaron a restrinxir liberdades fundamentais, mentres os da América Latina veñen rematando a súa primeira onda e é obvio que as probabilidades dun segundo rebrote acontecerán coas dramáticas experiencias desta segunda onda, xerando novamente un colapso sanitario. Con todo, co avance e co desenvolvemento tecnolóxico que nos tempos actuais se producen en todos os ámbitos, incluídos os grandes progresos da biomedicina molecular, é probable que para fins deste mítico ano 2020 e, sobre todo nos primeiros meses de 2021, a humanidade xa conte co deseño de diversas vacinas que permitan afirmar o antídoto idóneo fronte a este inimigo viral cuxa presenza des-territorializada en todos os países do planeta asola con contaxio e morte. Isto significa que na pandemia, a nivel gobernamental, o que se vén realizando en todo o mundo é simplemente “administrar” os efectos da pandemia, pero os que enfrontarán a guerra final serán os membros das *sociedades do coñecemento*, como son os especialistas e científicos en deseñar as vacinas que lle permitan ao ser humano ter o antídoto e xerar

a inmunidade. De feito, a historia reporta esta experiencia; todas as poboacións que sufriron epidemias a nivel nacional ou pandemias a nivel mundial lograron sobrevivir fronte á continxencia das pestes que asolaron o mundo enteiro.

O que segue é, pois, unha breve listaxe de dereitos que teñen diverso impacto en todo o planeta e cuxos mecanismos para conxurar continxencias que se presentan na vida estatal restrinxen e suspenden o exercicio dos dereitos básicos ou fundamentais; pero aclaremos que a listaxe dos dereitos que a seguir se abordará é apenas unha pequena mostra de como, sen necesidade acaso de contrastar en termos sociolóxicos, se ven minguidos diversos e heteroxéneos dereitos de natureza fundamental.

2 SOBRE OS LÍMITES E O CONTIDO ESENCIAL DOS DEREITOS FUNDAMENTAIS

Ben sexa baixo os marcos dun *estado constitucional de normalidade* ou baixo os instrumentos con que contan os gobernos para impor os correspondentes réximes de excepción ou *dereito constitucional de emerxencia*, o feito é que en ningún dos dous escenarios os dereitos fundamentais poden ser obxecto de restricións, pois mesmo baixo un conflito bélico o *ius in bello* establece onde se debe realizar o teatro de operacións ou de hostilidades onde se desencadea o conflito ou guerra convencional; iso atópase regulado baixo os marcos das Convencións de Xenebra ou máis propiamente do dereito internacional humanitario. Polo tanto, o tema da vixencia dos dereitos fundamentais é o verdadeiro termómetro onde se diagnostica a lexitimidade dun réxime político: o respecto ás liberdades e dereitos básicos da persoa.

Non obstante, a doutrina recoñece que os dereitos fundamentais teñen un binomio onde debe ser situado o contexto da súa vixencia, protección e respecto, por un lado; e, por outro, a posibilidade de eventuais restricións. Iso deu lugar á abordaxe dos límites e o contido esencial en que se ve rodeado o tema da vixencia dos dereitos fundamentais en cada Estado.

Límites e contido esencial dos dereitos fundamentais

Non cabe dúbida de que unha das características dos dereitos fundamentais é a súa *natureza binaria*; isto é, que por unha banda teñen un núcleo duro e inexpugnable de protección denominado “contido esencial”, e, por outra, que estes dereitos teñen, igualmente, certos límites.

A doutrina adoita distinguir dous tipos de límites: intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros deveñen do carácter e natureza de cada dereito e da súa función social. Pola súa vez, neste tipo de límites adóitase diferenciar entre os límites obxectivos, derivados de cada realidade do específico dereito de que se trate, e os límites subxectivos, que xorden da actitude do titular do suxeito e da forma en que vai exercer o seu dereito.

Os límites extrínsecos deveñen desa existencia vinculada co respecto e a convivencia con outros dereitos e que son obviamente impostos polo ordenamento. Este tipo

de límites moitas veces imponos a propia constitución en forma indirecta e directa; e noutros a través de cláusulas mediatas e indirectas.

Baixo este breve excursio teórico, o TC pronunciouse expresando o seguinte:

«Os dereitos fundamentais non son absolutos senón relativos, xa que o seu disfrute e exercicio están limitados por outros dereitos e bens constitucionais»⁶.

E, máis especificamente, fronte a un dereito constitucional concreto, seguindo a súa propia liña teórica indicou o seguinte:

«Os dereitos fundamentais non son absolutos e, polo tanto, poden ser restrinxidos con criterios de razoabilidade e proporcionalidade. De aí que o dereito á liberdade de información poida ser restrinxido, razoablemente, cando se trate de garantir a seguridade persoal do interno ou a seguridade do establecemento penitenciario»⁷.

Nesta perspectiva, o TC estableceu que, ademais de situacións extraordinarias onde pode restrinxirse o exercicio de determinados dereitos fundamentais, en circunstancias ordinarias tamén cabe a imposición de límites aos dereitos fundamentais. Vexamos:

«[As restricións explícitas ordinarias] (...) preséntanse cando, nun estado de normalidade constitucional, se estima necesario que deben protexerse outros dereitos fundamentais ou bens xurídicos, de maneira que, en atención a un estudo de razoabilidade, poida limitarse o dereito á liberdade de tránsito. (...) Inclúense dentro das restricións implícitas ordinarias (...) razóns sanitarias, que son aquelas que se adoptan en resguardo da plenitude físico-psíquica da poboación»⁸.

A cita arriba transcrita resulta explicable nos marcos en que actualmente se vive a nivel mundial. Non obstante, o propio Tribunal aclarou que a limitación dos dereitos fundamentais non supón de ningún xeito supresión, polo que debe respectar o contido esencial destes, constituíndose nun límite material ao poder de reforma. Vexamos:

«Como en diversas ocasións tivo oportunidade de recordar este Tribunal, aínda que no Estado constitucional de dereito non hai dereitos absolutos, pois, con pouquísimas excepcións, todos eles son susceptibles de ser regulados e limitados, porén, iso non autoriza a que o lexislador os poida baleirar de contido, suprimir ou diminuílos.

Unha cousa, en efecto, é limitar ou restrinxir o exercicio dun dereito constitucional e outra, moi distinta, diminuílo ou suprimilo. A limitación dun dereito non comporta a súa diminución ou supresión, senón só o establecemento das condicións dentro das cales deberá realizarse o seu exercicio. De aí que o Tribunal Constitucional fose enfático en sinalar que non se pode despozar de contido un dereito so pretexto de limitalo ou, acaso, suprimilo, pois a validez de tales limitacións depende de que estas respecten o contido esencial dos dereitos sobre os cales se practica a restrición.

Aínda que a Constitución de 1993 non teña unha cláusula semellante á que existe nos ordenamentos de España ou Alemaña, por mandatos das cales se lle exige ao lexislador que respecte o contido esencial dos dereitos, está claro que se trata dun límite implícito, derivado da natureza constituída da función lexislativa, que, desde logo, de ningún xeito pode equipararse á que supuxo o recoñecemento do dereito, isto é, á do poder constituínte.

En segundo lugar, do feito de que a “supresión e diminución dos dereitos fundamentais” non poidan ser sometidas a referendo, isto é, que se trate de materias que mesmo non poidan ser decididas polo pobo en canto poder constituído, deriva que, na totalidade do texto constitucional, as cláusulas que recoñecen os dereitos fundamentais ocupen unha posición moi especial, xa que recollen o plexo de valores materiais de todo o sistema constitucional e que, nese sentido, lexitiman toda a organización estatal.

Precisamente por iso, o Tribunal Constitucional considera que as cláusulas que os recoñecen constitúen verdadeiros límites materiais sobre a potestade de reforma parcial da Constitución. Desta forma, o órgano autorizado a realizala non poderá dispor “a diminución ou supresión dos dereitos fundamentais”, nin sequera seguindo o procedemento sinalado no artigo 206 da Carta política.

Desde logo, trátase dun límite que opera só en sentido negativo, isto é, que impide que o órgano da reforma poida suprimir ou diminuír os dereitos fundamentais; pero non en sentido positivo, é dicir, a licitude da reforma constitucional, se é que esta ten por propósito ampliar, optimizar ou recoñecer novos dereitos constitucionais»⁹.

Respecto ao contido esencial, como xa se indicou, é ese ámbito que non pode ser obxecto de descoñecemento e que supoña un “baleirado” deste núcleo duro que permite precisamente afirmar un dereito específico. Neste sentido, o Colexiado Constitucional afirmou o seguinte:

«Todo ámbito constitucionalmente protexido dun dereito fundamental se reconduce en maior ou menor grao ao seu contido esencial, pois todo límite ao dereito fundamental só resulta válido na medida en que o contido esencial se manteña incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que a determinación do contido esencial dos dereitos fundamentais non pode efectuarse *a priori*, é dicir, á marxe dos principios, os valores e os demais dereitos fundamentais que a Constitución recoñece. En efecto, na medida en que o contido esencial dun dereito fundamental é a concreción das manifestacións esenciais dos principios e valores que o informan, a súa determinación require unha análise sistemática deste conxunto de bens constitucionais, no cal adquire participación medular o principio-dereito de dignidade humana, ao que se reconducen, en última instancia, todos os dereitos fundamentais da persoa»¹⁰.

Así, o TC concluíu que non se trata de restarlle valor aos dereitos fundamentais, cando se impón un límite, senón de harmonizar o dito valor coa importancia que teñen tamén outros bens do sistema xurídico-constitucional. Vexamos:

«Cando se trata de bens xurídicos como os aquí descritos, non resulta estraño, senón perfectamente lexítimo que, baixo determinadas circunstancias, e como se anticipou anteriormente, os dereitos poidan verse restrinxidos en determinados ámbitos do seu contido, co fin de compatibilizar os obxectivos sociais propios de todo ben constitucional cos intereses individuais correspondentes a todo atributo ou liberdade. Naturalmente, non é que os dereitos se atopen posicionados por debaixo dos bens xurídicos e nin sequera a un mesmo nivel ou xerarquía, pero é evidente que, ante a existencia das dúas categorías no interior do ordenamento, se fai imperioso integrar roles en función dos

grandes valores e principios proclamados desde a Constitución. Nese gran reto ponderativo, o xuíz constitucional ocupa un papel importante»¹¹.

Finalmente, con relación ao contido esencial, o Tribunal explicita do seguinte xeito as teorías que se construíron ao respecto:

«A doutrina constitucional contemporánea, en referencia ao contido esencial dos dereitos fundamentais, construíu determinadas teorías co fin de determinar cal é ese contido irreductible que está inmerso na estrutura de cada dereito fundamental.

Formuláronse tres teorías, basicamente. Segundo a teoría relativa, o contido esencial non é un elemento estable nin unha parte autónoma do dereito fundamental, polo que será todo aquilo que queda despois dunha ponderación. Non existe, pois, nesta teoría un contido esencial preestablecido, senón que este debe ser determinado mediante a ponderación.

A teoría absoluta, pola contra, parte do presuposto de que en cada dereito fundamental existen dúas zonas: unha esfera permanente do dereito fundamental que constitúe o seu contido esencial e no ámbito da cal toda intervención do lexislador se atopa vedada, e outra parte accesoria ou non esencial, na cal son admisibles as intervencións do lexislador, pero a condición de que non sexan arbitrarias, senón debidamente xustificadas.

Para a teoría institucional, o contido esencial dos dereitos fundamentais, por un lado, non é algo que poida ser desprendido de “por si” e independentemente do conxunto da Constitución e dos outros bens constitucionalmente recoñecidos tamén como merecedores de tutela ao lado dos dereitos fundamentais; e, doutro, que o contido esencial dun dereito fundamental e os límites, que sobre a base deste resultan admisibles, forman unha unidade.

Este Tribunal Constitucional considera que a determinación do contido esencial dos dereitos fundamentais non pode efectuarse *a priori* por un acto carente de fundamento e á marxe dos principios constitucionais, os valores superiores e os demais dereitos fundamentais que a Constitución incorpora. Polo que, para os efectos de determinar o contido esencial, deberán tomarse en conta non só as disposicións constitucionais expresas, senón tamén os principios e valores superiores constitucionais. Neste sentido, para o caso concreto, determinarase o contido esencial do dereito fundamental á pensión»¹².

Recapitulando este tema que de por si é sumamente problemático, debemos sinalar, en liñas xerais, que existe unha falacia en afirmar que os dereitos fundamentais constitúen dereitos absolutos. No marco da pandemia que actualmente se vive, cobra sentido o contexto da teoría relativa dos dereitos fundamentais respecto ao seu contido esencial e que esta sempre se situará, máis que nas teorías coherentistas, nas teorías conflictivistas que hoxe presentan escenarios, ademais de sombríos, inevitables, pola propia continxencia que todo o mundo atravesa. Ben podemos sinalar, polo tanto, xunto co que nos achega o profesor Joaquín Brage Camazano, que os límites dos dereitos fundamentais atopan diversas fontes xurídicas, e así temos as seguintes:

Limitacións por medio de normas ou principios constitucionais que pola súa vez se expresan nas seguintes dimensións:

a) *Límites constitucionais directos* que comprenden neste escenario os chamados *límites inmanentes en sentido estrito* e que seguen dous modelos ou teorías contrapostas: a teoría interna e a teoría externa, e que dimanan do dereito privado que se trasladou aos ámbitos do dereito público. Así, Brage sinala que a teoría interna está ligada á especial importancia á comunidade e á igualdade, mentres que quen ten unha teoría individualista do Estado e da sociedade segue máis ben a teoría externa, en parte esgrimida de xeito temperán por Schmitt e Alexy, entre outros. Así pois, a teoría externa distingue o dereito dos seus límites, é dicir, o dereito “en si” expresa certos límites. No campo civil, discútense se é limitado o dereito mesmo ou só o seu exercicio; e é que todo dereito constitúe un axioma que ten determinados límites. Na teoría interna, precísase que existe só un dereito cun determinado contido, e afirma o profesor Brage que non hai, como sostén a teoría externa, dous obxectos diferentes, o dereito e os seus límites, senón un só, aínda que este leve anexos *a priori* determinados límites internos. En virtude desta teoría, os límites xorden “da natureza das cousas”, “da esencia da cousa mesma”. É neste contexto onde a fronteira entre o contido aparente e o verdadeiro dun dereito é designado como límite inmanente¹³.

b) *Límites (directos) explícitos ou con reserva constitucional*.

Aquí atopámonos ante un conxunto de límites que son establecidos directamente pola propia Constitución e que polo xeral se ven regulados pola lexislación ordinaria, precisándose que o lexislador non pode establecer límites, se é que non derivan das propias cláusulas constitucionais. Estes límites, pola súa vez, poden ter dúas variantes, que son os límites directos explícitos ou implícitos.

c) Por outro lado, existe a figura da *intervención nos dereitos fundamentais* que pode entenderse de calquera acción positiva derivada de actos administrativos, vía de feito, resolución xudicial ou norma ou actuacións omisivas dos poderes públicos que supoña un recorte no ámbito normativo inicialmente protexido por un dereito fundamental. Anota o profesor Brage que:

«Para que exista intervención nun dereito fundamental é de aplicación ao suposto de feito de que se trate, pois só se é aplicable cabe loxicamente que haxa unha intervención neste. Esta simple definición debe ser esmiuzada e explicada con maior detalle e, ao fío de tal exame máis en profundidade, ha de ser tamén matizada. Debe facerse constar igualmente que, aínda que a continuación nos reframos á xurisprudencia constitucional sobre diversos aspectos desta categoría, o certo é que esta non foi asumida polo noso TC nin pola nosa xurisprudencia ordinaria, como tampouco pola nosa doutrina, que ata onde coñecemos en ningún caso aplicou esta categoría, como tampouco o chamado nivel graduado de exame dos dereitos fundamentais, a ningún dereito fundamental en particular, malia que o concepto de “inxerencia” no CEDH e a súa aplicación polo TEDH daría por si só certa base para iso, polo menos no caso dalgúns dereitos fundamentais. Pero parécenos non só que así debería facerse polas vantaxes que ten a utilización explícita desta técnica, senón que, dado o seu carácter loxicamente necesario, é posible reconstruír a xurisprudencia constitucional para deducir certos principios que lle son

aplicables. E se na xurisprudencia non se utiliza a categoría, menos aínda pode atoparse unha definición desta tal e como a que propomos, que nos parece que se deduce da xurisprudencia constitucional»¹⁴.

Estas reflexións débense tomar moi en conta, dado que actualmente o escenario do actual mundo globalizado trae funestas consecuencias¹⁵ con todo o que ela supón de negativo e que é a existencia de maior sufrimento humano, malia que, por outro lado, se predique a presenza dunha *sociedade de positividade*, pois o individuo, malia ter maior liberdade para facer o que queira como proxectos de vida, sempre acabará, a pesar dos seus “logros”, cansado e ata deprimido¹⁶ do que trae a posmodernidade. Lembremos que non ben se declarou oficialmente o 11 de marzo de 2020 a pandemia, os gobernos viñeron impulsando e séguense declarando estados ou réximes de excepción, aspecto este que identifica o que nós denominamos dereito constitucional de emerxencia, onde é obvio que se suspenden ou restrinxen determinados dereitos e liberdades. Non obstante, na teoría son diversas as reflexións académicas que veñen por todas as partes cuestionando estes enclaustramentos producidos polas emerxencias sanitarias, xa que isto significa unha aberta violación ás liberdades fundamentais, sobre todo a liberdade ambulatoria, pero tamén é certo que a realidade evidente de feito obriga a xente a asumir con maior xuízo e prudencia unha vida “normal”, non só polas propias restricións que se impoñen derivadas das declaracións de emerxencia ou de excepción, senón porque intuitivamente estar na casa é máis prudente para estar libre do contaxio.

Iniciamos, como xa se dixo, unha breve listaxe panorámica do impacto que *de jure* e *de facto* desencadea a emerxencia sanitaria na vida cotiá da poboación. Tomaranse moitas referencias do marco hermenéutico que estableceu, para o noso caso, o Tribunal Constitucional peruano, que é o mesmo que ben pode telo feito, como así ocorre, nos demais países coas súas correspondentes xurisdicións constitucionais.

3 O DEREITO Á VIDA

Sen máis preámbulo, damos por sentado que o tema do dereito á vida constitúe acaso o dereito por excelencia máis importante que se viu afectado co fenómeno viral que desencadea a pandemia. Desde o punto de vista xurídico, lembremos que é pois o presuposto para o exercicio dos demais dereitos fundamentais, e precisamente constitúe o primeiro dereito fundamental, radical por excelencia, que xa cobrou máis de 1.201.138 vítimas en diversas partes do mundo; a iso agréganse os rexistros de 46.574.910 casos acumulados e 31.113.417 pacientes dados de alta, cifras que corresponden ao día 2 de novembro de 2020, e que como é obvio apenas é un rexistro temporal, dado que as cifras varían día a día. Desde logo que o dereito á vida non é que se menoscabe pola imposición dos mecanismos das declaracións de emerxencia constitucional; é parte da etioloxía da pandemia cobrar vidas humanas, como ocorreu ao longo da propia evolución da humanidade. Recordemos que, xa desde os antigos textos que existen rescatados do mundo antigo, a mítica figura de Hipócrates, nacido en 460 a.C., xa daba

conta da existencia das pestes do mundo antigo¹⁷, epidemias ás cales o célebre médico denominou enfermidades visitantes.

No mundo gótico a historia rexistra unha das máis grandes e letais pestes que assolou os pobos daquelas épocas, cobrando millóns de vítimas coa chamada peste negra¹⁸. É obvio, polo tanto, que o tema da vida é a principal razón de ser de parte dos réximes estatais en todo o mundo, ao tratar de preservala fronte a esta continxencia que forma parte dos “eternos retornos” de cada ciclo de evolución, acaso como consecuencia, esta vez, dos estragos que a civilización xera, coa hiperprodución a escala planetaria, con todo o que supoñen os terribles efectos de contaminación medioambiental, os gases de efecto invernadoiro e as diversas manipulacións que as industrias xeran nas sociedades da externalización e baixo a evolución da cuarta revolución industrial. Non esquezamos que o fenómeno da globalización trouxo unha externalización na cal a explotación dos recursos alleos, a transferencia dos custos a persoas alleas e o acaparamento das ganancias no interior que impide ou obstaculiza o progreso doutros forman unha lóxica perversa do actual sistema capitalista mundial. Ter todo e querer aínda máis, afirmar un benestar a custa de denegárllelo aos demais e afirmar unha vida á custa da morte doutros teñen hoxe máis que nunca un sentido, xa que a socioloxía contemporánea vén furgando con outros lentes inquisidores o fenómeno da globalización que é neste contexto onde xorde un virus letal que puxo o mundo nun cambio radical do modo de vida¹⁹.

A vida non é necesario que sexa proclamada como norma xurídica; é de por si consubstancial ao ser humano e a todo ser vivo que poboa o planeta Terra. Tampouco ten sentido discutir a súa necesaria regulación xurídica, pois no existir, a humanidade construíu un conxunto de razóns de orde política e cultural onde a verdade non sempre se fusiona coa razón. E entón xorde a necesidade da razón para que o dereito proclame a súa necesaria prescrición: que todos teñen o dereito á vida, pois, se lla quitan a alguén, deixa de existir e o proxecto vital da persoa que a vida lle debería deparar queda interrompido. Son millóns os seres humanos cuxas vidas foron obxecto de exterminio no seu proxecto de persoa, cando ben puideron ser persoas excelsas, magníficas e dotadas dun ben para a humanidade²⁰. E, non obstante, hai moitos que poboa a Terra e fan o contrario. Polo tanto, ten sentido que se proclame un “dereito á vida” aínda que esta non requira de norma porque a vida simplemente se vivencia en cada un dos seres, de aí que consideremos que este dereito é de estirpe iusnatural, dado que non require estar positivizado, pois xorde do núcleo irreductible da dignidade humana. Non obstante, razóns prácticas, máis que filosóficas, chegaron a concibir a súa regulación, produto do mal inherente ao ser humano²¹. E é que o dilema da liberdade, que só é consubstancial no humano fronte aos demais seres viventes, leva a que, desde o punto de vista da teoloxía, o humano teña o *libre albedrío* e iso permite na vida o seu tránsito polo camiño do respecto aos demais.

Avishai Margalit propón a distinción entre sociedade decente e unha civilizada. Así, unha sociedade civilizada é aquela cuxos membros non se humillan uns a outros, mentres que unha sociedade decente é aquela cuxas institucións non humillan as persoas²². Hoxe,

este desiderátum na realidade vese menos cumprido. E é que a pandemia desencadea condutas non só da propia institución estatal, senón das propias persoas privadas entre si, e o “adecentamento” anúlase.

Proclamar o dereito á vida foi polos motivos do horror nazi do holocausto e todo o que significou a Segunda Guerra Mundial, pero a historia da humanidade está poboada de millóns de humanos que foron exterminados por razóns diversas, pero que, mirado desde o ángulo da verdade, nunca tiveron fundamento e necesidade do seu exterminio. O ideal é que quen nace morra no seu *debido tempo*; e iso non por factores escuros do poder, senón pola dialéctica que nos outorga a vida, pois no existir téndese inexorablemente ao fenecer.

A quen debe corresponderlle a protección da vida de todos os seres humanos? Ao Estado. O planeta hoxe concíbese organizado territorialmente por Estados. Cada país é un Estado e en cada Estado hai un conxunto de elementos que o conforman: o elemento xeográfico, que é o territorio; o elemento humano, que é o pobo; e o elemento xurídico e político, que é a soberanía e nela o poder político onde, baixo o principio da non intervención e a libre autodeterminación dos pobos, configúrase a soberanía de cada Estado²³. Precisamente porque en cada territorio que conforma un pobo que ten a identidade dunha comunidade de trazos comúns que determinan a nación é o Estado o que a través da súa organización debe protexer a vida das persoas, por este motivo, desde os tratados internacionais en materia de dereitos humanos e desde a lexislación interna, proclámase a súa protección. Recordemos o texto de *Edipo rei*, que resulta hoxe útil que os gobernantes de cada nación o teñan presente, e é que a metáfora alude ao rei que ten deber de coidar a cidade e, como bo gobernante, levar o seu pobo a bo porto. O gobernante actual é o que leva o temón do barco, a metáfora é hoxe novamente providencial: «*Rei meu, xa che dixen e volvo dicircho, / mostraríame como un necio e un tolo / se decidise abandonarte, a ti, / que cando o meu país penaba na tempestade, / fuches o bo vento que o guiou. Ah!, outra vez, / se podes, condúcenos hoxe a bo porto*»²⁴.

É bo tomar como referencia que, tal como o recoñece o propio pensador francés Foucault, “o rei goberna a cidade, pero non os homes da cidade”²⁵. Malia ser responsabilidade estatal preservar a cidadanía da pandemia cunha serie de decisións non só do poder de policía, senón de políticas públicas, a responsabilidade individual de cada persoa é determinante no contexto de preservar a súa saúde, e con iso a súa propia vida; a esta conclusión chegou o sociólogo Ulrich Beck, quen desenvolveu a concepción contemporánea da “sociedade do risco”:

«Calquera persoa con problemas de saúde terá menos oportunidade no mercado laboral e verase enseguida incluída na categoría de “difícil para atoparlle un traballo”. Este é un perigo que nos ameaza potencialmente a todos e que dá orixe a unha nova moral da saúde, que nos insta para que nos armemos de antemán. Cidadáns, protexédevos contra a enfermidade, o accidente e a discapacidade, contra os xermes e os virus! Facédeo ao seu debido tempo, medíndovos e pesándovos, manténdovos en forma e pondo –ou tomando– as inxeccións, pastillas e ampolas vitamínicas axeitadas! Se antes a saúde era

algo que nos era dado e que só exixía reparacións en caso de emerxencia, agora é algo que ten que ser constantemente producido»²⁶. É evidente que os conceptos de “saúde” e “responsabilidade” constitúen dous valores básicos da sociedade individualizada. Os tempos da hipermodernidade impoñen exixencias que forman os retos contemporáneos; a iso súmase a vivencia dun estado de anormalidade que desencadea a pandemia xunto a unha permanente presenza do que Bauman cualifica un Estado de crise que hoxe suca o horizonte de todo o planeta. E é que a crise non só é de orde política, nin económica ou cultural. Trátase dunha crise profunda que implica unha transformación nos propios Estados e que ten as súas raíces no pasado. “Vén de moi atrás no tempo. Para comprendela (e aceptala), debemos remontarnos ás súas causas, conectala co final da modernidade e coa dolorosa travesía por un controvertido período de axuste que demos en denominar posmodernidade”²⁷.

A protección do dereito á vida non só significa protexer o desenvolvemento existencial do individuo, senón que esa protección intenta alcanzar o benestar individual e colectivo. Ao preservarse a vida, a persoa ten a posibilidade e a capacidade de transitar no seu diario existir, isto é, o desenvolvemento que compromete a súa persoa non só como un ciclo biolóxico que se mide no existir ata o seu deceso, senón que nese vivir está xustamente o desenvolvemento. O desenvolvemento non sempre é de alcanzar metas transcendentales. O humano ten na súa tarefa diaria metas vitais para el e os seus. Xa con iso hai un desenvolvemento existencial. Pero tamén a vida está conformada de moitas vivencias e con dimensións boas, que son positivas, pero tamén dimensións malas como experiencias negativas. É parte da vida. Con todo, sexa nas súas dimensións de felicidade ou de sentimentos de tristura, todos sen excepción entran no saco do benestar individual, pois a persoa ten todas as vivencias que a balada da vida lle dá e lle subministra.

Facemos este excursio porque normalmente os ciclos de existencia de cada persoa están suxeitos a unha serie de continxencias; ao final, todas as persoas no seu ciclo vital nalgún momento chegan ao inexorable, como pregoaba Martin Heidegger cando afirmaba que o humano non ten unha *vida auténtica*, pois son os outros os que morren e non un. A pandemia vén xerar precisamente no enclaustramento preventivo desta crise sanitaria reflexións de cada persoa en que nese momento chegan a tomar a dimensión de que existir e a súa propia vida é de seu fráxil e que calquera eventual contaxio pode precisamente significar un risco letal.

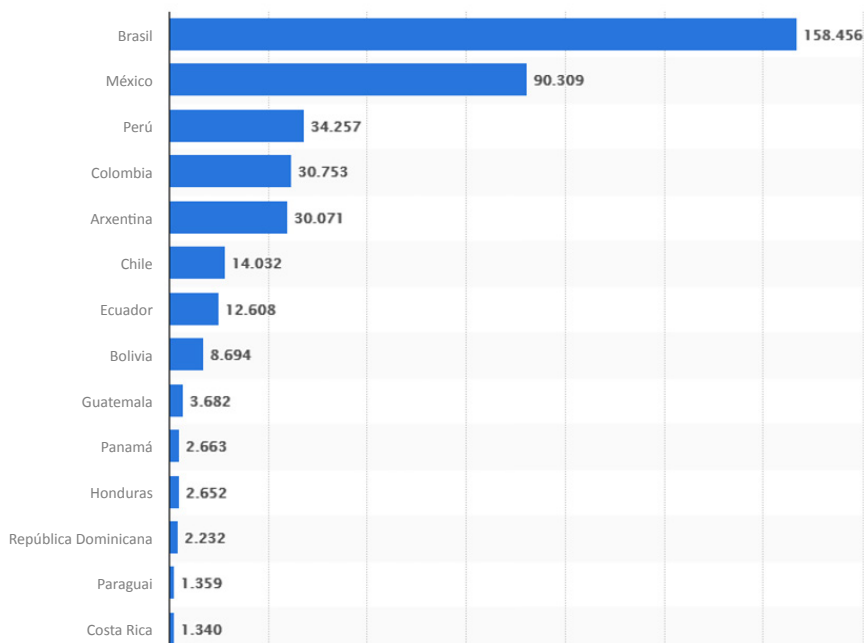
Está claro, pois, que a pandemia que hoxe asola o actual mundo globalizado nos actuais tempos da posmodernidade constitúe un novo ciclo dos longos que tivo a humanidade desde o mundo antigo, o mundo gótico ou medieval e o mundo moderno ou contemporáneo. Precisamente hai case un século, Europa e especificamente a gripe falsamente cualificada como española, pero cuxa etioloxía procedeu dos soldados norteamericanos, trouxeron a peste da gripe que decimou moitas poboacións de España e dos Estados Unidos. Hoxe, o mítico ano cuxo algarismo se repite dobremente: 2020, constituirá para os rexistros da humanidade un *annus horribilis*. Hoxe, o dereito á vida no contexto da pandemia cobrou ata a data en que se rexistra este traballo máis dun millón de mortos

en distintas latitudes do planeta, e a onda de maior vulnerabilidade viñeron sendo os picos de pacientes con COVID-19, que as unidades de coidados intensivos dos centros hospitalarios públicos e privados non puideron atender, producíndose o drama, como se se vivise nun teatro de conflito bélico, de que médicos e enfermeiras tiveron que decidir a quen podían atender e a quen non, tomando como marco de probabilidade os pacientes da terceira idade que non teñen moitas posibilidades de sobrevivir na loita contra este virus. Non se require maior literatura nin elementos empíricos de probas, xa que o rexistro de noticias que viñeron circulando ao longo e ancho de todo o mundo foron de seu dramáticos e os rebrotes poden desencadear novas ondas de afectacións mortais, onde o campo xurídico de preservar como unha declaración dogmática o dereito á vida queda na mera declaración lírica sen efectos prácticos.

Un cadro en tempo real do momento en que isto se escribe amosa as seguintes taxas de morte no mundo: máis de 47,3 millóns de casos e máis de 1,2 millóns de mortes en todo o mundo. O cadro que a seguir se presenta revela a porcentaxe de mortes derivadas da infección por COVID-19.

O número de persoas falecidas a causa do coronavirus (COVID-19) na América Latina en 29 de outubro de 2020²⁸ exprésase no gráfico 1:

Gráfico 1. Número de persoas falecidas a causa do coronavirus (COVID-19) na América Latina



Fonte: es.statista.com

O dereito á vida nos tempos de pandemia, coas correspondentes vítimas do COVID-19, xerou implicitamente outros dereitos dos cales soamente damos conta aquí de forma moi superficial; e o principal é que, por razóns sanitarias e de saúde pública, se veu apreciando un singular feito que afectou a un complexo dereito fundamental que aquí podemos identificar como o *dereito á sepultura*. Isto en razón de que as persoas infectadas non tiveron nos ritos que acompañan o dó outros dereitos colaterais dos parentes, como é velar o seu morto, a misa, os correspondentes funerais e o enterro mesmo; todos estes aspectos que igualmente identifican dereitos de liberdade de relixión, de confesionalidade, liberdade de culto, etc., víronse de feito vulnerados polas restricións que se deron e se veñen dando aos familiares de pacientes falecidos polo virus COVID-19. Polo tanto, reflexionar acerca do dereito á vida en tempos da actual pandemia implica tamén aludir a outros dereitos colaterais que se ven vulnerados, como é especificamente este singular dereito á sepultura que ten toda persoa que falece e que, igualmente impacta nos dereitos morais dos familiares que ven menoscabadas as súas expectativas de afirmar os ritos segundo as súas particulares crenzas. Este dereito, en paralelo ao dereito á vida, poderíamos dicir que é un dereito de *natureza poliédrica*, pois é a suma doutros tantos dereitos como son os da liberdade de conciencia, a liberdade de relixión, a liberdade de culto e a liberdade de crenzas, e é o que precisamente se viu afectado nos tempos de alta crise sanitaria cos miles de mortos que se rexistraron e que o mundo enteiro puido apreciar nas noticias onde as vítimas non puideron ser enterradas, senón cremadas, e os familiares apenas acabaron recibindo as presuntas cinzas dos seus mortos.

4 DEREITO Á LIBERDADE

É probable que a gloria de todo ser humano sexa a procura da súa felicidade; pero para que a poida atopar requírese que a exerza baixo os presupostos da súa liberdade; arredor dela insistiu no seu espléndido ensaio John Stuart Mill²⁹. Hoxe, o mundo enteiro vese asolado con diversas restricións que paralizaron o universo persoal na individualidade e colectividade do ser humano. Atopámonos aquí, sen dúbida ningunha, cun dos primeiros dereitos que se ve menoscabado por todo o que supón vivir nun encerro ou enclaustramento, non por vontade propia, senón polas circunstancias que atravesamos a aldea global coa pandemia. E é que a dimensión planetaria deste fenómeno vén competindo con outras escalas do mundo globalizado, como son os negocios, as finanzas, o comercio tanto como o fluxo da información, así como o tempo acelerado das persoas que, de pronto, a súa vida se ralentiza polo fenómeno do COVID-19³⁰. Desde logo, esta situación é motivo de moitas reflexións no renacer filosófico da actual hipermodernidade. Aínda que non se discute a lexitimidade das restricións á liberdade polo fenómeno viral da pandemia, o enclaustramento nun primeiro momento da primeira onda, en case todos os países, supuxo un confinamento espacial nos seus propios fogares, e o que existiu e probablemente existirá é unha reacción visceral e ata instintiva ás restricións á

liberdade de tránsito, os peches aos diversos locais, bares, restaurantes, espectáculos³¹. Hoxe as noticias son xa lugares comúns: por calquera parte hai protestas polas severas restricións ás liberdades. O que imos realizar é apenas algo máis modesto, describir o impacto da liberdade con todo o que iso presupón.

4.1 Por que a pandemia xera un impacto nos pobos do mundo e na individualidade de cada persoa?

Porque a reacción que fan todos os gobernos é a de aplicar medidas drásticas –das diversas que debe enfrontar a saúde pública– para preservar a súa poboación do ataque viral. Esta reacción é precisamente a corentena e que a prensa veu divulgando baixo o eufemismo do *illamento social*. Se botamos unha mirada ao pasado, na historia e na cultura dos cidadáns, esta política xa existía. Vexamos o que sinala Lewis Mumford das prácticas que se estableceran desde o século XV e que foron definidas pola experiencia do século anterior coa desoladora peste negra, que significou unha impresionante cantidade de mortos en Europa; e desde logo Asia e África:

«Cando era necesario, os casos de enfermidades contaxiosas eran illados fóra das murallas da cidade. Os beneficios do illamento xa foran comprobados polos mosteiros mellor equipados, que desde moito tempo atrás tiñan aseos separados. O establecemento de corentenas para os viaxeiros que chegaban do estranxeiro foi unha das principais innovacións da medicina medieval. Por moito que os viaxeiros as odiasen, estas medidas baseábanse na observación empírica; e a supresión gradual da lepra en Europa, grazas a ese mesmo procedemento de illamento, foi un triunfo en toda regra»³².

É obvio que, dentro deste confinamento dos que tiñan a peste mortal, nos diversos ciclos históricos que enfrontou a humanidade, o encerro obrigatorio significaba na individualidade de cada persoa a restrición á súa liberdade, e non só á liberdade ambulatoria, senón a de diversos dereitos que supuña un encerro, máis alá da sensatez da política imposta para previr maiores estragos.

En tempos antigos e desde a Biblia, existía o confinamento e desterro das persoas que portaban o mal da lepra ou enfermidades coas que sería terrible a convivencia entre “normais”, de aí que co tempo empezasen a construírse no medievo grandes extensións para albergar os leprosos, e isto perdurou ata o século XX en moitos países onde aínda quedan antigas leprosarías.

Non se require aval empírico para saber que a pandemia a nivel mundial afectou a un conxunto de necesidades básicas que, como bens primarios, John Rawls identifica en cinco: a) as liberdades básicas, b) a liberdade de movemento e traballo, c) a posibilidade de ocupar posicións de responsabilidade, d) ingresos e riqueza, e e) as bases sociais do autorrespecto³³. Non pode existir ningunha constitución no mundo occidental que non afirme e consagre pletoricamente a liberdade, entendida esta na súa natureza binaria como *valor* e como *principio*; o primeiro entendido como un *valor superior do ordenamento xurídico*, e aínda que esta afirmación non se atopa explicitamente deseñada nos textos

constitucionais, a súa interpretación como tal foi consagrada intermitentemente polas xurisdicións constitucionais. Pero a liberdade igualmente é concibida como un *principio*, xa que a persoa require o presuposto ontolóxico de ser libre para realizar todo aquilo que non estea prohibido en virtude dunha lei nin obrigado de facer aquilo que a lei non manda. Nesta perspectiva, entendeuse que, así como existe un *contido esencial da liberdade*, o propio entraña un *conxunto de límites* que só pode establecerse a nivel da propia constitución como da interpretación dunha limitación legalmente establecida. É aquí onde precisamente en todo o planeta se activaron os mecanismos dos que forman parte o *dereito constitucional de emerxencia* ou o *de excepción*, en que o exercicio da liberdade, en calquera das súas dimensións, vai estar restrinxido, polas razóns xa establecidas en liñas precedentes. En efecto, todas as constitucións, co fin de salvagardar o ben común, a saúde pública, a orde interna e, acaso, na súa dimensión política, preservar tamén a soberanía, impoñen as restricións no que denominamos *estado de anormalidade* dos Estados. Está de máis sinalar que non todas as persoas van aceptar estas restricións, pero o fundamento radica precisamente en que se vive unha situación extraordinaria que pon en grave risco e perigo a integridade e a estabilidade estatal expresada neste caso na saúde poboacional e, con iso, o dereito á vida de todos os seus habitantes.

No marco destas liberdades fundamentais, en todos os Estados constitucionais se lle sitúa como un valor superior do ordenamento xurídico e foi delimitada baixo a concepción de que ela “non é só un dereito fundamental recoñecido, senón un valor superior do ordenamento xurídico, pero o seu exercicio non é absoluto e ilimitado, pois atópase regulado e pode ser restrinxido mediante lei” (STC 2496-2005-PHC-TC, FX 5). As restricións que se impuxeron en todo o mundo foron baixo os mecanismos das declaracións do dereito constitucional de emerxencia.

O TC recolleu a descrición da liberdade como principio, sostendo que:

«Sobre a base do principio xeral de liberdade, o [...] ser humano, en principio, é libre para realizar todo aquilo que non estea prohibido en virtude dunha lei, nin está obrigado a facer aquilo que a lei non manda. Nese sentido, aínda que as limitacións aos dereitos fundamentais só poden establecerse respectando o principio de legalidade, a interpretación dunha limitación legalmente imposta deberá, ademais, realizarse en termos necesariamente restritivos, atopando vedada a interpretación analóxica, *in malam partem*, das normas que restrinxan dereitos» (STC 2235-2004-AA/TC, FX 8).

Baixo outra óptica, o TC complementa a idea de que a liberdade persoal é unha manifestación do dereito subxectivo que posúe toda persoa:

«O inciso 24 do artigo 2 da Constitución recoñece o dereito fundamental á liberdade persoal. Trátase dun dereito subxectivo en virtude do cal ningunha persoa pode sufrir unha limitación ou restrición á súa liberdade física ou ambulatoria, xa sexa mediante detencións, internamentos ou condenas arbitrarias» (STC 0019-2005-PI-TC, FX 11).

«En canto dereito subxectivo, garante que non se afecte indebidamente a liberdade física das persoas, isto é, a súa liberdade locomotora, xa sexa mediante detencións, internamentos ou condenas arbitrarias. O alcance da garantía dispensada a esta liberdade

comprende fronte a calquera suposto de privación da liberdade locomotora, independentemente da súa orixe, a autoridade ou persoa que a efectuese. Garante, pois, ante calquera restrición arbitraria da liberdade persoal (...)» (STC 1091-2002-HC-TC, FX 2).

Finalmente, no marco do excurso hermenéutico desenvolvido polo TC, interpretouse que o dereito á liberdade persoal non debe significar a afectación doutros valores constitucionais:

«[T]oda previsión que favoreza o dereito subxectivo á liberdade persoal máis alá do seu contido constitucionalmente protexido só resultará válida se non afecta de xeito desproporcionado ao cadro material de valores recoñecido na Carta Fundamental; é dicir, na medida en que non baleire os contidos ou desvirtúe as finalidades que os outros dereitos fundamentais (nas súas dimensións subxectiva e obxectiva) cumpren no ordenamento xurídico ou, en xeral, aquela que cumpren os bens esenciais aos que a Constitución explícita ou implicitamente lles concede protección, por resultaren imprescindibles para a consolidación de todo Estado social e democrático de dereito, e para que este poida facer fronte a toda ameaza contra os principios constitucionais en que se sustenta» (STC 0019-2005-PI-TC, FX 27) .

Está claro que o tema da liberdade persoal debe ser situado baixo os actuais escenarios da pandemia. O seu exercicio non sempre pode ser unha opción na individualidade subxectiva das persoas, pois debe estar condicionado co respecto a outros valores superiores, non na súa restrición absoluta, senón porque o seu propio exercicio non debe afectar a outros valores igual de superiores, como a vida e a saúde do resto da colectividade. Neste contexto, non resulta por exemplo lexítimo que pacientes asintomáticos poidan estar impunemente contaxiando o ser colectivo doutras persoas; é deber legal e moral que garde a súa corentena, co fin de que non sexa portador doutros contaxios, como é o que na realidade hoxe se observa.

E malia ser certo que «A plena vixencia do dereito fundamental á liberdade persoal é un elemento vital para o funcionamento do Estado social e democrático de dereito, pois non só é unha manifestación concreta do valor liberdade implicitamente recoñecido na Constitución, senón que é presuposto necesario para o exercicio doutros dereitos fundamentais (STC 0019-2005-PI-TC, FX 11), este axioma como principio e enunciado constitucional non debe ser un exercicio arbitrario por parte de cidadáns que non gardan outros deberes constitucionais como o deber de promover a saúde pública.

De todo o arriba enunciado non debe tampouco entenderse que as restricións que impoñen actualmente os réximes políticos, baixo o manto de preservar a saúde pública e con iso a vida das persoas, habilita a restrinxir a liberdade locomotora das persoas. Arredor dela está envolta a concepción mesma da seguridade persoal, a mesma que representa a garantía que o poder público ofrece fronte ás posibles ameazas por parte de terceiros de lesionar a indemnidade da persoa ou esvaecer a sensación de tranquilidade e sosego psíquico e moral que debe acompañar a vida coexistencial» (STC 2333-2004-HC/TC, FX 3).

O dereito á seguridade persoal, por outro lado, mantén unha relación coa integridade persoal. «O dereito á integridade persoal entronca co dereito á seguridade persoal, posto que supón a convicción e a certeza do respecto dun mesmo por parte dos demais, xa que se exerce un dereito e se cumpre cos deberes xurídicos» (STC 2333-2004-HC/TC, FX 3). O exercicio da liberdade que ten toda persoa debe correlativamente posuír tamén determinados deberes ou obrigas constitucionais como relacionadas co que hoxe é precisamente o centro de gravitación en todo o mundo: deter os contaxios, e con iso preservar a saúde e a vida das persoas en cada país. Non obstante, unha importante cantidade de académicos veñen exercendo unha actitude libérrima de que non debe restrinxirse por ningún motivo a liberdade locomotora e outros aspectos conexas a ela, posto que constitúe unha legalidade sen sustento de lexitimidade. Esta postura non nos parece precisamente lexítima, xa que, por principio, os mecanismos dos réximes de excepción ou de emerxencia que teñen os gobernos lles permiten restrinxir as ditas liberdades fronte a contingencias como a crise sanitaria derivada da pandemia. O que si se aprecia na dinámica dos Estados é que moitas liberdades se ven mediatizadas, sen fonte normativa constitucional, nin moito menos por norma de rango legal, senón de natureza infralegal. Estes feitos que non escapan ás imprevisións normativas sitúanse no marco das mutacións constitucionais, o que non impide que, nalgúns casos, as restricións debeñan en desconstitucionalizacións. É dicir, excesos sen fundamento de orde constitucional.

En todas as constitucións se recoñece que toda persoa ten dereito á liberdade e á seguridade persoal. A partir de aí precísanse diversos enunciados como, por exemplo:

- Ninguén está obrigado a facer o que a lei non manda nin impedido de facer o que ela non prohibe. Trátase da consagración da liberdade persoal como un *dereito subxectivo*; e, por outra banda, do dereito á *seguridade persoal* que representa a garantía que o poder público ofrece fronte a eventuais ameazas por terceiros que lesionen a indemnidade da persoa ou esvaezan a sensación de tranquilidade e sosego psíquico e moral que debe acompañar unha vida de coexistencia. Finalmente, este parágrafo implica tamén o principio de *seguridade xurídica* que subxace en todo o sistema xurídico como previsibilidade.

Noutras palabras, toda persoa no exercicio da súa liberdade vai ter os límites que a propia constitución establece. E é así como, eventualmente pola excepcionalidade en que se vive, se o goberno dispón unha determinada prohibición que nun *estado de normalidade* resultaría inconstitucional, nesta excepcionalidade, ao restrinxir a norma “algo” que afecte á liberdade, esta debe ser baixo o marco dunha norma legal e non *infralegal*. Con todo, os decretos do executivo (decreto supremo), ao teren un sustento de fonte na constitución, só habilitan a restrición da liberdade de tránsito conectada co artigo 137, que establece o estado de emerxencia.

- Non se permite forma ningunha de restrición da liberdade persoal, salvo nos casos previstos pola lei. Trátase aquí de límites explícitos á liberdade persoal.

- Ninguén será procesado nin condenado por acto ou omisión que no momento de cometerse non estea previamente cualificado na lei, de xeito expreso e inequívoco, como infracción punible, nin sancionado con pena non prevista na lei. Trátase do principio

nullum crime nulla poena sine lege, e comprende o principio de legalidade nunha trimembre exigencia: a existencia dunha lei (*lex scripta*), que a lei sexa anterior ao feito sancionado (*lex praevia*) e que a lei describa un suposto de feito estritamente determinado (*lex certa*). Este principio constitucional, na dinámica dos réximes de excepción pola pandemia, de feito, viuse menoscabado, dado que foron os gobernos (órgano executivo) os que viñeron establecendo unha variada e heterodoxa normatividade infralegal que menoscabou o dito principio de legalidade.

- Ninguén pode ser detido senón por mandamento escrito e motivado do xuíz ou polas autoridades policiais en caso de flagrante delito. Esta norma (art. 2.11) é a que precisamente constitúe unha excepcionalidade onde unha norma infralegal –o decreto supremo que declara a emerxencia, ou as normas que regulan ou declaran o toque de queda– restrinxe unha liberdade básica, e iso pode levar a deter unha persoa, aínda que non estea a cometer un delito (flagrancia delituosa). Esta é outra manifestación que se veu observando na dinámica dos réximes políticos da América Latina e, certamente, por que non dicilo, en países europeos.

Este precepto constitúe o núcleo reitor principal da limitación á liberdade persoal, e alude aos requisitos ou presupostos que debe constitucionalmente ter unha *detención preventiva*: mandamento escrito e motivado do xuíz; un máximo de corenta e oito horas de detención policial e a súa excepcionalidade prevista en casos de terrorismo, espionaxe ou tráfico ilícito de drogas.

- Ninguén pode ser incomunicado senón en caso indispensable para o esclarecemento dun delito, e na forma e polo tempo previsto na lei. Un réxime de excepción non habilita unha persoa a que sexa incomunicada, se vemos viandantes con certa irresponsabilidade que transitaron en toque de queda. Ata que punto unha persoa pode no seu enclausramento virtualmente obrigatorio ser obxecto dalgunha violencia psíquica ou moral por parte do Estado ao prohibir as saídas das persoas ao establecer o illamento social? Este illamento pode significar unha sorte de claustrofobia e que iso explique por que moitas persoas saen da casa, sabendo que as forzas da orde as van deter? Isto é o que precisamente aconteceu nos primeiros meses das emerxencias constitucionais cos toques de queda da prohibición de transitar.

O tema desde logo non se esgota nos ámbitos xurídicos, e require unha explicación e mirada interdisciplinaria fundamentalmente da psicoloxía e da socioloxía.

Aínda que se pregoe o illamento social, de feito, isto trae consecuencias dunha desigualdade na poboación; nas redes pódese apreciar como, fronte ás persoas que saen, xorde o estigma mediático do reproche por unha presunta irresponsabilidade, e así obsérvase en diversos países centos e miles de cidadáns que foron detidos por non respectar o estado de emerxencia e as restricións de saída. Non obstante, máis alá desta explicación estritamente xurídica, é sociolóxico e psicolóxicamente explicable que moitas persoas saian porque a súa vivenda non lles permite ter unha cobertura dun benestar como o teñen outras persoas de ingresos económicos maiores; salta aquí outro impacto no eido da liberdade que é a gran desigualdade social dos que *poden* soportar

un autoencerro, contando para iso co confort que lle brinda a privacidade do seu fogar, fronte a unha gran maioría que se ven lamentablemente obrigados a oxixenarse baixo o escape dunha breve saída para amortecer aspectos de orde psicolóxica que xera o estrés e as *emocións* básicas que flúen nas persoas, desde o medo, a ira, a alegría, a tristura, o noxo ou a sorpresa, emocións que desencadean unha serie de *sentimentos* tales como a culpa, a vergoña, o odio ou a envexa, entre outros aspectos³⁴.

5 DEREITO Á IGUALDADE

Un dos dereitos da primeira xeración que no marco da pandemia e arredor das restricións que se impoñen en todo o mundo baixo os marcos das declaracións dos réximes de excepción é, sen dúbida ningunha, o tema da igualdade. Aparentemente trataríase de situacións de discriminación que se presentan en diversos países, ao fío das emerxencias sanitarias. Non obstante, o tema ten unha maior complexidade, sobre todo no campo laboral respecto aos traballadores; igual sucede con persoas xurídicas que se ven afectadas por determinadas políticas estatais que tratan de enfrontar a crise que xera en diversas esferas a pandemia.

Como se sabe, o tema da igualdade preséntasenos como un principio constitucional e á vez como un dereito subxectivo que garante o trato igual aos iguais e desigual aos desiguais³⁵. Este enunciado, na práctica, dilúese con diferentes formas de mutación constitucional que impón este inusual feito do mortal virus.

Cómpre sinalar que todos os modelos das constitucións occidentais consagran dúas grandes vertentes: o *principio de igualdade* e o *dereito á igualdade*. A igualdade, en canto principio, é un dos piares da orde constitucional que permite a convivencia harmónica en sociedade. Pola súa parte, a igualdade, en canto dereito, implica unha exixencia individualizable que cada persoa pode opor fronte ao Estado para que este o respecte, protexa ou tutele³⁶.

A igualdade é un *principio-dereito* que instala as persoas, situadas en idéntica condición, nun plano de equivalencia. Iso implica unha conformidade ou identidade por coincidencia de natureza, circunstancia, calidade, cantidade ou forma, de tal xeito que non se establezan excepcións ou privilexios que exclúan unha persoa dos dereitos que se lle conceden a outra, en paridade sincrónica ou por concorrencia de razóns³⁷.

A igualdade como principio presume a afirmación *a priori* e apodíctica da homologación entre todos os seres humanos, en razón da identidade de natureza que o dereito estatal se limita a recoñecer e garantir.

Esa igualdade implica o seguinte: a) a abstención de toda acción lexislativa ou xurisdiccional tendente á diferenciación arbitraria, inxustificable e non razoable, e b) a existencia dun dereito subxectivo destinado a obter un trato igual, en función de feitos, situacións e relacións homólogas³⁸.

En canto principio, constitúe o enunciado dun contido material *obxectivo* que, como compoñente axiolóxico do fundamento do ordenamento constitucional, vincula de modo xeral e se proxecta sobre todo o ordenamento xurídico. En canto dereito fundamental,

constitúe o recoñecemento dun auténtico dereito subxectivo, isto é, a titularidade da persoa sobre un ben constitucional, a igualdade, opoñible a un destinatario. Trátase do recoñecemento dun *dereito a non ser discriminado* por razóns proscritas pola propia constitución (orixe, raza, sexo, idioma, relixión, opinión, condición económica) ou por outras (“motivo” “de calquera outra índole”) que, xuridicamente, resulten relevantes.

En canto constitúe un dereito fundamental, o mandato correlativo derivado daquel, respecto aos suxeitos destinatarios deste dereito (Estado e particulares), será a *prohibición de discriminación*. Trátase, entón, da configuración dunha prohibición de *intervención* no mandato de igualdade³⁹.

Por outro lado, reconeceuse unha *dobre faceta* arredor deste dereito: *igualdade ente a lei e igualdade na lei*. A primeira delas quere dicir que a norma debe ser aplicable por igual a todos os que se atopen na situación descrita no suposto da norma, mentres que a segunda implica que un mesmo órgano non pode modificar arbitrariamente o sentido das súas decisións en casos substancialmente iguais e que, cando o órgano en cuestión considere que debe apartarse dos seus precedentes, ten que ofrecer para iso unha fundamentación suficiente e razoable⁴⁰.

As xurisdicións constitucionais latinoamericanas adoitan desenvolver a igualdade e o *concepto de diferenciación*. O principio de igualdade non lle impide ao operador do dereito determinar, entre as persoas, distincións que expresamente obedezan ás diferenzas que as mesmas circunstancias prácticas establecen de xeito indubidable.

Un texto normativo é coherente cos alcances e co sentido do principio de igualdade cando o seu imperio regulador se expande a todas as persoas en virtude de non acreditar ningún indicio de discriminación e cando, logo de satisfacer a devandita prioridade, adxudica beneficios ou castigos diferenciadamente a partir de trazos distintivos relevantes. Nese mesmo contexto, é igualmente aceptable para o dereito que a pauta basilar da igualdade estea subordinada ao desenvolvemento pleno doutros principios constitucionais, valorados como de superior xerarquía en circunstancias específicas e concretas.

A existencia dunha diferente regulación normativa ou dun trato distinto, derivada da interpretación-aplicación da lei, debe ser apreciada en relación coa finalidade e cos efectos da medida legal adoptada sobre a materia. O establecemento dunha diferenciación xurídica debe perseguir un resultado xurídico lexítimo, á luz da moral e dos valores do dereito.

Ademais diso, a finalidade debe ser concreta, palpable e verificable nas súas consecuencias efectivas.

A diferenciación debe perseguir unha intencionalidade lexítima, determinada, concreta e específica, cuxo fin sexa a consecución ou o aseguramento dun ben ou valor constitucional, ou dun ben ou valor constitucionalmente aceptable. É dicir, deberá asentarse nunha xustificación obxectiva e razoable, de acordo con atinados xuízos de valor xeralmente aceptados. Nese sentido, non cabe falar validamente dun proceso diferenciador de trato cando este se basea en supostos de feito ou en situacións subxectivas. A diferenciación implica unha relación efectiva entre o trato desigual que se establece, o suposto de feito e a finalidade que se persegue alcanzar⁴¹.

Pode este dereito á igualdade verse menoscabado ou afectado a partir do fenómeno viral do COVID-19 sumado aos mecanismos gobernamentais dunha declaración de emerxencia? Desde logo estimamos que si; basta con evidenciar a nivel da información global como moitas persoas non puideron ter acceso aos servizos de sanidade pola excesiva demanda dos aparellos que permiten a respiración mecánica dos pacientes en alto risco. Pódese facer toda unha cartografía de experiencias que representan a afectación da igualdade. O caso dos servizos públicos ou privados constitúe unha clara evidencia de que nas estruturas sociais reais hai unha gran desigualdade por razóns económicas, por exemplo nos servizos de calidade que brindan as clínicas privadas fronte aos hospitais públicos; tamén o tema da igualdade compromete experiencias tanxibles como as seguintes:

a) Cidadáns estranxeiros que non poden ingresar no marco do dereito á liberdade de tránsito a territorios soberanos e nacionais doutros países porque así o dispoñen estas emerxencias constitucionais.

b) Cidadáns nacionais que están en territorios estranxeiros e que os colle a declaración oficial da pandemia pola OMS e desexan retornar aos seus países de orixe, o que significa exercer a liberdade de tránsito (cuxa liberdade se expresa en tres dimensións, que é transitar polo territorio nacional, saír del e entrar nel), e que polas limitacións de razóns de sanidade non poden retornar, igual que os estranxeiros non poden entrar⁴².

c) Malia a non confesionalidade dos Estados, precisamente por seren laicos, televísanse celebracións de misas católicas sen posibilidade de que se reúnan e exerzan, no marco da liberdade de culto, outras manifestacións relixiosas.

d) Aprécianse casos de transexuais cuxa identidade é requirida polas forzas da orde, presentándose os dilemas de transexuais varóns ou mulleres que deben transitar en días establecidos para homes e mulleres.

e) Cidadáns nacionais que, atopándose na capital ou noutros lugares, ao imporse a declaración de emerxencia no seu propio país e o toque de queda ou a restrición da liberdade ambulatoria, xa non poden retornar a estar cos seus e vense dramaticamente nas rúas, como aconteceu no Perú e noutros países latinoamericanos, con miles de persoas sen poderen exercer o dereito á liberdade de tránsito, afectándose con iso este dereito específico.

A igualdade nestes tempos da pandemia chegou a apelar nos servizos sanitarios, onde é sabido que os médicos e as enfermeiras optaron por atender e salvar na UCI os pacientes máis novos antes que pacientes críticos da terceira idade. Esta situación aplicouse nos picos onde a sobrepoboación de pacientes non puido ser cuberta pola atención hospitalaria, e este problema non foi só na rexión da América Latina, senón que se observou nos primeiros escenarios de países europeos e logo viviuse nos nosos.

Ben se dixó que esta pandemia non ten clase social, pois atacou pobres e ricos, nobres e *plebeos*, e, a nivel das altas esferas do poder, púidose apreciar como altos mandatarios e xefes de Estado contraeron COVID-19. Non obstante, máis alá desta gráfica visión maniquea e simplista, na práctica é posible que exista unha diferenciación no tratamento das persoas en función das coberturas dos que posúen maiores ingresos.

Un dos temas que se van ver manifestamente violados a partir deste principio de igualdade é a presenza da *arbitraria exclusión de beneficios*, que conceptualmente significa que o Estado establece determinadas políticas, outorgándolles dereitos, preeminencias ou certos beneficios a determinadas persoas ou entidades, institucións ou empresas e, habendo outras que están en igualdade de condicións, a dita cobertura de beneficios non os alcanza. Aquí, por exemplo, esta *arbitraria exclusión de beneficios* exprésase fundamentalmente nas empresas vencelladas a temas tributarios ou de libre iniciativa privada, liberdade de competencias, préstamos bancarios; os servizos de atención médica nos hospitais públicos e clínicas privadas; estas últimas que estableceron a atención de pacientes de COVID-19 con sumas absolutamente altas e desproporcionadas, as compras de medicina vinculadas aos tratamentos do coronavirus de persoas solventes; a imposibilidade de acceder a unha sala de coidados intensivos, xerando na práctica miles de mortos por todas as partes, e un arquipélago de temas vinculados ao ámbito económico. Un caso concreto témolo no desembolso que fai o Estado peruano de tres mil millóns de soles, co fin de que a banca privada poida xerar préstamos a empresas privadas; non obstante, ao final impóñense unha serie de requisitos que lles impiden á maioría de pequenas empresas e microempresas acceder a eses créditos.

Está claro, polo tanto, que en todos os países do mundo a situación dun estado de anormalidade estatal, con toda esa complexa dinámica restritiva de dereitos e liberdades nas persoas, produce violacións colectivas deste tipo de liberdades e dereitos, como o tema paritario da igualdade e non discriminación. Quedará para futuros estudos sociolóxicos e xurídicos máis específicos realizar traballos máis pormenorizados desta realidade que vive o mundo.

6 DEREITOS LABORAIS

Un dos impactos deste complexo fenómeno mundial do COVID-19 é precisamente que o mundo detivo a súa cadea de produción de moitos bens e servizos, confinando a poboación a recalar nas súas casas. Esta situación desencadea unha serie de problemas, tanto nas empresas como nos traballadores. Un deles que empeza inmediatamente a observarse é a restrición que supón o traballo en si. O que a continuación vén é un conxunto de dereitos laborais que se ven afectados polo impacto da pandemia que hoxe se vive en tempo real a nivel planetario. Actualmente débátese diversos temas vencellados ao sector empresarial e ao sector laboral e sobre os que aquí facemos unha breve análise.

6.1 O traballo como deber e como dereito

O artigo 22 estableceu unha concepción bidimensional do traballo: como un dereito e como un deber. Polo primeiro interpretouse que o seu contido esencial presupón dous aspectos: o de acceder a un posto de traballo; e, polo outro, o dereito a non ser despedido se non é por causa xusta. Igualmente, dentro do dereito ao traballo englobábase a *liberdade de traballo*, que comprende a libre determinación de cada persoa para dedicarse a unha ou máis actividades que pode despregar co fin de afirmar a realización persoal. Igualmente

interpretouse o *contido* a esta liberdade afirmándose en detalle que non só comprende o dereito de toda persoa a seguir a vocación que mellor responde ás súas expectativas, isto é, á libre elección do traballo, senón á liberdade para aceptar ou non un traballo, e á liberdade para cambiar de emprego. Esta prédica normativa desde logo hoxe vese como unha mera declaración lírica, dado que a forza normativa das constitucións en todos os países afectados pola pandemia non permite obxectivamente garantir este tipo de cláusulas que corresponden aos dereitos da segunda xeración.

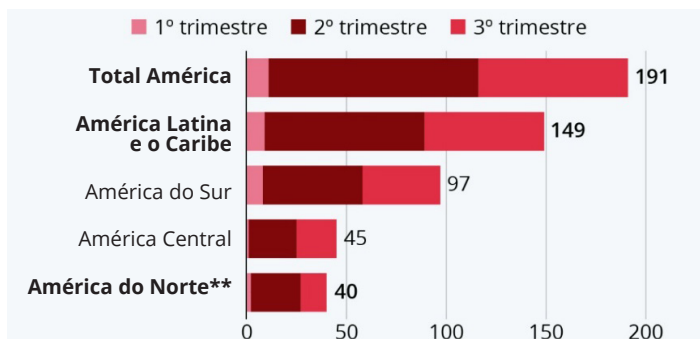
No que atinxe ao deber ao traballo, debe entenderse que toda persoa ten entre as súas obrigas constitucionais a de traballar con miras a afirmarse como persoa xa que este deber dignifica o ser humano. De aí o dito de que o traballo “é base do benestar social e un medio de realización da persoa”.

Non obstante, máis alá da conceptualización xurídica deste dereito que aquí describimos, os tempos da hipermodernidade xeraron a era da *sociedade da positividade* e hoxe obsérvase que o *homo laborans*, que é o que vive do seu traballo, como non podía ser doutro xeito, de pronto entra nunha crise porque os réximes de excepción por razóns de sanidade e salubridade da dita pandemia non permiten que os traballadores vaian precisamente aos seus centros laborais. A filósofa Hanna Arendt sinalou que «nos atopamos coa perspectiva dunha sociedade de traballadores sen traballo, é dicir, sen a única actividade que lles queda». Está claro que nada podía ser peor. O que hoxe se vive si é algo peor. E o escenario non só é para o traballador *homo laborans*, senón tamén para o empresariado. Ambos os dous non poden desenvolver as súas actividades. E a pregunta é: ata cando? E a resposta será: ata que a tormenta da pandemia dea visos de que a contaminación pode ser xa controlada; que as infraestruturas dos servizos de saúde poden darlles a cobertura aos infectados en termos de calidade. Mentres isto non suceda e siga unha impresionante cantidade de contaxios e mortes en función da ratio da poboación, dedúcense as porcentaxes e apreciarase se a situación segue a ser de emerxencia para manter o réxime de excepción. O traballo queda supeditado na casa segundo sexa a súa natureza; os empresarios quizais terán que establecer unha imaxinación para volverse reinserir a través de recambios e non sufrir o colapso económico que xera a cadea de non pagamentos. Actualmente, preséntanse récords históricos de desempregos; só nos Estados Unidos nos inicios da pandemia cada semana viñéronse xerado preto de 8 millóns de desempregos, e a curva de desemprego en todo o mundo é demoledora, pois trátase doutro colapso que xera a pandemia, mesmo cando os réximes de emerxencia e de excepción xa non se manteñan, pero a pandemia segue a súa tormenta viral, deixando mortes e contaxios.

Pero este fenómeno que vive a humanidade, todo en tempo real, leva a reflexionar sobre a condición humana, pois o humano vive baixo unha realidade que el mesmo construíu co seu traballo; non obstante, a capacidade heurística e creativa a partir destas experiencias do século XXI obrigarán a reinventarse. O consumismo que asola os tempos actuais probablemente entre nun declive e levará nun futuro moi próximo a que moitas *modalidades de traballo* se reestructuren. Vexamos, a propósito, o que hoxe existe acerca diso.

6.2 Empregos perdidos na América Latina produto da pandemia⁴³

Gráfico 2. Perda considerada de empregos no continente americano en 2020 (en millóns)*



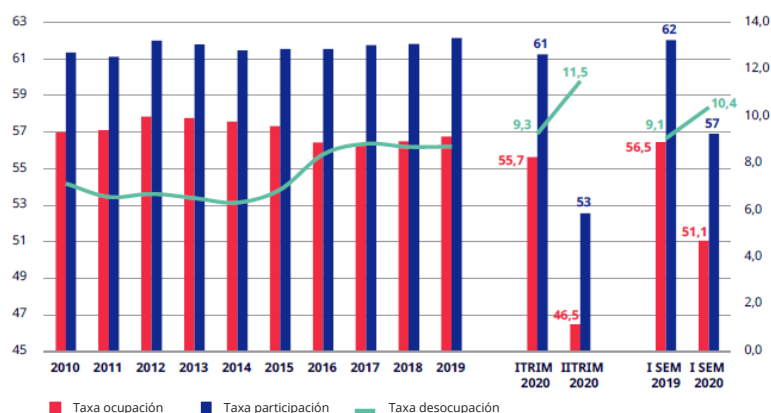
Fonte: OIT.

* Empregos a tempo completo (48 horas semanais) perdidos, con respecto ao 4.º trimestre de 2019. Estimacións do 23 de setembro de 2020.

** Exclúe México.

6.3 Taxa de ocupación, taxa de desocupación e taxa de participación económica. Nove países da América Latina, 2010-2020 (en porcentaxe)⁴⁴

Gráfico 3. Taxa de ocupación, taxa de desocupación e taxa de participación económica. Nove países da América Latina, 2010-2020 (en porcentaxe)



Fonte: SIALC/OIT.

Táboa 1. Variación na taxa de ocupación e tránsitos cara ao desemprego ou fóra da forza de traballo. Nove países da América Latina, I trimestre-II trimestre 2020

| PAÍS | Tasa de ocupación | | | Porcentaje de tránsitos desde la ocupación hacia: | | |
|--------------|-------------------|--------------|-------------|---|---------------------------|-------------|
| | I Trimestre | II Trimestre | Var. (pp) | Desocupación | Fóra da forza de traballo | Total |
| Argentina | 52,5 | 42,8 | -9,7 | 2% | 98% | 100% |
| Brasil | 53,5 | 47,9 | -5,6 | -1% | 101% | 100% |
| Chile | 57,3 | 45,6 | -11,8 | 11% | 89% | 100% |
| Colombia | 53,8 | 43,7 | -10,2 | 34% | 66% | 100% |
| Costa Rica | 55,5 | 43,7 | -11,8 | 51% | 49% | 100% |
| México | 57,8 | 47,0 | -10,8 | 3% | 97% | 100% |
| Paraguai | 65,6 | 61,6 | -3,9 | -15% | 115% | 100% |
| Perú | 66,6 | 41,3 | -25,3 | 2% | 98% | 100% |
| Uruguai | 55,6 | 52,9 | -2,8 | -14% | 114% | 100% |
| TOTAL | 55,7 | 46,5 | -9,2 | 6% | 94% | 100% |

Fonte: SIALC/OIT

Respecto a táboa 1, a OIT explica oficialmente que «presenta a variación da taxa de ocupación entre o primeiro e segundo trimestre deste ano desagregada para os 9 países considerados. Así mesmo, compútase a porcentaxe que o aumento na cantidade de persoas desocupadas e o incremento daquelas fóra da forza de traballo representan na caída do número de ocupados. Obsérvase que a redución do emprego se traduciu en masivas saídas netas da forza de traballo, representando estes tránsitos o 94% da perda total de postos de traballo. O 6% restante tradúcese en aumentos no volume de persoas desempregadas. Os casos de Paraguai e Uruguai mostran unha diferenza co resto dos países, xa que neles o número total de desocupados mesmo diminuíu (tamén no Brasil, aínda que moi debilmente), polo que o único grupo que aumentou de forma neta foi a poboación non economicamente activa».

7 O DEREITO Á SAÚDE

Estamos aquí ante un dos dereitos fundamentais máis relevantes que se ven menoscabados polo fenómeno mundial do coronavirus, que, ao ter cobertura en todo o planeta, a OMS declarou oficialmente como pandemia. Non cabe dúbida de que este dereito constitúe o eixe, centro e fin que os Estados se impoñen preservar; e, como consecuencia diso, o dereito á vida.

O dereito á saúde comprende a facultade que ten todo ser humano de manter a normalidade orgánica funcional, tanto física como mental, e de restablecerse cando se presente unha perturbación na estabilidade orgánica e funcional do seu ser, o que implica, polo tanto, unha acción de conservación e outra de restablecemento, accións que o Estado debe protexer tratando de que todas as persoas, cada día, teñan unha mellor calidade de vida, para o cal debe investir na modernización e no fortalecemento

de todas as institucións encargadas da prestación do servizo de saúde, debendo adoptar políticas, plans e programas nese sentido⁴⁵.

Máis recentemente, o TC ampliou o espectro deste dereito básico, sinalando que «o dereito á saúde comprende unha serie de posicións iusfundamentais que van desde o dereito aos servizos de saúde ata o dereito a que os determinantes sociais non impidan gozar dunha boa saúde (STC 0033-2010-PI/TC, FX 34). Pola súa vez, estas dúas posicións iusfundamentais, por exemplo, teñen algunhas exixencias específicas que forman parte do contido constitucionalmente protexido do dereito á saúde. No caso do dereito aos servizos de saúde, conforme o precisou a Observación Xeral n. 14 do Comité de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais (CDESC) sobre “O dereito a desfrutar do máis alto nivel posible de saúde”, este dereito supón que os servizos de saúde brindados polo Estado para gozar deste dereito teñan as características de dispoñibilidade, accesibilidade (que pola súa vez inclúe non discriminación, accesibilidade física, accesibilidade económica e acceso á información), aceptabilidade e calidade (parágrafo 12)»⁴⁶. Lamentablemente, esta mirada que expresa o Tribunal Constitucional constitúe acaso un desiderátum, pois nos feitos a presenza do COVID-19 espíu a maior parte de países da rexión, que non contan con estruturas sanitarias reais para poderen enfrontar o problema da saturación de pacientes afectados polo coronavirus.

7.1 Protección do dereito á saúde

É evidente que unha das políticas como deber estatal que teñen os Estados na súa actividade cotiá é protexer este dereito fundamental, que é, despois do dereito á vida, o presuposto ontolóxico para o exercicio dos restantes dereitos das persoas, pois a través da súa protección garántese o exercicio da vida cotiá das persoas e que afirmen os seus proxectos como tales. É neste contexto no cal a pandemia desencadea como reacción estatal unha protección cualitativa e cuantitativamente en forma máis estruturada, e é que a protección do dereito á saúde se relaciona coa obriga por parte do Estado de realizar todas aquelas accións tendentes a previr os danos á saúde das persoas, conservar as condicións necesarias que aseguren o efectivo exercicio deste dereito e atender, coa urxencia e eficacia que o caso exixa, as situacións de afectación á saúde de toda persoa, prioritariamente aquelas vinculadas coa saúde dos nenos, adolescentes, nais e anciáns, entre outras⁴⁷.

No marco dun Estado social e democrático de dereito, a saúde é un dereito constitucional de carácter indiscutible, o que descarta a discrecionalidade, polo que é deber do Estado adoptar as medidas pertinentes para a satisfacción do dereito. Así o puxo de relevo no fundamento 7 a STC 2945-2003-AA/TC: «(...) Ou a saúde é un dereito constitucional indiscutible e, como tal, xerador de accións positivas por parte dos poderes públicos, ou simplemente se trata dunha opción de actuación discrecional e, como tal, prescindible de acordo coa óptima dispoñibilidade de recursos. Entre as dúas alternativas, e polo que xa se puntualizou, o Estado social só pode ser compatible coa primeira das descritas, pois resulta inobxectable que, alí onde se recoñeceu a condición

fundamental do dereito á saúde, deben promoverse, desde o Estado, condicións que o garantan de xeito progresivo, e que se lle dispense protección adecuada aos que xa gocen del»⁴⁸.

7.2 Número de camas UCI na América Latina en 31 de maio de 2020⁴⁹

Á marxe da presenza da pandemia, o que esta revelou en todas as estruturas sanitarias da América Latina foi a grave irresponsabilidade sistemática de todos os gobernos que ao longo de décadas viñeron postergando manifestacións concretas dos dereitos económicos, sociais e culturais, como é neste caso o dereito á saúde, e sobre todo a cobertura e a súa protección sanitaria a partir dunha infraestrutura da cal deben dotalas os Estados co fin de que a súa poboación poida preservarse das continxencias patolóxicas que, neste caso, exponencialmente se acrecentaron, chegándose a xerar unha crise sanitaria real sen precedentes ao longo de case un século. No fondo, esta incuria goberamental ten unha manifestación dunha inconveniencia e inconstitucionalidade por omisión, xa que todas as constitucións establecen mandatos imperativos de desenvolver políticas públicas específicas no campo da saúde e da salubridade da poboación. Neste contexto está claro que a pandemia o que fixo é espir e revelar outro fenómeno máis: o estado de cousas inconstitucionais e inconveniencias que se presentaron nesta crise desencadeada pola pandemia e cuxa nula cobertura sanitaria xerou máis dun millón de mortes en todo o mundo.

Táboa 2. Número de camas UCI na América Latina

| País ▲ | Nro. camas UCI | | Nro. camas UCI por 100 mil habitantes | | Nro. de ventiladores mecánicos ▲ |
|------------|-----------------|-----------------|---------------------------------------|-----------------|----------------------------------|
| | Antes ▲ | Al 31/05/2020 ▲ | Antes ▲ | Al 31/05/2020 ▲ | |
| Argentina | 8.444 | 11.500 | 19,0 | 25,8 | Sin información |
| México | 2.446 | 31.023 | 2,0 | 24,8 | 10.401 |
| Chile | 1.229 | 2.107 | 7,0 | 12,0 | 3.001 |
| Colombia | Sin información | 3.289 | Sin información | 6,8 | 2.817 |
| Perú | 276 | 1.573 | 0,9 | 4,9 | 1.418 |
| Guatemala | Sin información | 634 | Sin información | 4,3 | 676 |
| Bolivia | Sin información | 490 | Sin información | 4,2 | Sin información |
| Ecuador | 259 | 480 | 1,5 | 2,7 | 663 |
| O Salvador | 80 | 145 | 1,2 | 2,2 | 547 |
| Venezuela | 1.213 | Sen información | 3,8 | Sen información | Sen información |

Fonte: www.saludconlup.a.com

7.3 Saúde dos reclusos

Outro dos temas que pouco se tratou na maioría dos países afectados pola pandemia é o da saúde das persoas que se atopan nos centros penitenciarios; por principio, como sostén a dogmática penal, os que infrinxen unha norma que protexe un ben xurídico determinado deben recibir unha sanción cuxa *ultima ratio* é a privación da súa liberdade; non obstante, isto non significa que a reclusión deba desencadear continxencias do risco a contraer o virus mortal, de aí que tamén os reclusos teñan o seu dereito constitucional á saúde igual que calquera persoa. Pero, neste caso, é o Estado o que asume a responsabilidade pola saúde dos internos. Existe, en consecuencia, un deber de non expolos a situacións que puidesen comprometer ou afectar á súa saúde. Por esta razón, o Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado da dirección e administración do sistema penitenciario, é o responsable de todo acto que puidese pór en risco a saúde das persoas recluídas e debe, polo tanto, proporcionar unha axeitada e oportuna atención médica. Así mesmo, ante esta situación, o Estado debe asumir unha política pública que non só estea orientada a velar pola saúde das persoas recluídas, senón tamén a que as condicións en que se cumpre condena harmonicen coa dignidade da persoa e non acaben afectando a outros dereitos fundamentais⁵⁰. Esta postura que interpretou o TC peruano, non obstante, debe ser relativizada, dado que é o Estado no seu conxunto o ente responsable pola saúde e salubridade de todas as persoas, estean na súa condición de liberdade ou en reclusión. De aí que os gobernos actuais, alí onde os centros penitenciarios teñen unha sobrepoboación, deban realizar un conxunto de accións que permitan que moitas persoas poidan saír vía políticas de indulto. Por exemplo, formulouse sobre as persoas condenadas por delitos de omisión alimentaria; igual debe ser para as persoas que padecen enfermidades terminais, adultos maiores vulnerables; e mesmo lles corresponde aos lexisladores dos parlamentos establecer a despenalización de persoas que aínda non teñen condena e se atopan en condición de prisións preventivas, dado que xa a propia Corte IDH estableceu os requisitos que debe presentar esta situación, que constitúe dentro do marco das políticas criminais a excepción e non a regra.

Aquí consideramos que corresponde establecer un conxunto de políticas de emerxencia que deben significar o indulto para persoas de determinada idade que ben pode manexalo o Ministerio de Xustiza para as persoas da terceira idade ou adultos maiores que constitúen persoas de alto risco de contraer enfermidades que pode significar o contaxio do coronavirus. Esta política correspóndelle ao executivo, dado que existe como prerrogativa constitucional o dereito de graza expresado tanto no indulto como na amnistía. Sendo o primeiro prerrogativa e competencia do executivo onde significa perdón, pero non esquecemento, das persoas condenadas, sobre todo por delitos comúns, en cambio a amnistía constitúe unha facultade competencial do lexislativo e, polo xeral, constitúe o perdón e o esquecemento das persoas que cometeron delitos de natureza político-social.

7.4 Dereito á saúde mental

Un dos fenómenos que trae consigo o enclaustramento nestes tempos da pandemia do século XXI é inevitablemente, para moitas persoas, un grave impacto na saúde mental. E iso porque os niveis de estrés, angustia, ansiedade, pánico e todo un complexo mundo de fobias que trae a posmodernidade desencadeou novos problemas, xa non só virais, senón neuronais, e que recentemente foron obxecto de reflexión non só pola psiquiatría contemporánea, senón por filósofos como o profesor Byung-Chul Han, que sinalou que no comezo do século XXI, desde unha perspectiva patolóxica, os problemas que existen xa non serían nin bacteriais nin virais, senón neuronais. Así, sostén que «as enfermidades neuronais, como a depresión, o trastorno por déficit de atención con hiperactividade (TDAH), o trastorno límite de personalidade (LP) ou a síndrome de desgaste ocupacional (SDO), definen o panorama patolóxico de comezos deste século»⁵¹. Isto levou a que este filósofo cualifique este século como unha sociedade do cansazo, xerado pola sociedade do rendimento, que é a sociedade da positividade, onde as persoas se converten en amos e escravos, no marco dunha descarnada competitividade que fai que acaben cansas e deprimidas, e onde subxacen unha serie de frustracións, así como unha xeración de persoas relativamente adultas que forman parte, como sinalou Gilles Lipovetsky, da actual *era da decepción*. Hoxe, o mundo atravesamos unha decepción que se radicalizou e multiplicou en niveis nunca antes coñecidos no mundo occidental. Diríase que se vive baixo o imperio da decepción: a actual etapa dunha sociedade de consumo xerou unha clase de persoas cun excesivo individualismo hedonista e que vén do que hai décadas o mesmo Lipovetsky denominaba o “proceso de personalización”⁵². Hoxe atopámonos ante o individuo que ten “fatiga de ser un mesmo”; as taxas de suicidio cada ano aumentan, baixo o algarismo de máis de 800.000 por ano, e a iso súmanse as taxas de depresións e as adicións de toda índole⁵³. Todo este marco de reflexión filosófica permite sinalar que nos tempos actuais existe tamén unha escalada de pacientes que teñen problemas de saúde mental. É neste marco e contexto en que hoxe se presenta precisamente outro dereito, que é o dereito á saúde mental como «un dereito fundamental cuxo sustento se atopa contido no principio-dereito de dignidade humana e nos dereitos á saúde e á integridade psíquica. E iso é debido a que a preservación da vida humana non se limita só a protexer a supervivencia biolóxica da persoa humana, senón que tamén se estende á posibilidade concreta de recuperación e melloramento das condicións de saúde. Considerar o ser humano integralmente, como unha unidade física e psíquica, é imperativa, en vista de prever o seu desenvolvemento vital dentro dunhas condicións mínimas de dignidade»⁵⁴.

8 CONCLUSIÓNS

1. A socioloxía da posmodernidade cualificou a sociedade de distintas maneiras e incluíu entre outras categorías sociolóxicas a chamada *sociedade do risco*. Hoxe a humanidade

se debate a nivel planetario nunha sociedade igualmente de incerteza, estando metaforicamente a cidade global asediada por un inimigo invisible que prostrou o mundo enteiro, que é o coronavirus.

2. A pandemia obrigou a que todos os gobernos apelen aos mecanismos do dereito constitucional de emerxencia para afrontar unha continxencia concreta e real, que é o fenómeno da pandemia; e iso significa un conxunto de restricións e suspensión de dereitos e liberdades produto desa emerxencia sanitaria.

3. Non obstante, actualmente véñse mantendo a crise sanitaria mesmo cando case na maioría de países deixaron de manterse as declaracións de emerxencia ou de excepción, e isto nos feitos desencadeou *de facto* restricións que escapan xa aos marcos da razoabilidade e proporcionalidade das liberdades e dereitos fundamentais, segundo a natureza do dereito fundamental que estea en xogo.

4. Mesmo cando se recoñece na teoría dos dereitos humanos que estes teñen un límite e un contido esencial, a nivel planetario presentáronse complexas situacións de restrición.

5. Entre os principais dereitos afectados pola pandemia sitúanse en primeira orde de xerarquía os seguintes: a) o *dereito á vida*, que vén cobrando aproximadamente 1,34 millóns de vítimas; b) o *dereito á saúde*, que demostrou que todos os Estados non puideron cubrir no seu momento unha infraestrutura sanitaria pola alta demanda de taxas de contaxio e que actualmente chega a 55 millóns de persoas contaxiadas, cunha taxa de recuperación de 35 millóns; c) o *dereito ao traballo*, onde se observa unha das maiores crises cunha perda de traballos a tempo completo para o último trimestre do ano que se proxecta en preto de 245 millóns a escala mundial, segundo a OIT⁵⁵; d) *restricións ás liberdades fundamentais*, o que vén xerando protestas e reaccións polos enclaustramentos na maioría da poboación, segundo o nivel da crise sanitaria; e e) igualmente, outro dereito colateral é o *dereito á sepultura* dos falecidos, cuxos familiares non puideron cumprir cos ritos das súas particulares crenzas relixiosas para levar un dó dentro do marco dos seus dereitos morais.

9 BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. 2020. *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. Buenos Aires: Editorial Aspo.
- Bauman, Z. 2016. *La globalización. Consecuencias humanas*. México: FCE (tradución de Daniel Zadunaisky).
- Bauman, Z. e Bordoni, C. 2016. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós (tradución de Albino Santos Mosquera).
- Beck, U. e Beck-Gernsheim, E. 2016. *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Barcelona: Paidós (tradución de Bernardo Moreno).

- Benedictow, O.J. 2011. *La peste negra (1346-1353). La historia completa*. Madrid: Akal Editorial.
- Bidart Campos, G. 1967. *El Derecho Constitucional del Poder*, Vol. I. Buenos Aires: Ediar.
- Brage Camazano, J. 2004. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Eto Cruz, G. 2020. «Derecho constitucional de emergencia», en E. Blume Fortini (coord.), *Emergencia Sanitaria por COVID 19. Retos al constitucionalismo peruano*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Foucault, M. 2006. *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: FCE (traducción de Horacio Pons).
- Han, B.-C. 2012. *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder (traducción de Arantzazu Saratxaga Arregi).
- Hipócrates. 1842. *Colección completa de las obras del grande Hipócrates*, Vol. 1. Imprenta Médica: Madrid (traducida do texto grego cos manuscritos e todas as edicións á vista, precedidas dun exame crítico-filosófico e comentadas extensamente por Mor. E. Littré. Versión verificada ao castelán e anotada con textos dos nosos máis célebres comentadores españois).
- Lessenich, S. 2019. *La sociedad de la externalización*. Barcelona: Herder (traducción de Alberto Ciria).
- Lipovetsky, G. 2015. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. Barcelona: Anagrama (traducción de Joan Vinyoli e Michéle Pندانx).
- Lipovetsky, G. 2008. *La sociedad de la decepción. Entrevista con Bertrand Richard*. Barcelona: Anagrama (traducción de Antonio-Prometeo Moya).
- López Rosetti, D. 2018. *Emoción y sentimientos*. Barcelona: Planeta Editorial.
- Margalit, A. 2010. *La sociedad decente*. Barcelona: Paidós.
- Matteucci, N. 2010. *El Estado moderno. Léxico y exploraciones*. Madrid: Unión Editorial (traducción de Juan Marcos de la Fuente).
- Mirkine-Guetzévitch, B. 1934. *Modernas tendencias del derecho constitucional* Zaragoza: Reus (traducción de Sabino Álvarez-Gendin).
- Mumford, L. 2018. *La cultura de las ciudades*. La Rioja: Editorial Pepitas de Calabaza (traducción de Julio Monteverde).
- Nash Rojas, C. 2010. *La concepción de derechos fundamentales. Tendencias jurisprudenciales. Doctrina jurídica contemporánea*. México: Fontamara.
- OIT. 2020. *Nota Técnica: Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos en América Latina y el Caribe*, 2.^a ed., setembro.
- Pegoraro, L. e Rinella, A. 2016. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo 1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Rawls, J. 2010. *Sobre las libertades* (Introducción de Victoria Camps). Barcelona: Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona (traducción de Jorge Vigil Rubio).
- Stuart Mill, J. 2013. *Sobre la libertad* (prólogo de Isaiah Berlin). Madrid: Alianza (traducción de Natalia Rodríguez Salmones).

White, M. 2011. *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*. Barcelona: Crítica (tradución de Silvia Furió e Rosa María Salleras).
Zafranski, R. 2003. *El mal y el dilema de la libertad*. Barcelona: Tusquets.

NOTAS

- 1 Pode verse Eto Cruz, 2020: 149-161.
- 2 Pegoraro e Rinella, 2016: 2; 45 e ss.; e 184 e ss.
- 3 Nash Rojas, 2010: 259 e ss.
- 4 Bidart Campos, 1967: 17-18.
- 5 Mirkine-Guetzévitch, 1934: 36 e ss.
- 6 STC 0003-2005-AI/TC, FX 42.
- 7 STC 2700-2006-PHC/TC, FX 18.
- 8 STC 4386-2009-PHC/TC, FX 10.
- 9 STC 0014-2002-AI/TC, FFX 93-96.
- 10 STC 1417-2005-PA/TC, FX 21.
- 11 STC 0349-2004-AA/TC, FX 15.
- 12 STC 0050-2004-AI/TC, FX 104. Sobre o deber de motivación das resolucións xudiciais tanto hai restrición de dereitos fundamentais, véxase STC 02637-2011-HC/TC, FX 2.
- 13 Brage Camazano, 2004: 140 e ss.
- 14 Brage Camazano, 2004.
- 15 Bauman, 2016: 35 e ss.
- 16 Han, 2012.
- 17 Hipócrates, 1842: 29-30.
- 18 Benedictow, 2011: 38 e ss.; 53 e ss.; 71 e ss. e fundamentalmente 101 e ss.
- 19 Lessenich, 2019: 27 e ss.; e 83 e ss.
- 20 White, 2011.
- 21 Zafranski, 2003.
- 22 Margalit, 2010: 15.
- 23 Matteucci, 2010: 87 e ss.
- 24 Citado por Foucault, 2006: 150.
- 25 Foucault, 2006: 150.
- 26 Beck e Beck-Gernsheim, 2016: 249.
- 27 Bauman e Bordoni, 2016: 77 (o texto corresponde a Bordoni).
- 28 <https://es.statista.com/estadisticas/1105336/covid-19-numero-fallecidos-america-latina-caribe/>.
- 29 Stuart Mill, 2013: 148 e ss.
- 30 Unha bibliografía puntual pode verse en Bauman, 2016: 53 e ss.
- 31 *Vid.* o colectivo virtual AA.VV., 2020.
- 32 Mumford, 2018: 71.
- 33 Rawls, 2010: 14.
- 34 López Rosetti, 2018.
- 35 STC 0649-2002-AA/TC FX 06.
- 36 STC 0606-2004-AA/TC FX 09.
- 37 STC 3533-2003-AA/TC FX 04.
- 38 STC 0261-2003-AA/TC FX 3.1.
- 39 STC 0045-2004-PI/TC FX 20.
- 40 STC 0048-2004-PI/TC FX 60.
- 41 STC 0261-2003-AA/TC FX 3.2.
- 42 Recentemente, o Tribunal Constitucional alemán emitiu a Decisión do 7 de abril de 2020-1 BvR 755/20 na cal rexeitou unha solicitude de suspensión provisional da ordenanza bávara sobre medidas de protección contra infeccións e unha restrición de saída provisional con motivo da pandemia de coronavirus. O solicitante considerou que as prohibicións de reunirse con amigos, visitar os seus pais, manifestarse ou coñecer xente nova eran demasiado extensas. A demanda non foi inadmisíbel sobre a base do principio de subsidiariedade, xa que a remisión previa aos tribunais especializados é evidentemente inútil, porque xa se negaron a ditar autos provisionais noutros procedementos. Pero foi infundado. A xunta tivo que decidir dentro do alcance dunha ponderación das consecuencias baseada nun exame sumario, tendo en conta os efectos sobre todos os afectados pola normativa impugnada. De acordo con isto, as desvantaxes que derivan dunha aplicación provisional, se as medidas impugnadas posteriormente resultan inconstitucionais, son de especial importancia. Non obstante, non superan claramente as desvantaxes que xurdirían se as medidas expirasen, pero que logo resultarían constitucionais. Os perigos para a vida e as extremidades superan as restricións á liberdade persoal. É certo que as medidas atacadas limitan considerablemente os dereitos básicos das persoas que se atopan en Baviera. Estipulan que o contacto físico directo e, en boa medida, os encontros reais deben ser restrinxidos ou evitados por completo, prohiben instalacións onde se atopan as persoas, a empresa, e prohiben saír da casa sen unha razón específica. Se a medida cauterizar solicitada non se tivese ditado e a denuncia constitucional prosperase, todas estas restricións, coas súas importantes e probablemente irreversíbeis consecuencias sociais, culturais e económicas, teríanse imposto inxustamente e calquera violación na súa contra sería castigada inxustamente. Se, por outro lado, se emitise a orde provisional e a denuncia constitucional non tivese éxito, é probable que un gran número de persoas se comportase do xeito que pretenden previr as regulacións impugnadas, aínda que as restricións de comportamento son compatibles coa constitución. As institucións cuxa existencia económica se ve afectada polos pechos reabrían, a xente deixaría con frecuencia os seus fogares e o contacto directo entre as persoas tamén tería lugar con frecuencia. Segundo o coñecemento actual, isto tamén aumentaría considerablemente o risco de contaxio co virus, a enfermidade de moitas persoas, a sobrecarga dos establecementos sanitarios á hora de tratar casos graves e, no peor dos casos, a morte. Un regulamento válido soamente pode suspenderse en casos excepcionais no contexto da protección legal de emerxencia; aplicarase un estándar estrito. De acordo con isto, as consecuencias das medidas de protección atacadas parecen serias, pero non irrazoables na medida requirida. Non parece intolerable pospolar temporalmente para permitir a maior protección posible da saúde e a vida, ao que o Estado está fundamentalmente obrigado pola

Constitución. En comparación cos perigos para a vida e as extremidades, as restricións á liberdade persoal pesan menos. Tamén cómpre ter en conta que as regulacións son limitadas no tempo, II. Ademais, a Corte Constitucional Federal xa publicou varias decisións sobre temas relacionados coa pandemia COVID-19. Por exemplo, a Segunda Sala do Segundo Senado rexeitou ordes provisionais relativas á nulidade de varias datas de audiencias principais polo suposto risco de infección por coronavirus porque non se cumpríu o principio de subsidiariedade ou a solicitude non cumpríu cos requisitos legais de xustificación (Az. 2 BvR 474/20, 2 BvR 483/20 e 2 BvR 571/20). A Primeira Sala do Primeiro Senado rexeitou unha solicitude de emisión dunha orde provisional contra unha prohibición de reunión en virtude da lei de protección contra infeccións por inadmisíble porque os querelantes non fixeran uso da posibilidade de protección legal urxente por un tribunal especializado (1 BvR 661/20), e rexeitou outra solicitude dese tipo porque a necesidade de protección legal non estaba suficientemente xustificada (1 BvR 742/20). Ademais, a cámara non aceptou unha denuncia constitucional contra a ordenanza de Berlín para conter a propagación do coronavirus para a súa decisión, xa que non cumpría cos requisitos do principio de subsidiariedade (1 BvR 712/20). Finalmente, a Terceira Cámara do Primeiro Senado non aceptou unha denuncia constitucional contra a limitación das opcións de rescisión por parte dos propietarios no marco da nova normativa sobre a pandemia de COVID-19 por non cumprir cos requisitos legais de xustificación (1 BvR 714/20). Vid. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html.

43 Vid. <https://es.statista.com/grafico/22182/numero-de-empleos-perdidos-desde-el-brote-de-covid-19-en-america/>.

44 OIT, 2020: 5 e 6.

45 STC 02945-2003-PA, FX 28 *in fine*.

46 STC 03228-2012-AA/TC, FX 27.

47 STC 02002-2006-PC, FX 17.

48 STC 03081-2007-PA, FX 24.

49 <https://saludconlupa.com/series/coronavirus/latinoamerica-en-cuidados-intensivos/>.

50 STC 05408-2007-PHC, FX 10.

51 Han, 2012: 11-12.

52 Lipovetsky, 2015.

53 Lipovetsky, 2008: 11; e 45 e ss.

54 STC 02480-2008-PA, FX 14.

55 <https://rpp.pe/economia/economia/empleo-cuantos-puestos-de-trabajo-se-han-perdido-en-el-mundo-debido-a-la-pandemia-de-covid-19-oit-coronavirus-trabajadores-noticia-1294293>.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 59-86
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4643>
© Miguel Ángel Presno Linera
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 11/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Teoría e práctica dos dereitos fundamentais en tempos de COVID-19

Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19

Theory and practice of fundamental rights in times of COVID-19



MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA^{1,2}

Catedrático de Dereito Constitucional
Universidade de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0002-0033-6159>
presnolinera@gmail.com

Resumo: Este artigo analiza as respostas que, en materia de dereitos fundamentais, ofrecen ás crises sanitarias tanto a Lei orgánica 4/1981, reguladora dos estados de alarma, excepción e sitio, como a Lei orgánica 3/1986, de medidas especiais en materia de saúde pública. Pero, ademais da teoría, estudamos as dificultades prácticas que se evidenciaron con ocasión da aplicación destas normas á pandemia de COVID-19. Finalmente, ocupámonos da única resolución, ata a data, do Tribunal Constitucional sobre a afectación de dereitos fundamentais no contexto da citada pandemia.

Palabras clave: Dereitos fundamentais, COVID-19, estado de alarma, saúde pública, dereito de manifestación.

Resumen: Este artículo analiza las respuestas que, en materia de derechos fundamentales, ofrecen a las crisis sanitarias tanto la Ley orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, como la Ley orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública. Pero, además de la teoría, estudiamos las dificultades prácticas que se han evidenciado con ocasión de la aplicación de estas normas a la pandemia de COVID-19. Finalmente, nos ocupamos de la única resolución, hasta la fecha, del Tribunal Constitucional sobre la afectación de derechos fundamentales en el contexto de la citada pandemia.

Palabras clave: Derechos fundamentales, COVID-19, estado de alarma, salud pública, derecho de manifestación.

Abstract: This paper analyses the Organic Law 4/1981 that regulates the alarm, exception and site states, as well as Organic Law 3/1986 on public health special measures and the consequences on the field of fundamental rights raised by the health crisis, specially the practical difficulties that have been evident in applying these legal standards to the COVID-19 pandemic. Finally, we deal with the only decision, up to date, of the Constitutional Court on the impact of fundamental rights in the context of the pandemic in Spain.

Key words: Fundamental rights, COVID-19, state of alarm, public health, freedom of assembly.

SUMARIO: 1 Escenario teórico: as leis orgánicas 4/1981 e 3/1986 como instrumentos xurídicos básicos fronte ás crises sanitarias. 2 Primeiro escenario práctico: a declaración do estado de alarma para facer fronte ao COVID-19. 3 Segundo escenario práctico: a aplicación da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, en relación coa Lei da xurisdición contencioso-administrativa. 4 O único pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre a garantía de dereitos durante a crise do COVID-19: a prohibición dunha manifestación prevista para o 1 de maio en Vigo. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 ESCENARIO TEÓRICO: AS LEIS ORGÁNICAS 4/1981 E 3/1986 COMO INSTRUMENTOS XURÍDICOS BÁSICOS FRONTE ÁS CRISES SANITARIAS

Poucos meses despois do intento de golpe de Estado do 23 de febreiro de 1981 publicouse a Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, que desenvolve o artigo 116 da Constitución española (CE), non especialmente concreto no que respecta ao estado de alarma³.

Esa norma comezara a súa andaina parlamentaria en setembro de 1979 baixo unha forma ben diferente: como Proxecto de Lei orgánica de seguridade cidadá, que, segundo a súa “Memoria”/Preámbulo, supuña “un importante cambio en relación coa Lei de orde pública de 1959 e criterios inspiradores desta, ao conxugar a nova normativa a defensa das institucións co fortalecemento dos sistemas de garantía das liberdades públicas”. Dentro deste proxecto, o capítulo III era o dedicado á regulación dos estados de alarma, excepción e sitio, dando cumprimento, segundo a memoria:

«ao disposto no artigo 116 da Constitución... Insiste o precepto citado na exixencia de concretar os efectos das respectivas declaracións, o que constitúe unha clara referencia, polo que respecta aos estados de excepción e sitio, ao artigo 55 da propia Constitución, cuxo parágrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa e con carácter excluínte, os dereitos fundamentais e as liberdades públicas que poderán ser suspendidos cando se produza a declaración dos ditos estados.

Non obstante, aínda que a Constitución española, fronte ao criterio mantido por outros textos constitucionais recentes –como a Lei federal de Bonn ou a Constitución italiana de 1947–, seguira a liña de recoller no seu propio articulado os mecanismos de defensa extraordinaria das institucións públicas e, a pesar de que, como elemento equilibrante ou compensador fora moi precisa e minuciosa na determinación das

competencias e procedementos para a declaración dos estados de alarma, excepción e sitio, foi realmente sobria na definición dos conceptos e na concreción do contido dos tres estados extraordinarios, respecto aos cales apenas fai outra cousa que mencionar os seus nomes...».

Referirémonos ao contido deste proxecto legislativo unicamente no relativo ao estado de alarma, pois serve para constatar o notable cambio que experimentou ao longo da súa tramitación parlamentaria e que ten moito que ver co alcance da declaración dese estado en situacións de crises sanitarias como a xerada polo COVID-19.

A memoria do proxecto dicía o seguinte en relación á terminoloxía e ao pretendido alcance do estado de alarma:

«A denominación do estado de alarma, aínda que coincidente cunha das usadas na Lei de orde pública do 28 de xullo de 1933, responde agora a unha realidade distinta: o estado de alarma da lei republicana é homólogo propiamente do estado de excepción, segundo a concepción da Lei de 1959, e segundo o proxecto que agora se presenta. O proxecto, na súa concepción do estado de alarma segue moi de preto o proxecto de Lei de modificación da Lei de orde pública, tramitada durante o pasado ano, recollendo, na enumeración dos supostos determinantes da súa declaración, ademais das alteracións da orde pública: as catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas; epidemias ou situacións de contaminación grave; paralización de servizos públicos esenciais e situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade.

Trátase fundamentalmente de eventos en que periga a seguridade ou a saúde das persoas, ou se atopa en risco grave o mantemento das condicións físicas necesarias para o desenvolvemento da vida da colectividade.

Por iso, o conxunto de medidas para a adopción das cales se faculta as autoridades gubernativas, á parte da lóxica concentración de atribucións administrativas, tende, dunha parte, con carácter positivo, á mobilización de persoas e recursos materiais, *para asegurar a protección, asistencia e seguridade das persoas, bens e lugares afectados*, e, doutra parte, con carácter negativo, a controlar ou limitar, coa mesma finalidade, o movemento de persoas e vehículos e o consumo de artigos ou servizos de primeira necesidade (todas as cursivas son nosas).

Xa no articulado do proxecto se incluían os supostos que poderían dar lugar á declaración do estado de alarma:

«O Goberno, en uso das facultades que lle outorga o apartado 2 do artigo 116 da Constitución, poderá declarar o estado de alarma en todo ou parte do territorio nacional cando concorran situacións como as seguintes:

- a) Alteracións da orde ou da seguridade cidadá cando o seu restablecemento non se poida conseguir mediante o uso das potestades ordinarias da autoridade gubernativa.
- b) Catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas, tales como terremotos, inundacións, incendios urbanos e forestais ou accidentes de gran magnitude.
- c) Crises sanitarias, tales como estados epidémicos e situacións de contaminación grave.

d) Paralización de servizos públicos esenciais.

e) Situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade».

Pois ben, no Ditame da Comisión Constitucional do Congreso sobre a “Lei orgánica dos estados de alarma, excepción e sitio”, publicado no boletín da Cámara o 14 de abril de 1981, desapareceu a letra a) do proxecto orixinario, que era a que recollía a declaración do estado de alarma ante “alteracións da orde ou da seguridade cidadá”. Desvinculouse o estado de alarma da cuestión da orde pública e, así, propúxose no ditame da Comisión da mesma data, aínda que se mantivo o carácter exemplificativo dos supostos: “... cando concorran situacións como as seguintes...”.

Foi no Pleno do Congreso do 23 de abril de 1981 cando as causas exemplificativas pasaron a ser taxativas e o texto adquiriu a redacción que hoxe segue vixente:

«O Goberno, en uso das facultades que lle outorga o artigo 116.2 da Constitución, poderá declarar o estado de alarma en todo ou parte do territorio nacional, cando se produza algunha das seguintes alteracións graves da normalidade:

a) Catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas, tales como terremotos, inundacións, incendios urbanos e forestais ou accidentes de gran magnitude.

b) Crises sanitarias, tales como epidemias e situacións de contaminación graves.

c) Paralización de servizos públicos esenciais para a comunidade, cando non se garante o disposto nos artigos 28.2 e 37.2 da Constitución, e conorra algunha das demais circunstancias ou situacións contidas neste artigo.

d) Situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade».

Non cabe, polo tanto, a declaración do estado de alarma no contexto dun problema de orde pública e iso porque, como explica o profesor Cruz Villalón, o lexislador efectuou unha “despolitización” do estado de alarma, deixándoo á marxe das situacións de desorde pública ou conflictividade social, para destinalo a combater as catástrofes naturais ou tecnolóxicas (engadiríamos nós sanitarias)⁴.

Case cinco anos despois aprobouse a Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, que, como a anterior, tivo tamén unha orixe curiosa: o Proxecto de Lei de sanidade incluía, dentro do título I (Do sistema de saúde), un capítulo V titulado “Da intervención pública en relación coa saúde individual e colectiva” (arts. 21 a 32). Pois ben, a futura LO 3/1986 creouse a partir dos artigos 21, 22 e 29 do Proxecto de Lei xeral de sanidade por acordo da Xunta de Voceiros, ratificado polo Pleno do 12 de novembro de 1985, do que saíu o Proxecto de Lei orgánica de medidas especiais en materia de saúde pública, aprobado polo Pleno do Congreso dos Deputados na citada sesión do 12 de novembro de 1985, sen exposición de motivos e con 3 artigos:

«Artigo 1: Para os efectos de protexer a saúde pública e previr os perigos para esta, as autoridades sanitarias das distintas administracións públicas poderán, dentro do ámbito das súas competencias, adoptar as medidas previstas neste capítulo cando iso sexa necesario por razóns sanitarias de sanidade ou urxencia, e sempre de acordo co previsto nesta lei.

Artigo 2: As autoridades sanitarias competentes poderán adoptar medidas de recoñecemento, tratamento, hospitalización ou vixilancia cando se aprecie ou sospeite razoablemente que a saúde da poboación pode quedar afectada pola situación sanitaria concreta dunha persoa ou grupo de persoas ou polas condicións sanitarias en que se desenvolva unha actividade.

Artigo 3: Para os efectos de controlar as enfermidades transmisibles, a autoridade sanitaria, ademais de realizar as accións preventivas xerais, poderá adoptar as medidas oportunas para o control dos enfermos, das persoas que estean ou estiveran en contacto con estes e do medio inmediato, así como as que se consideren necesarias en caso de risco de carácter transmisible.

Esta redacción experimentou poucos cambios ao longo da súa tramitación parlamentaria: no Senado introducíronse tres emendas técnicas aos tres artigos do proxecto remitido polo Congreso e engadiuse un artigo 4 para facer fronte aos riscos para o abastecemento de medicamentos ou produtos sanitarios, o que foi aceptado polo Congreso dos Deputados».

Temos, pois, dúas leis orgánicas para garantir os dereitos fundamentais das persoas –a vida, a integridade física pero tamén a liberdade de circulación, o dereito de reunión...– tanto nos casos de graves crises sanitarias de alcance xeral (estado de alarma) como nas situacións en que é preciso controlar algunha enfermidade transmisible: a primeira permitiría establecer limitacións de alcance xeral ao exercicio de dereitos fundamentais nos termos previstos no artigo 11 da LO 4/1981⁵ e a segunda serviría para limitar os dereitos fundamentais de persoas concretas –“enfermos [e] persoas que estean ou estivesen en contacto con estes”– coa garantía do control xudicial previsto na Lei da xurisdición contencioso-administrativa a que nos referiremos máis adiante⁶.

Ademais, e para facer fronte ás continxencias que se presenten nas situacións “ordinarias”, existen diversas leis estatais e autonómicas no ámbito da saúde e das emerxencias⁷.

2 PRIMEIRO ESCENARIO PRÁCTICO: A DECLARACIÓN DO ESTADO DE ALARMA PARA FACER FRONTE AO COVID-19

O primeiro parágrafo do preámbulo do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declarou o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, di:

«A Organización Mundial da Saúde elevou o pasado 11 de marzo de 2020 a situación de emerxencia de saúde pública ocasionada polo COVID-19 a pandemia internacional. A rapidez na evolución dos feitos, a escala nacional e internacional, require a adopción de medidas inmediatas e eficaces para facer fronte a esta conxuntura. As circunstancias extraordinarias que concorren constitúen, sen dúbida, unha crise sanitaria sen precedentes e de enorme magnitude tanto polo moi elevado número de cidadáns afectados como polo extraordinario risco para os seus dereitos».

No segundo punto do preámbulo do Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declarou o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, expónse:

«... no momento actual en España, igual que na maioría de países europeos, rexístrase unha tendencia ascendente no número de casos. Este incremento traducíuse nun aumento importante da incidencia acumulada en catorce días, ata situarse, con data do 22 de outubro, en 349 casos por 100.000 habitantes, moi por enriba dos 60 casos por 100.000 habitantes que marca o limiar de alto risco de acordo cos criterios do Centro Europeo para a Prevención e Control de Enfermidades... Neste contexto, con niveis moi preocupantes dos principais indicadores epidemiolóxicos e asistenciais, débense considerar diferentes medidas de control da transmisión que permitan reducir as incidencias actuais, revertir a tendencia ascendente e evitar alcanzar o nivel de sobrecarga que experimentou o sistema sanitario durante a primeira onda da pandemia...».

Entre un e outro aprobouse o Real decreto 900/2020, do 9 de outubro, polo que se declarou o estado de alarma para responder ante situacións de especial risco por transmisión non controlada de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, que se aplicou a 9 municipios da Comunidade de Madrid e que se xustificou con, entre outros, os seguintes argumentos:

«... Tendo en conta que (...) a autoridade xudicial non ratificou a medida referida á limitación da entrada e saída de persoas dos municipios afectados, única medida considerada na Orde 1273/2020, do 1 de outubro, da Consellaría de Sanidade, susceptible de ratificación ou autorización xudicial por limitar ou restrinxir dereitos fundamentais, resulta necesario ofrecer unha cobertura xurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar coa aplicación desta medida, ante a grave situación epidemiolóxica existente nos municipios afectados e co fin de evitar o risco que se ocasionaría en caso de non ser posible continuar coa súa aplicación...».

Non nos cabe dúbida de que se deron os presupostos de feito previstos no xenérico “Dereito de excepción” –Lei orgánica 4/1981– para declarar o estado de alarma nos tres supostos en que, ata agora, se aprobou no ano 2020; tampouco que non se daba o 14 de marzo e non se deu con posterioridade o presuposto que podería xustificar a declaración do estado de excepción: nin entón nin agora, nin tampouco no intervalo de xuño a novembro, “o libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o normal funcionamento das institucións democráticas, o dos servizos públicos esenciais para a comunidade, ou calquera outro aspecto da orde pública” estiveron nin están “tan gravemente alterados que o exercicio das potestades ordinarias fose insuficiente para restablecelo e mantelo” (art. 13)⁸.

Parece, pois, que a declaración dos sucesivos estados de alarma pode considerarse acertada no sentido da correlación entre a medida adoptada e o presuposto práctico que exixía a súa aprobación⁹.

Outra cousa é, tamén no plano práctico, o que cabe dicir dalgunha das medidas adoptadas no Real decreto 463/2020, cuxo artigo 7, titulado “Limitación da liberdade de circulación das persoas”, dispuxo no seu punto 1 que:

«Durante a vixencia do estado de alarma as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe persoas con discapacidade, menores, maiores, ou por outra causa xustificada: a) Adquisición de alimentos, produtos farmacéuticos e de primeira necesidade. b) Asistencia a centros, servizos e establecementos sanitarios. c) Desprazamento ao lugar de traballo para efectuar a súa prestación laboral, profesional ou empresarial. d) Retorno ao lugar de residencia habitual. e) Asistencia e coidado a maiores, menores, dependentes, persoas con discapacidade ou persoas especialmente vulnerables. f) Desprazamento a entidades financeiras e de seguros. g) Por causa de forza maior ou situación de necesidade. h) Calquera outra actividade de análoga natureza...».

E é que a LO 4/1981 distingue entre “limitacións”, propias do estado de alarma, e “prohibicións”, características do estado de excepción: fala respecto ao primeiro (art. 11) de, entre outras medidas, “a) Limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en horas e lugares determinados... c) Limitar ou racionar o uso de servizos ou o consumo de artigos de primeira necesidade”; respecto do segundo permite, entre outras opcións, “prohibir a circulación de persoas e vehículos nas horas e lugares que se determine” (art. 20.1); “prohibir a celebración de reunións e manifestacións...” (art. 22.1) e “prohibir as folgas e a adopción de medidas de conflito colectivo...” (art. 23). Ao respecto, o Tribunal Constitucional (TC) dixo que “... os efectos da declaración do estado de alarma se proxectan (...) no establecemento de determinadas limitacións ou restricións” (STC 83/2016, do 28 de abril, FX 8).

Pois ben, se atendemos ás medidas concretas impostas na práctica coa entrada en vigor do Decreto 463/2020, non parece haber diferenza entre a súa intensidade e as prohibicións propias dun estado de excepción, tal como articulou a cuestión o lexislador orgánico. Estamos, pois, ante unha teórica limitación formal da liberdade de circulación que, de feito, implica unha prohibición xeral da citada liberdade, e é que, en palabras de Santamaría Pastor, “limitar é *restrinxir* parcial e excepcionalmente, *non prohibir todo*, salvo excepcións”¹⁰.

Por iso, esas previsións parecen chocar coa configuración que, como dixemos, se deu á LO 4/1981, en que o lexislador se decantou, podendo facer outra cousa, por unha serie de medidas que no caso do estado de alarma serían menos gravosas que as realmente adoptadas baixo o seu amparo no Decreto 463/2020. O xuízo de proporcionalidade sobre estas (que a medida limitativa sexa adecuada ou idónea para a consecución do fin perseguido; que sexa a mínima imprescindible para tal finalidade e que haxa proporcionalidade entre o sacrificio exixido ao dereito limitado por esa medida e o dereito, ben ou interese concretos que se pretende protexer) non pode facerse á marxe dos propios límites que preestableceu o lexislador orgánico¹¹.

Para resolver estas interrogantes, non contamos ata a data con xurisprudencia constitucional relevante, pois os casos en que se interpretou o alcance do artigo 19 CE versaron, fundamentalmente, sobre os dereitos das persoas estranxeiras para entrar e residir en España. Cabe, non obstante, recordar que, conforme a STC 94/1993, do 22 de marzo, “as medidas que repercuten sobre a libre circulación das persoas deben fundarse nunha lei, e aplícala en forma razoada e razoable (STC 85/1989, FX 3)” (F. 4); que (STC 72/2005, do 4 de abril, FX 5) “o artigo 19 CE recoñécelles «aos españois» catro dereitos fundamentais distintos: o dereito a elixir libremente a súa residencia, o dereito a circular polo territorio nacional, o dereito a entrar en España e o dereito a saír libremente do territorio nacional”, e que (STC 146/2006, do 8 de maio, FX 2) “constitúe doutrina deste Tribunal que unha medida dese tipo debe suxeitarse a parámetros de proporcionalidade en relación coa preservación doutros dereitos ou bens constitucionais. Debe tratarse así dunha medida útil e necesaria para a protección dun ben constitucionalmente importante”, algo que se reitera na STC 84/2013, do 11 de abril, FX 6.

Como é obvio, non entramos aquí a valorar se as medidas limitativas da liberdade de circulación eran as mellores para conter a epidemia, á marxe de que noutros países non alcanzaron entón a mesma intensidade. Pero, ademais de aplicarse de forma razoada e razoable, “deben fundarse nunha lei” e parécenos discutible, cando menos, que no caso que nos ocupa teñan un fundamento claro na LO 4/1981, máxime tendo en conta a obriga iusfundamental de interpretar a normativa aplicable no sentido máis favorable para a efectividade dos dereitos fundamentais (STC 17/1985, do 5 de marzo, FX 4) e, o que non se debe esquecer, as posibles consecuencias sancionadoras que o incumprimento das citadas prohibicións veu ocasionando¹².

A este respecto, encaixa moito mellor na teoría da LO 4/1981 a *práctica das medidas limitativas da liberdade de circulación* “en horario nocturno” previstas no Real decreto 926/2020, pois trátase, efectivamente, de restrinxir a liberdade deambulatoria nunhas horas determinadas: “durante o período comprendido entre as 23.00 e as 6.00 horas, as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades...”¹³.

En suma, o dereito de excepción previsto para a súa aplicación durante a vixencia do estado de alarma tal como se articulou na Lei orgánica 4/1981 non ofrece, ao noso xuízo, cobertura suficiente para a adopción de medidas especialmente limitativas do dereito fundamental á liberdade de circulación como as adoptadas con ocasión do Decreto 463/2020.

En segundo lugar, a aplicación “práctica” do estado de alarma evidenciou a súa pouca funcionalidade cando se decreta para un ámbito territorial pequeno, mesmo a grandes cidades (Madrid) ou conurbacións, como ocorreu co Decreto 900/2020, que vinculou os municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla e Torrejón de Ardoz.

Este estado de alarma, como calquera outro, exixiu o decreto acordado en Consello de Ministros e dar conta ao Congreso dos Deputados, a quen non chegou a pedírselle

a prórroga. É verdade que a LO 4/1981 permite (art. 7) que a autoridade competente poida ser, por delegación do Goberno, “o presidente da comunidade autónoma cando a declaración afecte exclusivamente a todo ou parte do territorio dunha comunidade”, pero non necesariamente é así –no caso que nos ocupa a autoridade competente foi o Goberno– e, en calquera caso, esa eventual delegación non elude o acordo inicial do Goberno nin a intervención do Congreso dos Deputados. Ademais, durante a vixencia do estado de alarma, correspóndelle ao Goberno subministrar ao Congreso a información que lle sexa requirida e, así mesmo, daralle conta dos decretos que dite durante a vixencia do estado de alarma en relación con este (art. 8). Finalmente, e admitindo que será conveniente escoitar o presidente da comunidade autónoma afectada nos debates parlamentarios sobre a prórroga do estado de alarma e as medidas polas que debe rexerse, a decisión última correspóndelle á Cámara Baixa e o Goberno conserva boa parte do protagonismo.

Non é alleo a esta posible disfuncionalidade que a Lei orgánica 4/1981 se aprobase cando o Estado autonómico español se estaba comezando a desenvolver –aínda non se aprobaran a maioría dos estatutos de autonomía– e moitas das cuestións susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidade, protección civil, medio ambiente, consumo...) son agora competencia, en boa parte, das comunidades autónomas.

Nesta liña, o Decreto 926/2020 si atendeu, na medida do posible, ao modelo territorial español á hora de articular o feixe de medidas aprobadas para conter a pandemia: por unha banda, “en cada comunidade autónoma e cidade con estatuto de autonomía, a autoridade competente delegada será quen posúa a presidencia da comunidade autónoma ou cidade con estatuto de autonomía, nos termos establecidos neste real decreto” (art. 2.2); en segundo lugar (art. 2.3), estas autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para ditar, por delegación do Goberno da nación, as ordes, resolucións e disposicións para a aplicación do previsto nos artigos 5 a 11, preceptos que conteñen o groso das medidas a adoptar. Mesmo, “a autoridade competente delegada en cada comunidade autónoma ou cidade con estatuto de autonomía poderá, no seu ámbito territorial, á vista da evolución dos indicadores sanitarios, epidemiolóxicos, sociais, económicos e de mobilidade, comunicándollo previamente ao Ministerio de Sanidade e de acordo co previsto no artigo 13, modular, flexibilizar e suspender a aplicación das medidas recollidas nos artigos 6, 7 e 8, co alcance e ámbito territorial que determine. A regresión das medidas ata as previstas nos mencionados artigos farase, se é o caso, seguindo o mesmo procedemento” (art. 10).

É discutible, non obstante, que no noso marco constitucional caiba atribuírlles ás comunidades autónomas a capacidade para acordar, mesmo como autoridade delegada, a restrición de entradas no respectivo territorio (arts. 6 e 9), máxime se iso implica, como prevé o segundo parágrafo do artigo 9.1, unha afectación ao réxime de fronteiras¹⁴.

Outro aspecto potencialmente problemático na práctica do dereito de excepción propio do estado de alarma é o relativo ao control parlamentario: como é sabido, trátase dunha competencia exclusiva do Congreso dos Deputados conforme o artigo 116.2

CE: “o estado de alarma será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros por un prazo máximo de quince días, dando conta ao Congreso dos Deputados, reunido inmediatamente para o efecto e sen a autorización do cal non poderá ser prorrogado o dito prazo”. É dicir, o Congreso non declara o estado de alarma, pero debe ser informado de inmediato e é esa Cámara a única que pode prorrogalo. A este respecto, a Lei orgánica 4/1981 prevé (art. 1.4) que “a declaración dos estados de alarma, excepción e sitio non interrompe o normal funcionamento dos poderes constitucionais do Estado”; que (art. 6.1) o estado de alarma “só se poderá prorrogar con autorización expresa do Congreso dos Deputados, que neste caso poderá establecer o alcance e as condicións vixentes durante a prórroga”; que (art. 8) “o Goberno dará conta ao Congreso dos Deputados da declaración do estado de alarma e subministrarlle a información que lle sexa requirida. O Goberno tamén dará conta ao Congreso dos Deputados dos decretos que dite durante a vixencia do estado de alarma en relación con este”.

Pola súa banda, o Regulamento do Congreso dispón (art. 162) que:

«1. Cando o Goberno declarase o estado de alarma, lle remitirá inmediatamente ao presidente do Congreso unha comunicación á que achegará o decreto acordado en Consello de Ministros. Da comunicación darase traslado á comisión competente, que poderá solicitar a información e documentación que considere procedente. 2. Se o Goberno pretendese a prórroga do prazo de quince días a que se refire o artigo 116.2 da Constitución, deberá solicitar a autorización do Congreso dos Deputados antes de que expire aquel. 3. Os grupos parlamentarios poderán presentar propostas sobre o alcance e as condicións vixentes durante a prórroga ata dúas horas antes do comezo da sesión en que se deba debater a concesión da autorización solicitada. 4. O debate terá lugar no pleno e iniciárase coa exposición por un membro do Goberno das razóns que xustifican a solicitude de prórroga do estado de alarma e axustarase ás normas previstas para os de totalidade. 5. Finalizado o debate, someteranse a votación a solicitude e as propostas presentadas. Da decisión da Cámara darase traslado ao Goberno».

Así pois, atribúeselles aos grupos parlamentarios a facultade de formular propostas sobre a extensión do estado de alarma e as normas vixentes durante este, que, en todo caso, se someterán a votación, cuxo resultado vinculará o Goberno.

A Constitución veta unha hipotética disolución do Congreso e garante o seu funcionamento ao prescribir (art. 116.5) que “non poderá procederse á disolución do Congreso mentres estean declarados algúns dos estados comprendidos neste artigo, quedando automaticamente convocadas as *cámaras se non* estiveren en período de sesións. O seu funcionamento, así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non poderán interromperse durante a vixencia destes estados”. Ademais, insiste en que “a declaración dos estados de alarma, de excepción e de sitio non modificarán o principio de responsabilidade do Goberno e dos seus axentes recoñecidos na Constitución e nas leis” (art. 116.6).

En suma, e no contexto dun sistema parlamentario que está deseñado para manter apuntalado o Goberno correspondente, cabe exercer –e debe exercerse– o control

político do Goberno durante a vixencia do estado de alarma. Durante este celebráranse as sesións do pleno para, se é o caso, a validación dos decretos-leis aprobados, así como para debater a prórroga e as súas eventuais condicións. Tamén terán lugar as sesións de control que se consideren oportunas nas diferentes comisións¹⁵.

Non obstante, hai, polo menos, dúas cuestións sobre as que conviría reflexionar: unha delas é a eventualidade de que un número importante de deputados poida ver afectada a súa saúde e iso lles impida o exercicio normal das súas funcións, como así aconteceu nos últimos meses. Por iso non estaría de máis que os regulamentos parlamentarios se reformasen para atender mellor unhas circunstancias como as presentes. Unha opción, entre outras, é articular lexislativa e regulamentariamente a substitución temporal, por enfermidade, dos cargos representativos.

A segunda cuestión ten que ver coa ausencia de previsións constitucionais e legais sobre a eventual duración das prórrogas do estado de alarma, o que implicaría que, en principio, fose posible, se así o acorda a maioría parlamentaria, unha prórroga de varios meses –a prórroga do estado de alarma instaurado polo Decreto 926/2020 é de seis meses segundo o acordo do Congreso dos Deputados do 29 de outubro-, o que non parece que facilite o exercicio, con consecuencias inmediatas, do control por parte da oposición sobre o alcance dunhas disposicións que poden limitar de xeito intenso dereitos fundamentais.

Finalmente, outra das, ao meu xuízo, “disfuncións” prácticas do estado de alarma como instrumento para garantir determinados dereitos fundamentais ten que ver co control xurisdiccional do decreto que acorda tal estado e das súas eventuais prórrogas. Como se recordará, o primeiro estado de alarma en España implantouse por medio do Real decreto 1673/2010, do 4 de decembro, polo que se declarou o estado de alarma para a normalización do servizo público esencial do transporte aéreo, que foi impugnado xurisdiccionalmente: se partimos de que a declaración do estado de alarma se realiza mediante decreto do Consello de Ministros, non parecería desatinado entender que cabe un control da súa legalidade pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS); non obstante esta vía foi descartada de raíz polo propio TS con ocasión dos recursos presentados polos controladores aéreos: en sete autos ditados entre 2011 e 2012 (AATS 857/2011, do 10 de febreiro; 2985/2011, do 9 de marzo; 3816/2011, do 5 de abril; 5696/2011 e 5698/2011, do 30 de maio; 6821/2011, do 8 de xuño; e 6197/2012, do 1 de xuño) ese tribunal estimou que a declaración do estado de alarma non é un exercicio da potestade regulamentaria que lle atribúe ao Goberno o artigo 96 CE, senón da competencia constitucional, diferente, regulada en artigo 116.2 CE.

Esta doutrina foi asumida polo Tribunal Constitucional (TC), primeiro por maioría (Auto 7/2012, do 13 de xaneiro) e logo por unanimidade (STC 83/2016, do 28 de abril), ao entender que, aínda que formalizada mediante decreto do Consello de Ministros, a decisión de declarar o estado de alarma, dado o seu contido normativo e efectos xurídicos, queda configurada no noso ordenamento como unha decisión ou disposición con rango ou valor de lei¹⁶.

E esta doutrina foi acollida de novo, no seu Auto do 4 de maio de 2020, polo TS ao resolver o recurso en que, en forma directa, “se impugna o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión de pandemia ocasionada por infección do acrónimo COVID-19, así como o Real decreto 476/2020, do 27 de marzo, o Real decreto 4870/2020, do 10 de abril, e o Real decreto 463/2020, que establecen as súas prórrogas, así como –no que se denomina ampliación– o Real decreto 492/2020, do 24 de abril, que o prorroga por terceira vez”.

Este auto, que lembra a anterior xurisprudencia tanto do TS como do TC, insiste (FX 4) en que:

«A posibilidade de control nestes casos correspóndelle, sen dúbida ningunha, ao Tribunal Constitucional en exercicio das súas competencias de control da constitucionalidade das leis e normas con rango de lei, como este declarou ao considerar que “aínda que formalizada mediante decreto do Consello de Ministros, a decisión de declarar o estado de alarma, dado o seu contido normativo e efectos xurídicos, debe entenderse que queda configurada no noso ordenamento como unha decisión ou disposición con rango ou valor de lei. E, en consecuencia, queda revestida dun valor normativo equiparable, polo seu contido e efectos, ao das leis e normas asimilables cuxa aplicación pode exceptuar, suspender ou modificar durante o estado de alarma” (STC 83/2016, do 28 de abril, FX 10)».

Non obstante, nese fundamento xurídico e no seguinte, engádesse:

«O que se acaba de expresar non excluíría que, naquelas situacións en que non se producise a dación de conta ao Congreso ou non recaese a autorización de prórroga parlamentaria que exige o artigo 116.2 CE, a forma de decreto que revista a declaración de alarma puidese recobrar o seu relevo para os efectos do noso control xurisdiccional. Aínda que o decreto de declaración da alarma proceda do Goberno como órgano constitucional, o seu control corresponderíalle a esta sala, como permite o artigo 2 a) da LXCA, respecto do que na nosa xurisprudencia denominamos conceptos xudicialmente alcanzables (por todas, sentenza do 20 de novembro de 2013) ou sobre os feitos determinantes. A declaración argumentativa da STC 83/2016 que se transcribiu non o impide porque foi formulada polo Tribunal Constitucional ao resolver un recurso de amparo (STC 83/2016) e non en sede de tribunal de control de constitucionalidade das leis.

A falta de xurisdición sobre decretos de declaración do estado de alarma refírese unicamente á norma de declaración e ás súas prórrogas, pero non aos decretos ou disposicións que acompañen a dita declaración ou que se diten durante a súa vixencia ou en relación con ela (art. 8.2 Lei 4/1981, do 1 de xuño) nin tampouco respecto dos seus actos de aplicación. Así o dispón de xeito expreso o artigo 3.1 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, e o estableceu xa no seu momento o Auto da Sección Sétima desta Sala do 30 de maio de 2011, que admitiu a trámite o recurso en canto se deduciu contra o Real decreto 1611/2010, do 3 de decembro, por tratar unha actuación con alcance e significación diferente á declaración do estado de alarma e á solicitude e autorización

da súa prórroga. Sobre a dita impugnación ditouse posteriormente a sentenza do 22 de abril de 2015».

En consecuencia, só a través do recurso e da cuestión de inconstitucionalidade (eventualmente dunha autocuestión) poden axuizarse en termos xerais o decreto que declara o estado alarma e as súas eventuais prórrogas.

Á marxe doutras cuestións que agora non vén ao caso comentar, o control en exclusiva destes decretos polo TC non tería que ser, en principio, especialmente problemático se o devandito tribunal dese unha resposta relativamente rápida a unha cuestión tan relevante como é resolver se as limitacións de dereitos fundamentais establecidas durante un estado de alarma son compatibles, ou non, coa CE. Pero o certo é que o Decreto 463/2020 foi obxecto dun recurso de inconstitucionalidade “promovido por máis de cincuenta deputados do Grupo Parlamentario de VOX no Congreso” e, aínda que foi admitido a trámite por providencia do 6 de maio de 2020, máis de sete meses despois da aprobación dese decreto e máis de cinco desde a súa admisión a trámite non hai unha resposta ao dito recurso e, polo tanto, non sabemos se as intensas limitacións da liberdade de circulación que se impuxeron entón son compatibles coa nosa norma suprema.

3 SEGUNDO ESCENARIO PRÁCTICO: A APLICACIÓN DA LEI ORGÁNICA 3/1986, DO 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIAIS EN MATERIA DE SAÚDE PÚBLICA, EN RELACIÓN COA LEI DA XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Xa se apuntou que o segundo instrumento xurídico que se veu utilizando en España para garantir dereitos fundamentais durante a epidemia de COVID-19 foi o artigo 3 da Lei orgánica 3/1986 e esa aplicación estivo suxeita a vaivéns xurisprudenciais: así, ao principio da pandemia (finais do mes de febreiro) rexeitouse xudicialmente a súa aplicación con carácter xeral con ocasión da ratificación do confinamento de empregados e hóspedes dun hotel en Tenerife cando tivo lugar a detección do primeiro contaxiado por COVID-19 en España.

Con posterioridade, o citado artigo foi admitido en diversos casos para adoptar confinamentos perimetrais de municipios e bisbarras e, en xeral, para avalar medidas que limitaban os dereitos de persoas que, en principio, nin estaban contaxiadas nin se sospeitaba que puidesen estarlo; así o acordaron en varias ocasións diferentes tribunais superiores de xustiza (TSX): Andalucía, Castela e León, Comunidade Valenciana (que ratificou mesmo o confinamento domiciliario nocturno por Auto do 27 de outubro), Extremadura, Galicia, A Rioxa (que autorizou o confinamento da Comunidade por medio de Auto do 26 de outubro), Madrid e Navarra (que avalou as limitacións á entrada e saída da Comunidade en Auto do 22 de outubro).

Non obstante, esta comprensión empezou a ser rexeitada ou, cando menos, matizada: así, no Auto do TSX de Aragón do 10 de outubro concluíuse que «o artigo 3 se está a referir sempre (...) a persoas concretas e determinadas, que presentan unha clara relación

ou asociación co axente causante da intervención administrativa, isto é, a enfermidade. Fálase de enfermos e persoas que se relacionaron con eles... En todo momento *se entendeu (...) que as medidas de control de enfermidades transmisibles adoptables pola Administración eran medidas sobre persoas concretas e determinadas, pola súa relación directa ou indirecta coa enfermidade, pero en ningún caso co territorio ou núcleo de poboación afectado*» (FX 6).

Esta conclusión enlaza co dito polo TC en relación coa necesaria taxatividade que deben ter as leis que limiten dereitos fundamentais, como sería a liberdade de circulación; así, e conforme a STC 76/2019, do 22 de maio, FX 5, que citan tanto o mencionado Auto do TSX de Aragón como, de forma moito máis pormenorizada, o do TSX de Madrid do 8 de outubro, «as limitacións do dereito fundamental establecidas por unha lei poden vulnerar a Constitución se pecan de falta de certeza e previsibilidade nos propios límites que impoñen e no seu modo de aplicación, pois “a falta de precisión da lei nos presupostos materiais da limitación dun dereito fundamental é susceptible de xerar unha indeterminación sobre os casos aos cales se aplica tal restrición”; “ao producirse este resultado, máis alá de toda interpretación razoable, a lei xa non cumpre a súa función de garantía do propio dereito fundamental que restrinxo, pois deixa que no seu lugar opere simplemente a vontade de quen debe aplicala”. E engade que o tipo de vulneración que implica a falta de certeza e previsibilidade nos propios límites: “non só lesionaría o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE), concibida como certeza sobre o ordenamento aplicable e expectativa razoablemente fundada da persoa sobre cal debe ser a actuación do poder aplicando o dereito (STC 104/2000, FX 7, por todas), senón que ao mesmo tempo a dita lei estaría a lesionar o contido esencial do dereito fundamental así restrinxido, dado que a forma en que se fixaron os seus límites o fan irrecoñecible e imposibilitan, na práctica, o seu exercicio (SSTC 11/1981, FX 15; 142/1993, do 22 de abril, FX 4, e 341/1993, do 18 de novembro, FX 7)».

Un pronunciamento posterior que se uniu a esta liña argumental é do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, que, no seu Auto 32/2020, do 25 de outubro, (FX 5) reiterou que:

«... a referencia do artigo 3 da LO 3/86 do 14 de abril ás medidas que se consideren “necesarias en caso de risco de carácter transmisible” deben entenderse referidas a aqueles aos cales se dirixe o precepto que son “enfermos” e as “persoas que estiveron en contacto con estes”, respecto dos que caberían medidas de “control” e as que resulten necesarias se o risco é transmisible e que estaban en relación co artigo 8.6 Lei 29/98, como antes se apuntou, na redacción previa á Lei 3/2020. A quen non se dirixe é a un colectivo de cidadáns indeterminado e que non poida afirmarse que sexan enfermos ou persoas que estean ou estivesen en contacto con estes. Non pode perderse de vista que na interpretación de restricións de dereitos fundamentais se ha de ser estrito non voluntarista, sen descoñecer que nos atopamos ante unha grave crise sanitaria que puidese xustificar a adopción de medidas restritivas de dereitos fundamentais, en abstracto, pero deberían ser adoptadas conforme dereito, ben cunha lei que as contemple e posibilite, ben mediante os mecanismos constitucionalmente previstos para dar base

xurídica ás ditas restricións e coas garantías que estes prevén. En suma, a LO 3/1986 non debería aplicarse para limitar dereitos fundamentais máis alá do expresamente previsto no seu artigo 3, polo que para amparar limitacións de alcance máis xeral cómpre que se concreten as ditas medidas e os supostos para á súa aplicación, o que faría precisa unha reforma da citada lei orgánica».

Da mesma data é o Auto do TSX de Castela e León 273/2020, que rexeitou a aplicación da LO 3/1986, aínda que, neste caso, para autorizar un confinamento domiciliario nocturno en toda a comunidade autónoma “entre as 22.00 horas de cada día e as 06.00 horas do día seguinte durante 14 días naturais”.

Segundo este TSX, que anteriormente ratificara medidas preventivas sanitarias consistentes en confinamentos perimetrais dalgunhas poboacións da comunidade ou na limitación do dereito de reunión a seis persoas nos casos de reunións de carácter social ou familiar, salvo conviventes, entendeu que «a medida superaba o presuposto habilitante da Lei 3/1986, tanto pola extraordinaria situación de crise sanitaria mundial existente, persistindo no tempo, como pola intensidade da afectación do dereito fundamental á libre circulación das persoas, que queda en suspenso durante unha franxa horaria para toda a poboación de Castela e León, de forma indiferenciada, sen distinción, a diferenza do realizado nas medidas anteriores, entre municipios máis ou menos afectados pola enfermidade transmisible, o que exige unha lei que a posibilite coas garantías e exixencias da doutrina constitucional sobre esta materia (FX 4).

Pouco antes de pechar estas páxinas, un novo Auto do TSX de Castela e León, o 297/2020, do 6 de novembro, recordou, primeiro, «que non é pacífica a interpretación sobre o alcance do artigo 3 da Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, entre os diversos tribunais superiores de xustiza e, segundo, que, aínda que ese mesmo TSX avalara anteriormente “medidas que non comportaban unha afectación intensa dun dereito fundamental, se circunscribían xeograficamente a unha parte da poboación especialmente afectada pola enfermidade transmisible cunha duración temporal tamén moi limitada”, non obstante entende agora que “a medida adoptada no Acordo 78/2020¹⁷ supera o presuposto habilitante da Lei 3/1986, tanto pola extraordinaria situación de crise sanitaria mundial existente, persistindo no tempo, como pola intensidade da afectación dos dereitos fundamentais concernidos, producíndose *de facto* un confinamento domiciliario dun sector da poboación en todo o ámbito da Comunidade de Castela e León, de forma indiferenciada, sen distinción de centros residenciais afectados ou non pola enfermidade de que se trata, a diferenza do realizado nas medidas anteriores, entre municipios máis ou menos afectados pola enfermidade transmisible, o que exige unha lei que a posibilite coas garantías e exixencias da doutrina constitucional sobre esta materia...

Non parece xustificadeo que para a limitación da liberdade de circulación en horario nocturno sexa precisa a declaración do estado de alarma, ao abeiro do disposto no artigo cuarto, apartado b), da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, co fin de conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, pero non sexa necesaria para limitar a liberdade de circulación todo o día, aínda que só

afecte a un determinado sector da poboación de toda unha comunidade autónoma. As persoas maiores, que viven en centros residenciais, son cidadás como os demais cos mesmos dereitos e cuxa especial vulnerabilidade fronte á enfermidade transmisible de que se trata merece a adopción de cantas medidas de toda índole sexan precisas para facer efectiva a súa protección, non necesariamente mediante unha restrición maior que o resto dos cidadáns dos seus dereitos fundamentais” (FX 4).

Non se considera, en definitiva, que a medida obxecto de ratificación poida ser adoptada por unha comunidade autónoma no exercicio de competencias propias e ao abeiro exclusivamente de lexislación en materia sanitaria».

Vemos, pois, que hai notables discrepancias sobre o alcance que pode ter, como dereito legal sanitario de excepción, o citado artigo 3 da LO 3/1986, e no noso caso decantámonos pola interpretación que del fixeron algúns dos TSX mencionados, que o invalidaría para a aplicación ás restricións indiscriminadas de dereitos fundamentais¹⁸.

A conclusión anterior non resulta desvirtuada, ao noso xuízo, se atendemos á Lei 3/2020, do 18 de setembro, de medidas procesuais e organizativas para facer fronte ao COVID-19 no ámbito da Administración de xustiza, que supuxo, entre outras cousas, a atribución ás salas do contencioso-administrativo dos TSX da competencia para “a autorización ou ratificación xudicial das medidas adoptadas conforme a lexislación sanitaria polas autoridades sanitarias de ámbito distinto ao estatal que consideren urxentes e necesarias para a saúde pública e impliquen a limitación ou restrición de dereitos fundamentais cando os seus destinatarios non estean identificados individualmente” e á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional da mesma competencia cando se trate de medidas aprobadas polas autoridades sanitarias estatais.

Pois ben, e como explicou o profesor Francisco Velasco¹⁹, non está claro, en primeiro lugar, cales son os dereitos fundamentais cuxo posible sacrificio debe ser vixiado polos tribunais; en segundo lugar, está pendente de definir en que consiste a “autorización ou ratificación” xudicial das medidas sanitarias.

Ademais, parece así mesmo discutible que sexa oportuna esa intervención xudicial con carácter previo á vixencia das medidas: como argumenta o profesor Alegre Ávila, «a confusión entre as funcións normativa e xurisdicional (...) levou a equiparar a indispensable autorización [previa] xudicial para entrar en domicilio ou levar a cabo o internamento forzoso en establecemento sanitario, por razóns de saúde pública, de persoas debidamente identificadas, con esa ratificación [a posteriori] de medidas xerais, que, por hipótese, dado que teñen por destinatarias unha pluralidade indeterminada de persoas, non poden concretar, a priori, subxectivamente o círculo ou ámbito de persoas afectadas»²⁰.

4 O ÚNICO PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE A GARANTÍA DE DEREITOS DURANTE A CRISE DO COVID-19: A PROHIBICIÓN DUNHA MANIFESTACIÓN PREVISTA PARA O 1 DE MAIO EN VIGO

O 30 de abril de 2020 fíxose público o Auto do Tribunal Constitucional (ATC) 40/2020, que é o único pronunciamento do TC, ata a data, sobre a garantía de dereitos fundamentais durante a crise do COVID-19²¹. Neste ATC rexeitouse a admisión *a trámite* do recurso de amparo promovido pola Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) contra a Sentenza 136/2020 da Sección Primeira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, ditada no procedemento Dereito de reunión 152-2020, e contra a resolución do 21 de abril de 2020 da Subdelegación do Goberno de Pontevedra en relación coa comunicación da celebración dunha manifestación o 1 de maio de 2020 en Vigo²².

O primeiro que chama a atención é que se trata dun auto de inadmisión que se parece moito na súa extensión (os fundamentos xurídicos ocupan 15 páxinas) e, sobre todo, nos seus argumentos ao que podería ser unha sentenza desestimatoria dun recurso de amparo previamente admitido a trámite.

Tamén chama a atención que se dediquen 4 das 15 páxinas dos fundamentos a analizar se concorre a exigencia prevista no artigo 50.1.b da Lei orgánica do Tribunal Constitucional (LOTIC):

«E chama a atención porque, efectivamente, o TC conclúe que si concorre, en concreto, “o suposto g) de especial transcendencia constitucional do FX 2 da STC 155/2009, porque o suposto formulado no recurso de amparo transcende do caso concreto xa que trata unha cuestión xurídica de relevante e xeral repercusión social ou económica. Non podemos esquecer que, como recoñece a recorrente, a manifestación se pretende desenvolver no marco dunha situación de pandemia global moi grave, que produciu un gran número de afectados e de falecidos no noso país, e que puxo a proba as institucións democráticas e a propia sociedade e os cidadáns, xa que se converteron, en conxunto, en elementos esenciais para loitar contra esta situación de crise sanitaria e económica que afecta a todo o país, situado por mor desta ante unha situación que, a pesar de non ser a primeira vez que se produce (xa sufrimos, entre outras, a pandemia de 1918), si é a primeira vez que a nosa actual democracia se viu na necesidade de enfrontarse ante un desafío desta magnitude e de pór en marcha os mecanismos precisos para facerlle fronte.

Ante esta situación é importante o pronunciamento deste Tribunal pola repercusión que a celebración desta ou doutras manifestacións con ocasión da sinalada data do 1 de maio que se poidan pretender celebrar poidan ter sobre o conxunto da sociedade, especialmente sobre a saúde dos cidadáns, levando a cabo unha análise dos contidos do real decreto de declaración do estado de alarma e do seu alcance desde a perspectiva constitucional, especialmente en canto ao exercicio dos dereitos fundamentais, xa que pode establecer pautas importantes na interpretación e aplicación das distintas

previsións daquela norma, en canto intérprete supremo da normal fundamental, que resulten proveitosas para o conxunto da sociedade. O que tamén se pode traducir na enunciación de criterios de actuación que sexan importantes no desenvolvemento do proceso de desescalada que está a iniciar o Goberno. É innegable, en suma, a notoria repercusión que este asunto ten no conxunto da sociedade española” (FX 2).

Bastaría, en principio, este parágrafo para seguir adiante co recurso e entender que concorre esa especial relevancia constitucional pero a Sala Primeira fai previamente unha extensa serie de consideracións que parecen alleas ao que está a tratar nesa parte do auto, pois entra a lembrar a súa xurisprudencia non sobre a especial transcendencia constitucional, senón “en relación co exercicio dos dereitos de reunión e manifestación, a través da cal este Tribunal estableceu criterios moi claros en canto aos presupostos para o exercicio de tales dereitos, os límites e restricións que se lles poden impor a estes, especialmente cando chocan con outros dereitos ou coa protección doutros valores constitucionais, así como as garantías que deben presidir tanto o seu exercicio como a posibilidade de introducir modificacións ou limitacións a este e, especialmente, cando se trata de impedilo”.

O TC resume a continuación o dito na STC 66/1995, do 8 de maio, e nas SSTC 301/2006, do 23 de outubro, 170/2008, do 15 de decembro, e 96/2010, do 15 de novembro, e todo este arsenal xurisprudencial vén a conto “pois do que se trata é de identificar *ad casum* a noción de orde pública con perigo para as persoas, como elemento que serviu para prohibir a celebración da manifestación comunicada».

Como anticipei, esta exposición é máis ben propia dunha sentenza en que se está a analizar se se vulnerou un dereito fundamental reclamado nun recurso de amparo admitido a trámite, cousa que –xa se dixo– aquí non sucedeu. En todo caso, encaixaría mellor no seguinte apartado do auto onde se analiza a eventual adopción de medidas cautelares e a necesidade dunha “resposta inmediata do Tribunal”, que acode ao dereito comparado pero, en parte, para apartarse del: cita a resolución do Tribunal Constitucional Federal Alemán ditada o 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) antes de concluír que non cabe adoptar unha similar (que a autoridade administrativa adopte unha nova resolución que compatibilice o dereito de reunión e a protección da saúde) “porque a manifestación do 1 de maio, conmemorativa dunha determinada efeméride, non pode ser celebrada noutra data, de xeito que non existe marxe temporal que permita devolver o asunto á autoridade competente para que adopte unha decisión diversa”.

Si acolle o noso TC a doutrina do alemán noutra resolución do 7 de abril para xustificar a inviabilidade de adoptar medidas cautelares neste caso, aproveitando para apuntalar con ela a súa decisión de inadmisibilidade.

Na última parte do auto, o TC analiza, na liña xa dita dunha sentenza desestimatoria, “a eventual lesión do dereito fundamental invocado (dereito de manifestación do art. 21 CE)”. E comeza recordando que, “para que os poderes públicos poidan incidir no dereito de reunión constitucionalmente garantido, xa sexa restrinxíndoo, modificando as circunstancias do seu exercicio, ou prohibíndoo mesmo, é preciso (...) que existan razóns

fundadas, o que implica unha exigencia de motivación da resolución correspondente”. O TC admite que a resolución da Subdelegación do Goberno “*é abertamente ambigua e nin sequera deixa totalmente clara a prohibición, [pero] non pode negarse que existe motivación suficiente na Sentenza da Sección 1.ª da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de abril de 2020. Calquera defecto de motivación da resolución administrativa, polo tanto, tería quedado emendado pola extensa motivación do órgano xudicial*”.

A continuación, o TC declara que “a discusión sobre se o decreto de declaración do estado de alarma supón ou non *de facto*, e por derivación da limitación da liberdade deambulatoria do artigo 19 CE, unha limitación excesiva ou mesmo unha suspensión do dereito de manifestación non pode ser abordada, nin sequera a efectos dialécticos neste momento procesual, nin sequera neste recurso de amparo”.

En suma, o TC deixa de lado o Decreto 463/2020, en particular o seu artigo 7, e pasa a estudar se a prohibición da manifestación encaixa no artigo 21 CE. E faino remitíndose, textualmente, a “unha constante xurisprudencia constitucional, á que xa fixemos referencia extensa no FX 2” sobre o carácter limitado dos dereitos fundamentais en xeral e da liberdade de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir coa interpretación do artigo 21, especialmente coa parte que alude á prohibición de reunións “cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”, o TC acode aos artigos 15 (dereito á vida e á integridade física) e 43 CE (dereito á saúde) e dinos que:

«No estado actual da investigación científica, cuxos avances son cambiantes coa evolución dos días, mesmo das horas, non é posible ter ningunha certeza sobre as formas de contaxio, nin sobre o impacto real da propagación do virus, así como tampouco existen certezas científicas sobre as consecuencias a medio e longo prazo para a saúde das persoas que se viron afectadas en maior ou menor medida por este virus. Ante esta incerteza tan acentuada e difícil de calibrar desde parámetros xurídicos que adoitan basearse na seguridade xurídica que recolle o artigo 9.3 da Constitución, as medidas de distanciamento social, confinamento domiciliario e limitación extrema dos contactos e actividades grupais son as únicas que se demostraron eficaces para limitar os efectos dunha pandemia de dimensións descoñecidas ata a data. Descoñecidas e, desde logo, imprevisibles cando o lexislador articulou a declaración dos estados excepcionais no ano 1981. En todo caso, parece obvio que a prohibición de celebrar a manifestación, que deriva claramente da resolución xudicial impugnada, garda unha relación lóxica e de necesidade evidente coa finalidade perseguida por esa mesma interdicción: evitar a propagación dunha enfermidade grave, cuxo contaxio masivo pode levar ao colapso dos servizos públicos de asistencia sanitaria. A adecuación entre a finalidade pretendida pola limitación e a ferramenta xurídica empregada neste caso non parece polo tanto inexistente».

O TC, no seu xuízo de proporcionalidade da medida prohibitiva sobre o que enseguida volveremos, engade que os organizadores non prevén medidas de control da

transmisión do virus específicas, nin destinadas a compensar a previsible concentración de automóviles que podería producirse se existise unha masiva resposta á convocatoria, “que o itinerario elixido polos convocantes supón ocupar durante varias horas [en teoría hora e media] a vía principal de circulación automobilística en Vigo, dividindo a cidade en dúas e, eventualmente, limitando o acceso aos hospitais que se atopan na zona alta da cidade das persoas que viven na zona máis próxima á costa” e, máis abaixo, que “o impacto da infección do COVID-19 na cidade de Vigo tampouco é un dato desprezable á hora de formular o xuízo de proporcionalidade que consideramos...”.

En relación con estas argumentacións cabe, se non obxectar, si, cando menos, precisar o seguinte: os promotores ofrecen unha modalidade de manifestación que pode ser discutible pero, segundo a Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión, “se a autoridade gubernativa considerase que existen razóns fundadas de que poidan producirse alteracións da orde pública, con perigo para persoas ou bens, poderá prohibir a reunión ou manifestación ou, se é o caso, propor a modificación da data, lugar, duración ou itinerario da reunión ou manifestación” (art. 10), é dicir, se a Subdelegación do Goberno en Pontevedra considera que as propostas dos organizadores son insuficientes, pode propor medidas que as complementen: por exemplo, que a manifestación dure media hora e non hora e media ou que o percorrido sexa distinto e non limite o acceso aos hospitais; non obstante, a autoridade administrativa non fai ningún esforzo por tratar de facer efectivo un dereito tan relevante como o de reunión nunha data tan importante como a do 1 de maio. E iso que a entidade convocante se mostrara aberta a adoptar máis medidas²³.

Ao respecto, hai que recordar que a prohibición constitúe, como é lóxico se partimos do principio de efectividade dos dereitos fundamentais, o “último recurso”, debendo antes contemplarse, como prevé a Lei orgánica 9/1983, a opción de proporlles aos promotores modificacións que poidan facer compatible o dereito de reunión con outros dereitos, na liña, por exemplo, do resolto pola citada sentenza do TSX de Aragón.

Pero é que o propio TC no seu auto de inadmisión non fai un auténtico xuízo de proporcionalidade sobre a medida adoptada pola Subdelegación do Goberno e avalada polo TSX de Galicia tal como o propio TC o configurou:

«... en primeiro lugar, que sexa idónea para alcanzar o fin constitucionalmente lexítimo perseguido por ela...; en segundo lugar, que sexa necesaria ou imprescindible para iso, isto é, que non existan outras medidas menos gravosas que, sen impor sacrificio ningún de dereitos fundamentais ou cun sacrificio menor, sexan igualmente aptas para o dito fin (xuízo de necesidade); e, por último, que deriven da súa aplicación máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou intereses en conflito ou, dito doutro xeito, que o sacrificio imposto ao dereito fundamental non resulte desmedido en relación coa gravidade dos feitos e as sospeitas existentes (xuízo de proporcionalidade en sentido estrito)» (por exemplo, STC 70/2002, do 3 de abril, FX 10).

No caso que nos ocupa, o TC parece obviar as dúas primeiras exixencias deste principio e vai directamente á terceira: sen dúbida a protección da vida, da saúde e do

funcionamento do sistema sanitario son máis relevantes para o interese xeral que a prohibición dunha manifestación concreta, pero é a prohibición dunha manifestación que se celebrará a bordo de vehículos, no contexto de concentracións de persoas en centros de traballo e en supermercados a media axeitada para esa finalidade? E, sobre todo, é a prohibición a medida mínima imprescindible no sentido de que non haxa outra que cun sacrificio menor sexa apta para o mesmo fin?

Cabe valorar de forma positiva que no Decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2, se di de xeito expreso que “as reunións en lugares de tránsito público e as manifestacións realizadas en exercicio do dereito fundamental regulado no artigo 21 da Constitución poderán limitarse, condicionarse ou prohibirse cando na comunicación previa presentada polos promotores non quede garantida a distancia persoal necesaria para impedir os contaxios” (art. 7.3).

5 CONCLUSIÓNS

No dereito español temos dúas leis orgánicas para, en teoría, garantir os dereitos fundamentais tanto nos casos de graves crises sanitarias de alcance xeral (estado de alarma) como nas situacións en que cómpre controlar algunha enfermidade transmisible: a primeira permite establecer limitacións de alcance xeral ao exercicio de dereitos fundamentais nos termos previstos no artigo 11 da LO 4/1981 e a segunda serve para limitar os dereitos fundamentais de persoas concretas –“enfermos [e] persoas que estean ou estivesen en contacto con estes”– coa garantía do control xudicial previsto na Lei da xurisdición contencioso-administrativa.

Non obstante, a aplicación práctica destas normas evidenciou, primeiro, que a LO 4/1981 aínda que é clara nas súas premisas pode ser insuficiente nas súas previsións actuais para facer fronte de xeito eficaz a unha pandemia como a que padecemos agora; pola súa banda, a LO 3/1986, que algúns consideraron suficiente para responder ás exigencias da COVID-19, dista moito de ser clara no que respecta ás eventuais medidas de limitación xeral de dereitos fundamentais e ás propias premisas que xustificarian a súa adopción.

En todo caso, e polo que á LO 4/1981 se refire, o decreto de estado de alarma que mellor parece axustarse ás disposicións legais é o acordado por medio do Real decreto 926/2020, vixente no momento de concluír estas liñas, pois restrinxe, efectivamente, a liberdade de ambulatoria nunhas horas determinadas: “durante o período comprendido entre as 23.00 e as 6.00 horas, as persoas unicamente poderán circular polas vías ou espazos de uso público para a realización das seguintes actividades...”.

En segundo lugar, a aplicación “práctica” do estado de alarma evidenciou a súa pouca funcionalidade cando se decreta para un ámbito territorial pequeno, mesmo para grandes cidades (Madrid) ou conurbacións, como aconteceu co Decreto 900/2020, que exixiu o acordo en Consello de Ministros e dar conta ao Congreso dos Deputados, ao que se

suma a pouco comprensible ausencia de delegación na presidencia da comunidade autónoma. Como xa se dixo, non é alleo a esta disfuncionalidade que a Lei orgánica 4/1981 se aprobase cando o Estado autonómico español se estaba comezando a desenvolver e moitas das cuestións susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidade, protección civil, medio ambiente, consumo...) son agora competencia, en boa parte, das comunidades autónomas.

En terceiro termo, a ausencia de previsións constitucionais e legais sobre a eventual duración das prórrogas do estado de alarma admitiría, en principio, unha prórroga de varios meses –a prórroga do estado de alarma instaurado polo Decreto 926/2020 é de seis meses segundo o acordo do Congreso dos Deputados do 29 de outubro–, o que dificulta o exercicio, con consecuencias inmediatas, do control por parte da oposición sobre o alcance dunhas disposicións que poden limitar de xeito intenso dereitos fundamentais.

En cuarto lugar, constatamos que hai notables discrepancias sobre o alcance que pode ter, como dereito legal sanitario de excepción, o artigo 3 da LO 3/1986 e, no noso caso, decantámonos pola interpretación que del fixeron algúns TSX, que o invalidaría para a aplicación ás restricións indiscriminadas de dereitos fundamentais. En suma, para amparar limitacións de alcance xeral é preciso que se concreten as ditas medidas e os supostos para a súa aplicación, o que faría precisa, cando menos, unha reforma da citada lei orgánica.

Finalmente, e polo que respecta ao único pronunciamento do TC ata a data relacionado co estado de alarma, no auto do 30 de abril avalou a prohibición dunha manifestación invocando un criterio de proporcionalidade que, en realidade, non é tal, pois o TC prescinde das dúas primeiras exixencias deste principio e vai directamente á terceira: sen dúbida a protección da vida, da saúde e do funcionamento do sistema sanitario son máis relevantes para o interese xeral que a prohibición dunha manifestación concreta, pero, atendidas as circunstancias do caso concreto, cabían medidas limitativas do dereito sen necesidade de acudir á súa prohibición.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A. 2011. «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28: 305-334.
- Alcaraz, H. 2020. «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0023>.
- Alegre Ávila, J.M. 2020. «Denegación judicial de ratificación de medidas sanitarias y declaración de estado de alarma», en AEPDA. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2962-Denegacion-judicial-de-ratificacion-de-madidas-sanitarias-y-declaracion-de-estado-de-alarma.aspx>.

- Alegre Ávila, J.M. e Sánchez Lamelas, A. 2020. «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», en AEPDA. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.
- Alegre Ávila, J.M. e Sánchez Lamelas, A. 2021. «La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y apuntes doctrinales», en *Akademia. Revista internacional y comparada de derechos humanos* (en prensa).
- Álvarez García, F.J. 2020. «Estado de alarma o de excepción», en *Estudios penales y criminológicos*, XL: 1-20.
- Álvarez García, V., Arias Aparicio, F. e Hernández Díez, E. 2020. *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*. Madrid: lustel.
- Álvarez Vélez, M.I. 2016. «Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34: 325-340.
- Amoedo Souto, C. 2020. «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas"*, 86/87: 66-77.
- Arnaldo, E. 2020. «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», en *Diario La Ley*, 9645 (19 de maio de 2020).
- Bilbao Ubillos, J.M. 2020. «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>.
- Carro Martínez, A. 2010. «Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional», en Ó. Alzaga, *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas"*, 86/87: 88-101.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», en *Diario La Ley*, 9608 (Sección Doutrina).
- Cruz Villalón, P. 1981. «El nuevo Derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2: 93-128.
- Cruz Villalón, P. 1984. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. 2020. «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0005>.

- De la Sierra Morón, S. 2020. «Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 32-41 (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas).
- Delgado del Rincón, L.E. 2020. «Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0017>.
- Dueñas Castrillo, A.I. 2020. «Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por COVID-19», en P. Biglino Campos e J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0004>.
- Fernández Segado, F. 1981. «La Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de derecho político*, 11: 83-116.
- Garrido López, C. 2017. «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110: 43-73.
- Garrido López, C. 2020. «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 46: 371-402.
- Gómez-Bellvís, A.B. 2020. «La disuasión penal en el estado de alarma: Sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», en *InDret Criminología Revista para el Análisis del Derecho*, 4. <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.08>.
- Ituren-Oliver, A. e Esteve-Segarra, A. 2020. «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», en *Trabajo y Derecho*, 12 (Monográfico 12/2020).
- Kölling, M. 2020. «Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19 en Alemania», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0020>.
- López Garrido, D. 1984. *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales.
- Mastromarino, A. 2020. «La respuesta a la emergencia COVID-19: el caso italiano», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0024>.
- Nogueira López, A. 2020. «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas*, 86/87: 22-31.

- Pérez Sola, N. 2012. «Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2. Madrid: Universitas.
- Presno Linera, M.A. 2020a. «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 54-65. (Exemplar dedicado a: Coronavirus e outros problemas).
- Presno Linera, M.Á. 2020b. «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», en J.F. Rodríguez e E. Atienza, *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson.
- Requejo Rodríguez, P. 2004. «La suspensión de los derechos fundamentales», en F. Bastida, et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Requejo Rodríguez, P. 2009. «Art. 55. De la suspensión de los derechos y libertades», en M.E. Casas e M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Rodríguez-Piñero e Bravos-Ferrer, M. 2020. «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», en *Derecho de las relaciones laborales*, 6: 673-774.
- Santamaría Pastor, J.A. 2020. «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en D. Blanquer Criado, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Solozábal Echavarría, J.J. 2020. «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en P. Biglino Campos y J.F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional. Colección Obras colectivas*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0002>.
- Torres Muro, I. 2009. «Art. 116. Los estados excepcionales», en M.E. Casas e M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Velasco Caballero, F. 2020a. «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87: 76-85.
- Velasco Caballero, F. 2020b. «Dereito local e COVID-19», en *REGAP: Revista galega de administración pública*, 1(59): 5-33. <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4405>.

NOTAS

- 1 Quero agradecer de forma expresa as suxestións e os comentarios das persoas que avaliaron este traballo, que serviron para mellorar a súa forma e o seu contido.
- 2 No blog *El derecho y el revés* (dispoñible en: <https://presnoliner.wordpress.com/>) publiqué diversos comentarios, desde o 8 de marzo de 2020, sobre a aplicación do dereito de excepción à crise sanitaria do COVID-19; véxanse, así mesmo, as entradas de Francisco Velasco Caballero no seu blog <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/> e las de Andrés Boix Palop en <http://www.lapaginadefinitiva.com/author/andres-boix/>. De grande interese é o seguimento realizado por Álvarez García, Arias Aparicio e Hernández Díez, 2020, e a información dispoñible en <https://forocsy.com/coronavirus-the-law/>; con carácter xeral, é de grande utilidade toda a información recollida polo profesor Cotino Hueso no Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 (<https://www.uv.es/derechos/>); para unha panorámica bibliográfica moito máis completa, <https://derechocovid.com/publicaciones-post-covid/>. Para unha perspectiva comparada son de grande interese as publicacións dispoñibles en <https://www.comparativecovidlaw.it/> e <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>; centrados na Unión Europea <https://fra.europa.eu/en/themes/covid-19> e [http://www.sidiblog.org/2020/03/24/forum-covid-19-diritto-internazionale-e-diritto-dellunione-europea/](http://www.sidiblog.org/2020/03/24/forum-covid-19-diritto-internazionale-e-diritto-dellunione-europea;); nos Estados Unidos <https://blogs.loc.gov/law/2020/03/coronavirus-resource-guide/?loclr=bloglaw>; sobre COVID-19 e prisións <https://>

- covid19prisons.wordpress.com/. Entre os traballos centrados nas análises das respostas comparadas en xeral, por unha parte, e alemá, francesa e italiana en particular, véxanse, respectivamente, os estudos de De la Sierra, Kölling, Alcaraz e Mastromarino, todos en 2020.
3. 1. Unha lei orgánica regulará os estados de alarma, de excepción e de sitio, así como as competencias e limitacións correspondentes.
 2. O estado de alarma será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros por un prazo máximo de quince días, dando conta ao Congreso dos Deputados, reunido inmediatamente para iso e sen a autorización do cal non poderá ser prorrogado ese prazo. O decreto determinará o ámbito territorial a que se estenden os efectos da declaración.
 3. O estado de excepción será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros, logo de autorización do Congreso dos Deputados. A autorización e proclamación do estado de excepción deberá determinar expresamente os efectos deste, o ámbito territorial a que se estende e a súa duración, que non poderá exceder os trinta días, prorrogables por outro prazo igual, cos mesmos requisitos.
 4. O estado de sitio será declarado pola maioría absoluta do Congreso dos Deputados, por proposta exclusiva do Goberno. O Congreso determinará o seu ámbito territorial, duración e condicións.
 5. Non poderá procederse á disolución do Congreso mentres estean declarados algúns dos estados comprendidos neste artigo, quedando automaticamente convocadas as cámaras se non estivesen en período de sesións. O seu funcionamento, así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non poderán interromperse durante a vixencia destes estados. Disolto o Congreso ou expirado o seu mandato, se se produciere algunha das situacións que dan lugar a calquera dos ditos estados, as competencias do Congreso serán asumidas pola súa Deputación Permanente.
 6. A declaración dos estados de alarma, de excepción e de sitio non modificarán o principio de responsabilidade do Goberno e dos seus axentes reconecidos na Constitución e nas leis.
 4. Cruz Villalón, 1981 e Cruz Villalón, 1984; tamén Fernández Segado, 1981; López Garrido, 1984; Carro Martínez 1998; Torres Muro, 2009; Aba Catoira, 2011; Pérez Sola, 2012; Garrido López, 2017; Requejo Rodríguez, 2001 e Requejo Rodríguez, 2009; Solozábal Echavarría, 2020; Garrido López, 2020.
 5. a) Limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en horas e lugares determinados, ou condicionais ao cumprimento de certos requisitos.
 - b) Practicar requisas temporais de todo tipo de bens e impor prestacións persoais obrigatorias.
 - c) Intervir e ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotacións ou locais de calquera natureza, con excepción de domicilios privados, dando conta diso aos ministerios interesados.
 - d) Limitar ou racionar o uso de servizos ou o consumo de artigos de primeira necesidade.
 - e) Impartir as ordes necesarias para asegurar o abastecemento dos mercados e o funcionamento dos servizos dos centros de produción afectados polo apartado d) do artigo cuarto.
 6. Delgado del Rincón, 2020.
 7. Así, por exemplo, o artigo 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, prevé:
 1. Sen prexuízo das medidas previstas na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública, con carácter excepcional e cando así o requiran motivos de extraordinaria gravidade ou urxencia, a Administración xeral do Estado e as das comunidades autónomas e cidades de Ceuta e Melilla, no ámbito das súas respectivas competencias, poderán adoptar cantas medidas sexan necesarias para asegurar o cumprimento da lei.
 2. En particular, sen prexuízo do previsto na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, a autoridade competente poderá adoptar, mediante resolución motivada, as seguintes medidas:
 - a) A inmovilización e, se procede, o comiso de produtos e substancias.
 - b) A intervención de medios materiais ou persoais.
 - c) O peche preventivo das instalacións, establecementos, servizos e industrias.
 - d) A suspensión do exercicio de actividades.
 - e) A determinación de condicións previas en calquera fase da fabricación ou comercialización de produtos e substancias, así como do funcionamento das instalacións, establecementos, servizos e industrias a que se refire esta lei, coa finalidade de corrir as deficiencias detectadas.
 - f) Calquera outra medida axustada á legalidade vixente se existen indicios racionais de risco para a saúde, incluída a suspensión de actuacións de acordo co establecido no título II desta lei.
 3. As medidas adoptaranse logo de audiencia dos interesados, salvo en caso de risco inminente e extraordinario para a saúde da poboación, e a súa duración non excederá o tempo exixido pola situación de risco que as motivou. Os gastos derivados da adopción de medidas cautelares consideradas neste artigo correrán a cargo da persoa ou empresa responsable. As medidas que se adopten deberán, en todo caso, respectar o principio de proporcionalidade". Sobre as competencias autonómicas na materia, Nogueira López, 2020; Velasco Caballero, 2020a; De la Quadra-Salcedo Janini, 2020; sobre o ámbito local, Velasco Caballero, 2020b.
 8. Nun sentido favorable á declaración do estado de excepción a partir dunha comprensión diferente da orde pública, Álvarez García, 2020; sobre as diferentes posturas doutrinarias, Garrido López, 2020.
 9. No mesmo sentido pronunciouse o Consello de Estado no seu Ditame 615/2020, do 25 de outubro, sobre o proxecto de real decreto polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2: "... As situacións de epidemia constitúen pola súa propia natureza unha alteración grave da normalidade e non afectan á orde pública democrática. Precisamente por iso, o lexislador incluíu as crises sanitarias en xeral e as epidemias en particular entre os supostos de feito que xustifican a declaración do estado de alarma. Certamente, non cabe descartar en hipótese que unha determinada epidemia, en unión con factores doutra natureza –sociais, económicos ou políticos–, puidese chegar a ocasionar graves alteracións da orde pública democrática, no sentido constitucionalmente exixido para a declaración do estado de excepción. Pero tal situación de ningún xeito concorre na epidemia actual provocada polo COVID-19".
 10. Santamaría Pastor, 2020; Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2020, e Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2021.
 11. Sobre estas cuestións, Requejo Rodríguez, 2004. Nun sentido contrario ao aquí defendido, o Consello de Estado, no citado Ditame 615/2020, concluíu que "non cabe dúbida (...) de que esas medidas restritivas ou limitativas poden alcanzar a intensidade que sexa necesaria para o fin que se propoñen, sempre e cando caiba concluír –nun xuízo de proporcionalidade– que son adecuadas e necesarias para loitar contra a epidemia. O grao da restrición ou limitación de dereitos estará en función da gravidade da epidemia e das medidas que resulten oportunas para pórle fin. Deste modo, é posible adoptar, dentro do estado de alarma, medidas restritivas ou limitativas que comporten un alto grao de afectación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas". Tampouco o Defensor do Pobo cre que existan motivos para cuestionar a constitucionalidade: "o confinamento xeneralizado, masivo, longo no tempo, constitúe, pola súa propia natureza, unha severa restrición do que poden facer as persoas na súa vida cotiá. E afecta, como non podía ser doutro xeito, ao exercicio dos dereitos fundamentais". Non obstante, advirte de que, a xuízo da institución "de

- ningún xeito significa –ou significou durante o estado de alarma– a suspensión de determinados dereitos fundamentais, como sosteñen moitos dos comparecetes, senón unha limitación do seu exercicio. Se se tivese aplicado o estado de excepción, como consideran algúns peticionarios, si se terían suspendido eses dereitos”. O titular da institución recoñece que durante o estado de alarma algúns dereitos se viron intensamente afectados, pero sinala que “unha interpretación conxunta da Constitución e da LOAES permite concluír que se limitan dereitos, pero non se suspenden”. Así, recorda que esta distinción “non é banal”. “A limitación modula o exercicio dos dereitos, a suspensión elimínalos”.
- (Dispoñible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/constitucionalidad-estado-alarma/>).
- 12 Véxanse os traballos de Nogueira López, 2020; Amoedo Souto, 2020; Cotino Hueso, 2020a e Cotino Hueso, 2020b; sobre os factores asociados ao incumprimento destas previsións, Gómez-Bellvís, 2020.
 - 13 a) Adquisición de medicamentos, produtos sanitarios e outros bens de primeira necesidade.
b) Asistencia a centros, servizos e establecementos sanitarios.
c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urxencia.
d) Cumprimento de obrigas laborais, profesionais, empresariais, institucionais ou legais.
e) Retorno ao lugar de residencia habitual tras realizar algunhas das actividades previstas neste apartado.
f) Asistencia e coidado a maiores, menores, dependentes, persoas con discapacidade ou persoas especialmente vulnerables.
g) Por causa de forza maior ou situación de necesidade.
h) Calquera outra actividade de análoga natureza, debidamente acreditada.
i) Botar combustible en gasoleiras ou estacións de servizo, cando resulte necesario para a realización das actividades previstas nos parágrafos anteriores.
 2. A autoridade competente delegada correspondente poderá determinar, no seu ámbito territorial, que a hora de comezo da limitación prevista neste artigo sexa entre as 22.00 e as 00.00 horas e a hora de finalización da dita limitación sexa entre as 5.00 e as 7.00 horas.
 - 14 “A medida prevista no artigo 6 non afecta ao réxime de fronteiras. Sen prexuízo do anterior, no caso de que esa medida afecte a un territorio con fronteira terrestre cun terceiro Estado, a autoridade competente delegada comunicarllelo con carácter previo ao Ministerio do Interior e ao Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea e Cooperación”.
 - 15 Sobre estas cuestións, Dueñas Castrillo, 2020.
 - 16 Sobre esta STC, Garrido López, 2017 e Álvarez Vélez, 2016.
 - 17 Suspéndense as visitas nos centros residenciais de persoas maiores, salvo circunstancias individuais en que sexan de aplicación medidas adicionais de coidados e humanización ou situacións de final da vida, que adoptará a dirección do centro, sen prexuízo do uso de formas alternativas de contacto entre os residentes e os seus familiares, tales como videoconferencias, chamadas telefónicas ou similares. Así mesmo, non se permiten as saídas dos residentes fóra do recinto da residencia salvo para acudir ao médico e similares ou situacións de forza maior. E no seu apartado sexto dise:
«Sexto.- Efectos.
1. Este acordo producirá efectos desde o día 6 de novembro ás 00.00 horas e manterá a súa eficacia mentres subsista a situación de risco que motivou a declaración do nivel de alerta 4. Para os efectos de avaliar o risco sanitario e a proporcionalidade das medidas aplicadas, realizarase un seguimento continuo da situación epidemiolóxica por parte da Consellería de Sanidade, que enviará información cada 14 días á Junta de Castela e León sobre a necesidade de manter, ampliar ou reducir o nivel de alerta declarado.
2. As medidas preventivas excepcionais previstas no apartado segundo manterán a súa eficacia durante un período non superior a 14 días naturais, contados desde o día da publicación deste acordo e serán obxecto de seguimento e avaliación continua co fin de garantir a súa adecuación á evolución dos indicadores sanitarios, epidemiolóxicos, sociais, económicos e de mobilidade, podendo ser mantidas, modificadas ou levantadas».
 - 18 Amplemente, Alegre Ávila e Sánchez Lamelas, 2021.
 - 19 <https://www.abogacia.es/revista/revistaabogacia/123b/publication/contents/media/1238273.pdf>.
 - 20 Alegre Ávila, 2020.
 - 21 Ao respecto, Arnaldo, 2020; Bilbao Ubbillos, 2020; Cotino, 2020; Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, 2020; Ituren-Oliver e Esteve-Segarra, 2020.
 - 22 Nos antecedentes inforámasenos de que “o motivo da convocatoria é celebrar o día 1 de maio, da clase traballadora... A manifestación comezará ás 11.00 na Praza de España, indicándose o percorrido, con finalización en Concepción Arenal, diante do edificio da Xunta ás 12.30 horas”. A Subdelegación do Goberno en Pontevedra respondeu, entre outras cousas, “que, na actualidade, o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, polo que se declara o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada polo COVID-19, non prevé, entre as actividades exceptuadas da limitación xeral para circular, os desprazamentos co fin exposto na súa comunicación”.
 - 23 Así, no punto sexto da convocatoria díciase que, “entendendo a gravidade da situación que vivimos, a CUT opta pola manifestación rodada cun manifestante en cada auto e debidamente protexidos e identificados polo sindicato, e atendendo a calquera outra indicación que se nos faga dende esta subdelegación ou as autoridades sanitarias”.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 87-102
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4702>
© Carlos Ortega Carballo
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 14/12/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License



Dereito de manifestación en tempos de pandemia

Derecho de manifestación en tiempos de pandemia

The right to demonstrate in times of pandemic

CARLOS ORTEGA CARBALLO

Letrado do Tribunal Constitucional
Letrado do Tribunal de Contas
caorcarballo@gmail.com

Resumo: A crise sanitaria provocada polo COVID-19 puxo en risco o exercicio de determinados dereitos fundamentais; entre eles, especialmente o dereito de manifestación, cuxo exercicio necesita, por definición, a presenza de varias persoas nun determinado tempo e lugar, o que parecería contravir as medidas básicas de protección fronte á pandemia. O equilibrio entre as medidas adoptadas para a loita contra a enfermidade e regular exercicio dos dereitos fundamentais é o reto que deben afrontar todos os actores implicados: autoridades públicas, xuíces e tribunais, Tribunal Constitucional e Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Atopámonos nun momento clave, sen precedentes, na defensa dos dereitos fundamentais.

Palabras clave: Dereito de manifestación, limitacións aos dereitos fundamentais, COVID-19, ponderación de dereitos e canon de proporcionalidade, control do poder.

Resumen: La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha puesto en riesgo el ejercicio de determinados derechos fundamentales; entre ellos, especialmente el derecho de manifestación, cuyo ejercicio necesita, por definición, la presencia de varias personas en un determinado tiempo y lugar, lo que parecería contravenir las medidas básicas de protección frente a la pandemia. El equilibrio entre las medidas adoptadas para la lucha contra la enfermedad y el regular ejercicio de los derechos fundamentales es el reto que deben afrontar todos los actores implicados: autoridades públicas, jueces y tribunales, Tribunal Constitucional y Tribunal

Europeo de Derechos Humanos. Nos encontramos en un momento clave, sin precedentes, en la defensa de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho de manifestación, limitaciones a los derechos fundamentales, COVID-19, ponderación de derechos y canon de proporcionalidad, control del poder.

Abstract: The health crisis provoked by COVID-19 has put at risk the exercise of certain fundamental rights; among them, especially the right to demonstrate whose exercise requires, by definition, the presence of several people at a given time and place, which would seem to contravene basic protection measures against the pandemic. The balance between the measures taken to combat the disease and the regular exercise of fundamental rights is the challenge facing all the actors involved: public authorities, judges and courts, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Key words: Right to demonstrate, limitations to fundamental rights, COVID-19, weighting of rights and principle of proportionality, power control.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Concepto e límites do dereito de manifestación na xurisprudencia do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. 2.1 Concepto. 2.2 Límites. 2.3 Aplicación dos límites. 3 Dereitos de manifestación e COVID-19. 4 Pronunciamento do Tribunal Constitucional no Auto 40/2020, do 30 de abril. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

O obxecto deste traballo é establecer unhas liñas xerais sobre as limitacións que a crise sanitaria do COVID-19 está a provocar no normal exercicio dos nosos dereitos fundamentais, en especial en relación co dereito de manifestación.

Nuns momentos en que a crispación e a radicalidade política do noso país nos mostra unha constante utilización partidista da pandemia, é máis necesario que nunca volver ao debate xurídico, sen connotacións políticas, para poder protexer de verdade o exercicio dos dereitos fundamentais nunhas circunstancias tan extraordinarias.

A crise sanitaria sen precedentes que estamos a padecer obríganos a enfrontarnos a situacións límite. Todos os países das nosa contorna decretaron diferentes medidas xurídicas que, con distintas denominacións, teñen en común a concentración do poder e a posibilidade de adoptar medidas extraordinarias que afectan á esfera xurídica das persoas e, en ocasións, aos seus dereitos fundamentais. A idea destas medidas excepcionais é habilitar o poder para que adopte calquera medida necesaria para vencer a pandemia. O risco da adopción das ditas medidas extraordinarias é que poidan supor unha limitación ou restrición, cando non a suspensión, dos dereitos fundamentais dos cidadáns. Nun Estado de dereito como o que temos, o reto é non perder o equilibrio entre a necesidade de adoptar medidas –claramente intrusivas– para protexer os cidadáns da pandemia e, ao mesmo tempo e de xeito non excluínte, a protección do exercicio dos seus dereitos fundamentais.

Cómpre lembrar que, tras máis de dez meses desde o inicio desta crise sanitaria, desgraciadamente a ciencia, polo momento e en espera dunha vacina efectiva e segura, só puido ofrecer unha solución parcial á enfermidade que cambiou o mundo: o distanciamento social. Hoxe por hoxe, o único que as autoridades nos recomendan –ademais do uso de máscaras e do frecuente lavado de mans– é manter a distancia social e evitar

a mobilidade non esencial e as reunións de persoas. Por iso, co estado actual da crise parece obvio que se hai un dereito fundamental que se vise especialmente afectado é, precisamente, o dereito de reunión e de manifestación, cuxo exercicio require, por definición, unha colectividade de persoas xuntas nun determinado espazo e tempo.

Ademais, a prolongación da crise por un tempo aínda imprevisible obriga a ter en conta esta circunstancia, xa que permanecer no domicilio e/ou manter o distanciamento social, malia seren medidas eficaces para controlar a expansión do virus, non son medidas que poidan manterse indefinidamente no tempo, posto que o seu custo –non só económico– parece inasumible na sociedade actual. Todo apunta a que debemos prepararnos para convivir co virus e por iso tamén coas medidas que poidan afectar aos nosos dereitos fundamentais. O control do poder faise hoxe máis necesario que nunca.

Dentro da sobreinformación da que gozamos e padecemos ao mesmo tempo, este artigo só pretende debuxar as liñas esenciais do dereito fundamental de manifestación e como foi afectado pola crise sanitaria. Por iso, é necesario recordar o que dixo o noso Tribunal Constitucional (TC) e o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH) acerca deste dereito; e, con esa xurisprudencia sobre a mesa, será máis doado extraer algunha consecuencia útil para saber se o dereito de manifestación sobrevive e, se é o caso, en que condicións, nestes tempos tan extraordinarios.

2 CONCEPTO E LÍMITES DO DEREITO DE MANIFESTACIÓN NA XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E DO TRIBUNAL EUROPEO DE DEREITOS HUMANOS

2.1 Concepto

O dereito de reunión pacífica e sen armas recóllese no artigo 21 da Constitución española (CE)¹, no cal dispón que o seu exercicio non necesitará autorización previa, soamente comunicación á autoridade nos casos de reunións en lugares de tránsito público e manifestacións que só poderá prohibilas cando existan “razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”. Foi o lexislador no artigo 1 da Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, regulador do dereito de reunión, o que definiu este dereito como “a concurrencia concertada e temporal de máis de 20 persoas, con finalidade determinada”.

Pola súa banda, o Tribunal Constitucional estableceu unha consolidada doutrina sobre este dereito, por todas STC 193/2011, do 12 de decembro, onde sinala que “o dereito de reunión –do que o dereito de manifestación é unha vertente²– se caracteriza como “unha manifestación colectiva da liberdade de expresión efectuada a través dunha asociación transitoria de persoas que opera de maneira instrumental ao servizo do intercambio ou exposición de ideas, de defensa de intereses ou de publicidade de problemas e reivindicacións, cuxos elementos configuradores son o subxectivo (agrupación

de persoas), o temporal (duración transitoria), o finalista (licitude da finalidade) e o real ou obxectivo (lugar de celebración)”.

Destes elementos configuradores, será o subxectivo, a agrupación de persoas, o que choque precisamente coas medidas ditadas para combater a pandemia e o que deberá ser ponderado coidadosamente no momento de modular, ou mesmo de non permitir, unha manifestación por parte do poder público. Ninguén se manifesta só, a protesta individual encaixaría na liberdade de expresión, máis que no dereito de manifestación.

Explica o Tribunal Constitucional que existe unha estreita vinculación entre o dereito de reunión e manifestación e o dereito á libre expresión do artigo 20.1.a) CE, que tamén foi resaltada polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, como se verá despois. O dereito de manifestación e a liberdade de expresión van unidos de xeito inseparable, o que supón unha especial protección do ordenamento xurídico e, polo tanto, un especial coidado e rigor cando se pretenda limitar ou modular tal dereito.

O dereito de reunión convértese, así, nun dos eixes vertebradores (canle do principio democrático participativo) do Estado social e democrático de dereito proclamado na Constitución, cuxo contido, non obstante, pode verse modulado polos límites ao seu exercicio que forzosamente impón a protección doutros bens ou dereitos constitucionais. Esta vai ser a clave do problema ao cal nos enfrontamos: a ponderación do dereito de manifestación con outros dereitos ou bens constitucionais.

Pero o estudo deste dereito non pode acabar na Constitución española; en virtude do artigo 10 CE³, a súa análise debe ter como referencia a regulación no Convenio Europeo de Dereitos Humanos (CEDH) e a xurisprudencia do TEDH de Estrasburgo.

O artigo 11 do CEDH⁴ reconece este dereito en termos similares á nosa Constitución, aínda que debe subliñarse que expresamente establece, a diferenza da nosa Constitución, como un dos seus posibles límites a protección da saúde. En principio, o TEDH só nunha ocasión abordou a adecuación ao CEDH dunha limitación do dereito de reunión por motivo de protección da saúde. Foi no caso *Cisse v. France*, do 9 de xullo de 2002; o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos considerou proporcionada a orde governativa de evacuación dunha igrexa ante unha reunión pacífica e en si mesma non directamente perturbadora da orde pública e do dereito de culto, na cal, non obstante, o estado de saúde dos congregados se degradara e as circunstancias sanitarias eran moi deficientes.

A xurisprudencia do TEDH sobre o dereito de manifestación, que inspirou a do noso Tribunal Constitucional, pode sintetizarse nos seguintes principios.

O dereito á liberdade de reunión pacífica é un dereito fundamental nunha sociedade democrática e, igual que o dereito á liberdade de expresión, é un dos fundamentos da dita sociedade. O TEDH consolidou na súa xurisprudencia o principio xeral segundo o cal o dereito á liberdade de reunión non debe interpretarse de forma restritiva e, por iso, para evitar o risco dunha interpretación limitativa deste dereito, abstívose de formular a noción deste dereito enumerando exhaustivamente os criterios que a definirían (*Navalny c. Rusia [GC]*, § 98)⁵.

O TEDH recorda o vínculo entre o artigo 10, liberdade de expresión, e o artigo 11, e afirma que é particularmente pertinente esa relación cando as autoridades interferiron no dereito á liberdade de reunión pacífica como reacción ás opinións ou declaracións dos participantes nunha manifestación ou dos membros dunha asociación (Primov e outros c. Rusia, § 92). Por iso, a importancia deste dereito é especialmente relevante. Por outra banda, o dereito á liberdade de reunión inclúe o dereito a elixir o momento, o lugar e a forma da conduta da reunión ou manifestación, dentro dos límites establecidos no parágrafo 2 do artigo 11 (Sáska c. Hungría, § 21)⁶.

O artigo 11 da Convención soamente protexe, igual que o artigo 21 CE, o dereito de “reunión pacífica”, unha noción que non abrangue unha manifestación en que os organizadores e participantes teñan intencións violentas. Polo tanto, as garantías do artigo 11 aplícanse a todas as reunións agás a aquelas en que os organizadores e os participantes teñen tales intencións, incitan á violencia ou rexeitan dalgún xeito os fundamentos dunha sociedade.

2.2 Límites

O dereito de manifestación non é un dereito absoluto; está suxeito, como todos os demais dereitos fundamentais, a certos límites. Dentro do noso ordenamento xurídico, os límites do dereito de manifestación poden clasificarse con relación á **súa orixe en tres tipos**.

O primeiro será o límite que o propio artigo 21 CE establece e ao que nos referimos antes, “razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”. Este será o primeiro límite que ponderará a autoridade administrativa á que se lle comunique a celebración dunha manifestación, e, en virtude da posible previsibilidade de tales alteracións da orde pública, poderá modular o exercicio de tal dereito ou, nos casos máis extremos, prohibilo.

En segundo lugar, existen os límites que veñen determinados polo lexislador. Ningunha dúbida hai de que a lei –no seu caso orgánica– pode impor límites ao exercicio de dereitos fundamentais, sempre que eses límites legais respecten, pola súa vez, o contido esencial do dereito (art. 53.1 CE) e sexan proporcionados e que en relación con este dereito recolle a Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión⁷.

Un terceiro tipo de límites que se aplican a todos os dereitos fundamentais son os derivados da posible colisión de dereitos ou bens constitucionais. No caso do dereito de manifestación en tempos de COVID-19, parece evidente que tal dereito colidirá co dereito á integridade física, artigo 15 CE⁸ e co dereito á protección da saúde, artigo 43 CE⁹. Enseguida volverei sobre este punto.

Tamén dentro da xurisprudencia do TEDH se atopa a afirmación de que o dereito á liberdade de reunión non é absoluto e, por iso, pode estar suxeito a restricións ou límites de acordo co parágrafo 2 do artigo 11 CEDH: “O exercicio destes dereitos non poderá ser obxecto doutras restricións máis que aquelas que, previstas pola lei, constitúan medidas necesarias nunha sociedade democrática, para a seguridade nacional, a seguridade pública, a defensa da orde e a prevención do delito, a protección da saúde

ou da moral, ou a protección dos dereitos e liberdades alleos. Este artigo non prohibe que se impoñan restricións lexítimas ao exercicio destes dereitos polos membros das Forzas Armadas, da policía ou da Administración do Estado”.

Para o TEDH, hai dous tipos de límites, cada un dos cales dá lugar a unha serie de cuestións xurídicas. O primeiro tipo comprende condicións sobre o exercicio do dereito á liberdade de reunión, en particular normas sobre a planificación e realización dunha manifestación imposta mediante notificación e, nalgúns Estados, autorización obrigatoria. As restricións deste tipo diríxense principalmente aos organizadores da asemblea. O segundo tipo de límites comprende medidas de aplicación, como o control de multitudes, a dispersión dunha asemblea, o arresto dos participantes e/ou as sancións posteriores. Tales restricións teñen por obxecto principalmente os participantes da manifestación, xa sexan actuais, aspirantes ou pasados.

Como principio xeral, para que unha limitación no exercicio deste dereito non constituía unha violación do artigo 11 CEDH, debe reunir tres requisitos: que estea “*prescrita pola lei*”, que persiga un ou máis “*obxectivos lexítimos*” conforme o parágrafo 2 e que sexa “*necesaria nunha sociedade democrática*” para o logro do obxectivo ou os obxectivos en cuestión.

O TEDH subliña que a expresión “*prescrita pola lei*” que figura no artigo 11 do Convenio non só exige que a medida impugnada teña algún fundamento no dereito interno, senón que tamén se refire á “calidade da lei” en cuestión. A lei debe ser accesible ás persoas interesadas e estar formulada con suficiente precisión para permitirlles –se é necesario, co asesoramento axeitado– prever, nun grao razoable segundo as circunstancias, as consecuencias que unha acción determinada pode implicar (Vyerentsov c. Ucraína, § 51).

Polo que se refire a que a actuación do Estado persiga un “*obxectivo lexítimo*”, o típico exemplo será o de evitar desordes públicas. En canto a este límite –un dos motivos permisibles máis comunmente citados para as restricións impostas ao exercicio do dereito á liberdade de reunión–, o TEDH entende que debe interpretarse de xeito restritivo, en consonancia coa expresión “*la défense de l'ordre*” utilizada no texto francés (Navalny c. Rusia [GC], § 120). Ademais da prevención das desordes, tamén se adoita citar como obxectivo lexítimo a protección dos dereitos dos demais. De feito, estes dous obxectivos están estreitamente vinculados, xa que “as restricións á liberdade de reunión pacífica en lugares públicos poden servir para protexer os dereitos dos demais con miras a prever as desordes e manter un fluxo ordenado do tráfico” (Éva Molnár c. Hungría, § 34).

Por último, en relación con que a interferencia estatal sexa “*necesaria nunha sociedade democrática*”, concepto especialmente aberto, o TEDH explicou que a súa tarefa non consiste en substituír a opinión das autoridades nacionais competentes pola súa propia, senón máis ben en examinar, en virtude do artigo 11 CEDH, as decisións que os Estados adoptasen, tendo en conta que, ao examinar se as restricións dos dereitos e liberdades garantidos polo Convenio poden considerarse “*necesarias nunha sociedade democrática*”, os Estados contratantes gozan dunha marxe de apreciación certa, pero non ilimitada¹⁰.

Por último, cómpre destacar que, segundo a xurisprudencia do TEDH, ao considerar a proporcionalidade da medida de limitación ou de restrición deste dereito, debe terse en conta o seu efecto desalentador.

2.3 Aplicación dos límites

No momento de aplicación dos límites, hai dous aspectos esenciais que deben ser tidos en conta para o control dos posibles abusos do poder na restrición deste dereito fundamental: a ponderación de dereitos en conflito e a súa exteriorización a través da motivación da restrición.

En canto á motivación, en palabras do Tribunal Constitucional, a limitación do exercicio do dereito de reunión require unha motivación específica. Así, “para que os poderes públicos poidan incidir no dereito de reunión constitucionalmente garantido, xa sexa restrinxíndoo, modificando as circunstancias do seu exercicio ou prohibíndoo mesmo, é preciso que existan *razóns fundadas*, o que implica unha exixencia de motivación da resolución correspondente (...) en que se acheguen as razóns que levaron a autoridade governativa a concluír que o exercicio do dereito fundamental de reunión, tal como foi proxectado polo seu promotor ou polos seus promotores, producirá unha alteración da orde pública proscriba no artigo 21.2 CE, *ou ben a desproporcionada perturbación doutros bens ou dereitos protexidos pola nosa Constitución*” (STC 195/2003, do 27 de outubro, FX 4).

Ademais, como principio xeral, o Tribunal Constitucional considerou que a autoridade pública debe realizar unha ponderación casuística que, no suposto de que decida prohibir unha concentración, debe: a) motivar a resolución correspondente; b) fundala, isto é, achegar as razóns que o levaron á conclusión de que, de celebrarse, se producirá a alteración de orde pública proscriba; e, c) xustificar a imposibilidade de adoptar as medidas preventivas necesarias para conxurar eses perigos e permitir o efectivo exercicio do dereito fundamental. Por iso, subliña o tribunal que “mesmo nos supostos en que existan razóns fundadas de que unha concentración pode producir alteracións da orde pública con perigo para persoas e bens, a autoridade governativa, aplicando criterios de proporcionalidade, *antes de prohibila* deberá utilizar, se iso é posible, a facultade que lle reconece o artigo 10 da Lei orgánica 9/1983 e propor as modificacións de data, lugar ou duración co obxecto de que a reunión poida celebrarse” (STC 66/1995, do 8 de maio, FX 3).

3 DEREITO DE MANIFESTACIÓN E COVID-19

Unha vez exposta a xurisprudencia sobre o concepto, contido e posibles límites do dereito de manifestación, posto que o obxecto deste traballo é analizar como afecta a crise sanitaria do COVID-19 a este dereito, debemos deternos nas súas posibles restricións e constatar se a situación de pandemia que vivimos pode constituír, e se é o caso en que medida, un límite constitucionalmente válido ao dereito de manifestación.

Cómpre lembrar que a crise sanitaria provocou a declaración do estado de alarma desde marzo a xuño de 2020 e que, posteriormente, se decretou novamente o estado de alarma en novembro por seis meses máis. Un efecto desta crise é que se está a normalizar a excepcionalidade. Non obstante, na miña opinión, a declaración do estado de alarma e a multitude de normas non sempre coordinadas –estatais e autonómicas– que se ditaron como consecuencia da pandemia, sen prexuízo da súa maior ou menor idoneidade, non afectaron no substancial ao exercicio do dereito fundamental a manifestarse.

Como expresou o Tribunal Constitucional na STC 83/2016, o que permite o estado de alarma é unicamente a “restrición do exercicio de dereitos fundamentais”, non a súa suspensión. Non debemos esquecer que o artigo 55.1 da Constitución sinala que os dereitos de liberdade, seguridade, circulación, reunión, etc. (todos os concernidos polas previsións do artigo 116), só poden ser suspendidos cando se acorda a declaración do estado de excepción ou de sitio, non cando se acorda a declaración do estado de alarma.

Polo tanto, como primeira idea, quizais sexa útil obviar, na medida do posible, tanto as sucesivas declaracións do estado de alarma como a normativa –estatal e autonómica– xurdida como consecuencia da pandemia que, como apuntei, só tanxencialmente afectará ao exercicio do dereito a manifestarse.

Como antes se expuxo, a xurisprudencia do Tribunal Constitucional ata este momento –sempre referida a situacións ordinarias– soamente se referiu como ratio das súas sentenzas aos límites que o propio artigo 21 CE establece ao dereito de manifestación, é dicir, a orde pública como límite natural deste dereito e só de xeito tanxencial se referiu o Tribunal Constitucional á ponderación con outros bens ou dereitos constitucionais que puidesen colidir con este dereito. Non obstante, a extraordinaria circunstancia dunha pandemia como a que sufrimos provoca a aparición, ou, mellor dito, a aplicación novidosa doutros límites non expresamente recollidos no citado artigo 21, pero si noutros preceptos constitucionais.

Nas actuais circunstancias, os problemas derivados das limitacións ou prohibicións do exercicio do dereito á manifestación foron abordados e resoltos baixo o principio de proporcionalidade das medidas adoptadas; é dicir, baixo o prisma da ponderación dos dereitos ou intereses en conflito: o dereito de manifestación e, en contraste, o dereito á protección da saúde ou o dereito á integridade física. Tan sinxelo e tan complicado ao mesmo tempo. Esta foi, por certo, a técnica que utilizou o Tribunal Constitucional español ante, por agora, o único caso en que xurdiu frontalmente o conflito entre os dereitos mencionados (ATC 40/2020); neste auto descarta o tribunal que nestes casos estea en xogo o mantemento de orde pública como límite natural deste dereito.

A ponderación entre o dereito a manifestarnos e o dereito á saúde será, polo tanto, a grandes trazos, o dilema que en cada caso cumprirá resolver. Agora ben, posto que a pandemia nos mostra a constante modificación da súa evolución, en días ou mesmo horas, é imposible establecer un canon máis xeral para poder resolver o problema de proporcionalidade a que nos enfrontamos. Agora máis que nunca, ante unha comunicación para celebrar unha manifestación, é importante a análise do cando, do onde, do

como e de cantos. Se estas preguntas sempre eran importantes para a celebración dunha manifestación, nestes momentos de incerteza, estas preguntas son imprescindibles para o correcto exercicio do dereito e, sobre todo, para poder controlar as limitacións que a este lles impoñan os poderes públicos. Non pode esquecerse que nos atopamos ante o perigo de contaxio do virus e a prolongación da epidemia, pero tamén ante o posible exceso das autoridades, que, baixo o dito pretexto, limiten ou prohiban o exercicio de dereitos fundamentais, en especial o exercicio daqueles dereitos que poidan ser incómodos para o poder, como o é sen dúbida o dereito a manifestarse e o de protestar contra a súa xestión.

Pode lexitimamente entenderse que neste contexto de emerxencia sanitaria tan extraordinario e extremo adquire un especial protagonismo o mandato e dereito constitucional á saúde, artigo 43 CE, fronte ao dereito fundamental de manifestación, que quedaría moi reducido. Este límite non vén dado nin pola lei nin polo Goberno (mediante o real decreto de alarma), senón pola propia Constitución. É a vixencia simultánea e coherente de todos os mandatos e dereitos constitucionais o que obriga a entender que, nunha situación de pandemia, con gravísimo risco vital para o conxunto da poboación, a Constitución mesma, de forma inmanente, podería reducir ao mínimo posible o contido do dereito de manifestación.

Neste sentido, priorizar a saúde por enriba de calquera outro dereito aboaría a tese de que, mentres dura a pandemia, o dereito de manifestarse leva consigo tanto risco para a saúde pública que debe quedar reducido a unha mínima expresión. Na miña opinión, esta podería ser unha boa opción se a crise sanitaria tivese unha duración limitada, pero todo apunta, desgraciadamente, a que non vai ser así e este factor debe ser esencial á hora de solucionar o falso dilema que se pretende impor, debido máis á utilización partidista da crise que por serías razóns xurídicas: economía ou saúde? Ou, no que agora nos ocupa, saúde ou dereito fundamental a manifestarse.

Estas preguntas carecen de sentido a longo prazo. Ben que ao inicio da crise e polo total descoñecemento do virus tales preguntas poderían ter sentido, á vista da súa prolongación, tales dilemas deben ser reformulados. Economía, dereitos fundamentais e saúde poderían entenderse como alternativas excluíntes en situacións excepcionais durante un limitado espazo temporal, pero non é o caso, por desgraza, da pandemia que sufrimos. Polo tanto, a análise do exercicio de dereitos fundamentais, como o de manifestación, deberá axustarse ás circunstancias de cada momento, pero co rigor necesario para que non quede na práctica anulado indefinidamente polo dereito á protección á saúde. Haberá que ser especialmente exixentes coa motivación das autoridades gobernativas que pretenden limitar ou prohibir o exercicio deste dereito co pretexto de protexer a saúde.

Como antes se apuntou, parece que nos debemos acostumar a convivir co virus, pero non nos podemos acostumar a perder liberdades ou dereitos. Agora máis que nunca é necesaria a protección dos dereitos fundamentais, é máis necesario que nunca o control do poder.

4 PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO AUTO 40/2020, DO 30 DE ABRIL

Polo momento, o Tribunal Constitucional español soamente se pronunciou nunha ocasión sobre este asunto, ante un recurso de amparo formulado pola Central Unitaria de Traballadores/as, que denunciaba a vulneración do dereito de reunión en lugares de tránsito público (art. 21 CE) en relación co dereito á liberdade sindical (art. 28 CE)¹¹.

Antes de analizar o fondo da análise do tribunal, creo interesante destacar o que o alto tribunal apreciou sobre a especial transcendencia constitucional do recurso de amparo presentado.

Malia o risco de separarme do tema de fondo, é interesante destacar como o tribunal comeza por analizar se o recurso de amparo presentado goza de especial transcendencia constitucional, que segundo os demandantes residiría en que o tribunal nunca tivo a oportunidade de pronunciarse respecto da plenitude de exercicio, suspensión ou limitación do dereito de reunión ou á liberdade sindical no suposto de estado de alarma, o que nos situaría no motivo a) do fundamento xurídico 2 da STC 155/2009, do 25 de xuño, é dicir, o suposto “dun recurso que implique un problema ou unha faceta dun dereito fundamental susceptible de amparo sobre o que non haxa doutrina do Tribunal Constitucional”.

O Tribunal Constitucional, non obstante, intenta desde o inicio da súa resolución quitar excepcionalidade ao tema suscitado e considera que o recurso de amparo non supón algo novidoso; entende, como se verá, que o recurso se refire ao típico suposto de colisión de dereitos fundamentais. Recoñece, iso si, que, *prima facie*, podería recoñecerse a novidade do asunto, pero recorda que na STC 83/2016, do 28 de abril, xa determinou os presupostos da declaración do estado de alarma, así como o alcance que cabía outorgarlle á dita declaración¹². Entende ademais o tribunal que na súa consolidada xurisprudencia en relación co exercicio dos dereitos de reunión e manifestación, a través da cal establece criterios moi claros en canto aos presupostos para o exercicio de tales dereitos, os límites e restricións que se lles poden impor a estes implican que o recurso non xere en realidade unha faceta nova de tales dereitos fundamentais e trata de reconducir á normalidade o problema constitucional formulado polo sindicato recorrente.

Considera por iso o tribunal que é máis conveniente entender que concorre o suposto g) de especial transcendencia constitucional do fundamento xurídico 2 da STC 155/2009, porque o suposto formulado no recurso de amparo transcende do caso concreto, xa que suscita unha cuestión xurídica de relevante e xeral repercusión social ou económica. No contexto da crise sanitaria, entende o tribunal que é importante un pronunciamento pola repercusión que a celebración desta ou doutras manifestacións con ocasión da sinalada data do 1 de maio que se poidan pretender celebrar poida ter sobre o conxunto da sociedade, especialmente sobre a saúde dos cidadáns. Conclúe a súa análise sobre a especial transcendencia constitucional que “é innegable, en suma, a notoria repercusión que este asunto ten no conxunto da sociedade española”.

É importante subliñar que o tribunal expresa a posibilidade de que unha demanda de amparo poida gozar de “indubidable especial transcendencia constitucional, que concretamos no suposto g) do fundamento xurídico 2 da STC 155/2009” (ATC 40/2020 FX 2) e, non obstante, no caso exposto non se aprecie vulneración de ningún dereito fundamental.

En canto ao fondo, recórdase que, igual que os demais dereitos fundamentais, o dereito de reunión non é un dereito absoluto ou ilimitado, pois a propia Constitución, no seu artigo 21.2, establece explicitamente, como límite específico ao exercicio dese dereito fundamental, que ese exercicio non pode producir alteracións da orde pública con perigo para persoas e bens.

Recorda tamén que a limitación do exercicio do dereito de reunión require dunha motivación específica, e neste sentido “non basta con que existan dúbidas sobre se o dereito de reunión puidese producir efectos negativos, debendo presidir toda a súa actuación limitativa o principio ou criterio de favorecemento do dereito de reunión de maneira que soamente razóns convincentes e imperativas poden xustificar as restricións a esa liberdade (STC 170/2008, FX 3), en aplicación do principio *favor libertatis*”.

O tribunal, nun argumento discutible, entende que, no caso concreto, “aínda que se podería pór en dúbida a motivación da resolución da Subdelegación do Goberno, que é abertamente ambigua e nin sequera deixa totalmente clara a prohibición, non pode negarse que existe motivación suficiente na Sentenza da Sección Primeira da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de abril de 2020 (Sentenza n. 136/2020)”¹³.

Por outra banda, o tribunal remítese ao fundamento xurídico 8 da Sentenza 83/2016, do 28 de abril, para subliñar que, a diferenza dos estados de excepción e de sitio, a declaración do estado de alarma non permite a suspensión de ningún dereito fundamental (art. 55.1 CE *a contrario sensu*), aínda que si a adopción de medidas que poden supor limitacións ou restricións ao seu exercicio¹⁴.

Asumindo esta premisa, pasa o tribunal a valorar a verosimilitude da lesión denunciada. O dereito de manifestación non é, como non o é ningún, un dereito ilimitado, senón que pode verse sometido a certas modulacións ou límites, entre os que se atopan tanto o especificamente previsto no propio artigo 21.2 CE –alteración da orde pública con perigo para persoas e bens– “como aqueloutros que veñen impostos pola necesidade de evitar que un exercicio extralimitado do dereito poida entrar en colisión con outros valores constitucionais (STC 42/2000, do 14 de febreiro, FX 2)”, límites que deben ser necesarios “para conseguir o fin perseguido debendo atender á proporcionalidade entre o sacrificio do dereito e a situación en que se atopa aquel a quen se lle impón [...] e, en todo caso, respectar o seu contido esencial”.

Explica o tribunal que, no caso que analiza, non é o mantemento da orde pública o que lexítima unha limitación do dereito, senón que neste caso tal limitación do exercicio do dereito a manifestarse ten unha finalidade que non só debe reputarse como lexítima, senón que ademais ten cobertura constitucional bastante nos artigos 15 CE

(garantía da integridade física das persoas) e 43 CE (protección da saúde), “ambos os dous tan intensamente conectados que é difícil imaxinalos por separado, máxime nas actuais circunstancias”. Na miña opinión, esta conexión entre tales preceptos hai que entendela, exclusivamente, no contexto en que dita o auto en pleno auxe da pandemia; na miña opinión, o contrario constituiría unha modificación cualitativa do contido do artigo 43 CE, tal como fora entendido polo Tribunal Constitucional nas súas sentenzas.

Conclúe o tribunal entendendo que “parece obvio que a prohibición de celebrar a manifestación, que deriva claramente da resolución xudicial impugnada, garda unha relación lóxica e de necesidade evidente coa finalidade perseguida por esa mesma interdición: evitar a propagación dunha enfermidade grave, cuxo contaxio masivo pode levar ao colapso dos servizos públicos de asistencia sanitaria. A adecuación entre a finalidade pretendida pola limitación e a ferramenta xurídica empregada neste caso non parece polo tanto inexistente”¹⁵.

Por último, ao realizar o xuízo estrito sobre a proporcionalidade da medida de prohibición, o tribunal conclúe que non existen indicios notables da concorrencia da lesión denunciada. Reprocha que os organizadores non previron “medidas de control da transmisión do virus específicas, nin destinadas a compensar a previsible concentración de automóviles que podería producirse se existise unha masiva resposta á convocatoria”¹⁶. En suma, na análise de proporcionalidade da medida, entende o tribunal que, nunha situación de alerta sanitaria, a libre circulación dos servizos de ambulancias ou urxencias médicas¹⁷ e o libre acceso aos hospitais é un elemento que cómpre ter en conta á hora de valorar a proporcionalidade da limitación do exercicio do dereito de manifestación¹⁸.

Quizais tería sido posible, aplicando a propia doutrina do tribunal, considerar que a autoridade administrativa debeu modular antes que prohibir a manifestación convocada. Como antes se subliñou, “mesmo nos supostos en que existan razóns fundadas de que unha concentración pode producir alteracións da orde pública con perigo para persoas e bens, a autoridade gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidade, antes de prohibila deberá utilizar, se iso é posible, a facultade que lle recoñece o artigo 10 da Lei orgánica 9/1983 e propor as modificacións de data, lugar ou duración co obxecto de que a reunión poida celebrarse” (STC 66/1995, do 8 de maio, FX 3).

En definitiva, o tribunal rexeita o recurso de amparo, entendendo que, nas circunstancias tan excepcionais da pandemia na localidade onde se pretendía celebrar a manifestación, e á vista do número de participantes, do percorrido e das medidas de seguridade ofrecidas polos organizadores, deben prevalecer os outros bens en conflito co dereito dos recurrentes, é dicir, o dereito á integridade física e á protección da saúde do resto da poboación.

Sen prexuízo de que, como se dixo, as circunstancias concretas de cada caso supoñen que non poidan compararse as solucións dadas polos tribunais nestes casos, adoita pórse en contraste coa posición do Tribunal Constitucional español a decisión o Tribunal Constitucional alemán do 17 de abril de 2020, que admitiu a demanda constitucional

argumentando que, baixo o réxime establecido polo COVID-19, non se dera unha prohibición xeral do exercicio da reunión, polo que só caben excepcións particulares.

En concreto considerou que, malia a situación de emerxencia sanitaria, se “require unha consideración axeitada das circunstancias específicas do caso individual. As meras consideracións xerais, que poderían formularse en contra de cada reunión, non farían xustiza á liberdade de toma de decisións aberta polo lexislador, que a Administración ten que utilizar tendo en conta o dereito fundamental do individuo en virtude do artigo 8 GG”. A Administración, para prohibir a reunión, debe “considerar todas as medidas de protección posibles nun acordo de cooperación co solicitante antes de rexeitar a admisión da manifestación” e lograr “atopar unha solución que cree a concordancia práctica” entre os dereitos e bens en xogo. Recordada ademais que, “se a cidade de Stuttgart non toma unha decisión, o solicitante ten dereito a celebrar a reunión que solicitou”.

5 CONCLUSIÓNS

Asumindo o risco de que o lector que chegara ata este punto se sinta defraudado, debo concluír que do ata aquí dito poucas conclusións se poden extraer.

Como apuntei máis arriba, a xurisprudencia sobre este dereito, tanto no Tribunal Constitucional como no TEDH, é moi casuística e dependente das condicións fácticas de cada caso. Por iso, as conclusións que se poden extraer do auto do Tribunal Constitucional analizado non son demasiado esclarecedoras, porque o resultado de cada caso virá condicionado por diversos factores: polas situacións da pandemia no lugar da celebración da manifestación, polo número de participantes, polo xeito de desenvolverse a concentración, polo percorrido, polas medidas de seguridade que adopten os participantes, etcétera.

Por iso, a única conclusión sensata é a análise e o control do caso concreto. Precisamente por isto, a volatilidade da situación da pandemia deu lugar a unha xurisprudencia aparentemente contraditoria sobre o exercicio do dereito de manifestación. Pero esa aparente contradición explícase pola data da manifestación, ou polo número de participantes, ou por como se puxeron en marcha as medidas de seguridade, etcétera.

Sirva como exemplo que o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, en sentenza do 30 de abril 2020, prohibiu unha manifestación de La Falange que quería reunirse na Plaza de la Lealtad e logo dirixirse á sede do Ministerio de Sanidade, onde pensaban permanecer ata as 13.30 h, o día o 2 de maio de 2020. O Tribunal Superior de Xustiza de Madrid avala a decisión da Delegación do Goberno que non estaba sustentada na aplicación do Real decreto 463/2020, do estado de alarma, senón na “necesidade de evitar a difusión da pandemia coas súas secuelas de contaxios, falecementos e enfermidades”. A sentenza considera que, “nas *circunstancias actuais* e ante as condicións en que se pretende o exercicio do dereito fundamental de reunión, este entra en conflito con bens e valores constitucionais, como a saúde pública e, máis concretamente, a saúde, a integridade física e a vida das persoas (arts. 15 e 43 da CE), que deben prevalecer

fronte a aquel, xustificando o seu sacrificio ao abeiro do previsto nos artigos 21.2 CE e 11.2 CEDH, en relación co artigo 10.2 CE, que establece o principio de interpretación dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas que a Constitución recoñece de conformidade cos tratados e acordos internacionais ratificados por España”.

Non obstante, mediante unha sentenza do 21 de maio de 2020, o mesmo Tribunal Superior de Xustiza de Madrid permitiulle ao Partido Comunista de los Pueblos de España concentrarse o día 23 de maio de 2020 na Puerta del Sol con restricións. Explican nesta ocasión os maxistrados que revogan a prohibición e permiten a concentración, en *termos e condicións* concretas¹⁹. Os maxistrados entenden que a concentración foi deseñada e programada polo promotor en termos moi específicos e adaptados ás circunstancias de saúde pública en que se incardina a súa celebración, mentres que a Delegación do Goberno non acreditou, nin sequera indiciariamente, que as ditas medidas non alcancen o estándar de seguridade exixible segundo os actuais parámetros de evolución da pandemia. Afirmar a sentenza que “un mínimo contraste pon de relevo que as medidas de seguridade implementadas chegan a ser máis exixentes que as previstas con carácter xeral (...) a Administración, ao prohibir a concentración decidiu a limitación máxima do dereito de reunión sen achegar a exixible motivación reforzada da limitación deste dereito fundamental”.

En definitiva, se o exercicio do dereito de manifestación estivo sempre condicionado polas circunstancias concretas de cada caso, esa circunstancia intensifícase na actualidade; como mencionei ao longo deste traballo, hoxe máis que nunca é necesario o control do poder. Os órganos xudiciais, o Tribunal Constitucional e, en última instancia, o TEDH teñen o labor de levar a cabo ese control, censurando os excesos concretos e establecendo, quizais, unha nova xurisprudencia para a pandemia.

A autoría dos innumerables traballos xurídicos que aparecen a diario sobre a influencia do COVID-19 no dereito necesita a actuación de quen posúe a potestade.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. 2020. «COVID-19: aproximación constitucional a una crisis», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 32.
- Arroyo Jiménez, L. 2020. «El Derecho público en situaciones de emergencia», en *Blog del CEPC*, 4 de maio de 2020.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», en *Diario La Ley*, 9608.
- Cotino Hueso, L. 2020. «Las restricciones del derecho de reunión y manifestación bajo el COVID-19 (y la aparente constitucionalidad del decreto de alarma 463/2020 para el Tribunal Constitucional)», en J.F. Rodríguez Ayuso e E. Atienza Macías (coord.), *Retos jurídico-éticos ante la crisis del COVID-19: perspectiva interdisciplinar*. Madrid: Wolters Kluwer.

Diez-Picazo Giménez, L.M. 2018. «Comentario al artículo 21 de la Constitución Española», en *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario*. Madrid: Wolters Kluwer.

Torres Muro, I. 1991. *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas.

Velasco, F. 2020. «El derecho de manifestación, en tiempos de alarma», en *Blog de Francisco Velasco*, junio de 2020.

NOTAS

- 1 O artigo 21 CE, dispón: “1. Recoñécese o dereito de reunión pacífica e sen armas. O exercicio deste dereito non necesitará autorización previa. 2. Nos casos de reunións en lugares de tránsito público e manifestacións darase comunicación previa á autoridade, que só poderá prohibilas cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens”.
- 2 O dereito de manifestación é unha vertente do dereito de reunión coas súas propias características específicas, pois trátase do exercicio do dereito na súa versión dinámica; isto é, discorrendo ao longo dun itinerario e diferenciándose, polo tanto, da concentración como reunión estática en lugar de tránsito público (STC 195/2003, do 27 de outubro, FX 5). Este elemento de mobilidade resulta determinante, pois, dun lado, parece implicar unha menor intensidade na ocupación das vías públicas –o carácter intrinsecamente dinámico da manifestación impide, en principio, unha ocupación exclusiva e excluínte do espazo público máis alá do tempo necesario para percorrer todo o itinerario marcado–, pero, por outro, incide directamente no dereito de circulación doutros cidadáns, podendo ocasionar interrupcións ou paralizacións do tráfico rodado.
- 3 Que sinala que “As normas relativas aos dereitos fundamentais e ás liberdades que a Constitución recoñece se interpretarán de conformidade coa Declaración Universal de Dereitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas materias ratificados por España”.
- 4 O artigo 11 do CEDH dispón “1. Toda persoa ten dereito á liberdade de reunión pacífica e á liberdade de asociación, incluído o dereito a fundar, con outras, sindicatos e de afiliarse a estes para a defensa dos seus intereses. 2. O exercicio destes dereitos non poderá ser obxecto doutras restricións que aquelas que, previstas pola lei, constitúan medidas necesarias, nunha sociedade democrática, para a seguridade nacional, a seguridade pública, a defensa da orde e a prevención do delito, a *protección da saúde* ou da moral, ou a protección dos dereitos e liberdades alleos. O presente artigo non prohibe que se imponían restricións lexítimas ao exercicio destes dereitos polos membros das Forzas Armadas, da policía ou da Administración do Estado”.
- 5 Así, nunha xurisprudencia moi casuística, o tribunal considerou, por exemplo, que o artigo 11 era aplicable a un “paseo” pacífico en que grupos de persoas actuaron de forma coordinada e de xeito intencionado, para expresar unha mensaxe política (Navalny c. Rusia [GC], § 106). A manifestación defínese, en particular, por un propósito común dos seus participantes e debe ser distinta dunha simple aglomeración aleatoria de individuos que perseguen cada un a súa propia causa.
- 6 Polo tanto, cando a localización da manifestación é crucial para os participantes, unha orde para cambiar pode constituír unha interferencia na súa liberdade de reunión segundo o artigo 11 da Convención (The United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov v. Bulgaria, § 103). Agora ben o TEDH tamén considerou que unha prohibición de celebrar actos públicos en determinados lugares non é incompatible co artigo 11, cando se impón por razóns de seguridade (Rai e Evans c. o Reino Unido (dec.)) ou, como o caso pode ser con respecto a lugares nas inmediacións dos edificios dos tribunais, para protexer o proceso nun caso concreto desde a influencia exterior, e dese xeito protéxense os dereitos dos demais, a saber, as partes nos procedementos xudiciais. Non obstante, esta última prohibición debe adaptarse estritamente para lograr ese interese (Lashmankin e outros contra Rusia, § 440; Ögrü contra Turquía, § 26).
- 7 Cuxo artigo 5 dispón que “A autoridade gubernativa suspenderá e, se é o caso, procederá a disolver as reunións e manifestacións nos seguintes supostos: a) Cando se consideren ilícitas de conformidade coas leis penais. b) Cando se produzan alteracións da orde pública, con perigo para persoas ou bens. c) Cando se fixese uso de uniformes paramilitares polos asistentes. d) Cando fosen organizadas por membros das Forzas Armadas ou da Garda Civil infrinxindo as limitacións impostas no artigo 13 da Lei orgánica 9/2011, do 27 de xullo, de dereitos e deberes dos membros das Forzas Armadas, ou no artigo 8 da Lei orgánica 11/2007, do 22 de outubro, reguladora dos dereitos e deberes dos membros da Garda Civil”.
- 8 O artigo 15 establece: “Todos teñen dereito á vida e á integridade física e moral, sen que, en ningún caso, poidan ser sometidos a tortura nin a penas ou tratos inhumanos ou degradantes. Queda abolida a pena de morte, salvo o que poidan dispor as leis penais militares para tempos de guerra”.
- 9 O citado precepto 43 CE dispón: “Recoñécese o dereito á protección da saúde. 2. Compételles aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública a través de medidas preventivas e das prestacións e das prestacións e dos recursos. A lei establecerá os dereitos e deberes de todos ao respecto. 3. Os poderes públicos fomentarán a educación sanitaria, a educación física e o deporte. Así mesmo, facilitarán a axeitada utilización do ocio”.
- 10 Recorda, por exemplo, o TEDH que son raras as situacións en que unha reunión pode ser lexítimamente prohibida en relación coa mensaxe que os seus participantes desexan transmitir. O Goberno non debe ter a facultade de prohibir unha manifestación porque considera que a “mensaxe” dos manifestantes é errónea. Isto é especialmente certo cando o principal branco das críticas é a mesma autoridade que ten a facultade de autorizar ou denegar a reunión pública. As restricións da liberdade de reunión baseadas no contido deben ser obxecto do máis serio escrutinio do TEDH (Navalny c. Rusia, [GC], § 134; Primov e outros c. Rusia, §§ 134-135).
- 11 A Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) presentou escrito o 20 de abril de 2020, dirixido á Subdelegación do Goberno de Pontevedra, en que se comunicaba a celebración dunha manifestación rodada en coches particulares, na cidade de Vigo, o venres día 1 de maio de 2020, ás 11.00 horas, que tería comezo na Praza de España. Ademais, manifestaban que, “entendendo a gravidade da situación que vivimos, a CUT opta pola manifestación rodada cun manifestante en cada auto e debidamente protexidos e identificados polo sindicato, e atendendo a calquera outra indicación que se nos faga desde esta subdelegación ou as autoridades sanitarias”. A subdelegación do Goberno contestou o seguinte: “poño no seu coñecemento que, na actual situación de emerxencia de saúde pública ocasionada polo COVID-19, esta Subdelegación do Goberno *non pode trasladarlle un criterio sobre a súa celebración* e, menos aínda, avaliar a repercusión que, sobre as alteracións da orde pública ou doutra natureza con incidencia na seguridade de persoas ou bens, puidese ter o desenvolvemento da referida manifestación”. O certo é que, sen autorizar nin prohibir a manifestación, a CUT interpuxo recurso contencioso-administrativo contra esta ao entender que denegaba a súa comunicación de manifestación. O recurso foi desestimado por Sentenza da Sección Primeira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de abril de 2020.

- 12 En particular, a STC 83/2016 pronuncíase en canto ao alcance que a declaración do estado de alarma podía ter sobre os dereitos fundamentais, pondo de relevo a súa menor intensidade respecto dos estados de excepción e sitio en canto a este extremo.
- 13 Esta solución é discutible, posto que quen debe motivar é a Administración e non o órgano xudicial; asumir o contrario supón trasladar a competencia para limitar ou prohibir o exercicio dun dereito fundamental como o de manifestación.
- 14 Neste sentido, “prevéase, entre outras, como medidas que poden ser adoptadas, a limitación da circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en lugares determinados ou condicionadas ao cumprimento de certos requisitos; a práctica de requizas temporais de todo tipo de bens e a imposición de prestacións persoais obrigatorias; a intervención e a ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotacións ou locais de calquera clase, con excepción de domicilios privados; a limitación ou o racionamento do uso de servizos ou do consumo de artigos de primeira necesidade; a adopción das ordes necesarias para asegurar o abastecemento dos mercados e o funcionamento dos servizos dos centros de produción afectados por unha paralización dos servizos esenciais para a comunidade cando non se garantan os servizos mínimos; e, en fin, a intervención de empresas ou servizos, así como a mobilización do seu persoal, co fin de asegurar o seu funcionamento, séndolle aplicable ao persoal mobilizado a normativa vixente sobre mobilización. Previsións, todas elas, cuxa entidade adquire particular relevancia para o axuízamento que agora abordamos”.
- 15 Aclara o tribunal que non se trata aquí de garantir a orde pública ou de asegurar a non alteración da orde pública, senón na garantía do dereito á integridade física e a saúde das persoas, “por iso nos atopamos nun escenario en que os límites ao exercicio dos dereitos, que indubidablemente se dan, se imponen pola necesidade de evitar que un exercicio extralimitado do dereito poida entrar en colisión con outros valores constitucionais (STC 42/2000, do 14 de febreiro, FX 2). Neste caso os valores da vida, a saúde e a defensa dun sistema de asistencia sanitaria cuxos limitados recursos é necesario garantir axeitadamente”.
- 16 En relación con este punto en concreto, non pode perderse de vista, entende o tribunal, que o itinerario elixido polos convocantes supón ocupar durante varias horas a vía principal de circulación automobilística en Vigo, dividindo a cidade en dúas e, eventualmente, limitando o acceso aos hospitais que se atopan na zona alta da cidade das persoas que viven na zona máis próxima á costa. Nestes supostos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidade de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dixo na STC 59/1990, pode resultar afectada a orde pública con perigo para persoas ou bens se, por exemplo, resulta imposibilitada a prestación de servizos esenciais con incidencia na seguridade de persoas ou bens, como son os servizos de ambulancias, bombeiros, policía ou urxencias médicas.
- 17 Unha das cuestións recorrentes, igual que na xurisprudencia do Tribunal Constitucional, é como debe actuar a autoridade pública fronte a manifestacións que afecten ao tráfico rodado, algo case inevitable na sociedade moderna. Neste sentido, o TEDH considerou que a obstrución das arterias de tráfico como parte dunha manifestación é unha conduta que, por si mesma, se considera pacífica. Non obstante, a conduta física que obstrúe deliberadamente o tráfico e o curso ordinario da vida co fin de perturbar gravemente as actividades levadas a cabo por outros non está no centro desa liberdade protexida polo artigo 11 da convención. Este estado de cousas ten implicacións para calquera avaliación da “necesidade” en virtude do segundo parágrafo do artigo 11 (Kudrevičius e outros v. Lituania [GC], § 97). Nestes casos deberá realizarse unha coidadosa ponderación dos dereitos en conflito. Na xurisprudencia do Tribunal Constitucional, por todas, na STC 193/2011, do 12 de decembro, considérase que a interrupción do tráfico e a restrición da liberdade de circulación dos cidadáns non manifestantes –que se verán impedidos de deambular ou de circular libremente polo traxecto durante a celebración da manifestación– “son consecuencias, non obstante, que non poden excluírse *a priori* do contido do dereito de reunión, pois, pola súa propia natureza, o exercicio deste dereito “require a utilización dos lugares de tránsito público e, dadas determinadas circunstancias, permite a ocupación, por así dicilo, instrumental das calzadas. (...) Por si soas as ditas restricións, consecuencia inherente e moitas veces non desexada do exercicio do dereito de manifestación, non xustifican a prohibición da manifestación ou o seu condicionamento, senón que, para que proceda unha ou outro, será preciso que a ocupación intensiva das vías públicas altere a orde pública pondo en perigo a integridade das persoas ou dos bens ou supoña un sacrificio desproporcionado doutros bens e valores constitucionalmente protexibles. Isto é así porque, como tamén reiteramos, “nunha sociedade democrática o espazo urbano non é só un ámbito de circulación, senón tamén un espazo de participación” (entre outras, SSTC 66/1995, do 8 de maio, FX 3; 195/2003, do 27 de outubro, FX 9; 90/2006, do 27 de marzo, FX 2); respondendo a existencia de comunicación previa, precisamente, a esa necesidade de compatibilizar os diversos dereitos e bens constitucionais en xogo”.
- 18 O impacto ao momento da enfermidade no lugar da manifestación. O tribunal ten presente o impacto da infección do COVID-19 na cidade de Vigo na data da manifestación á hora de formular o xuízo de proporcionalidade. Consta que a cidade de Vigo era entón a segunda poboación de Galicia en número de casos activos identificados, sendo este dato de suma importancia á hora de valorar o risco que sobre a saúde das persoas pode ter a autorización dunha manifestación na cal, a xuízo do tribunal, non se previron adecuadamente medidas de prevención de contaxios, nin de limitación de asistentes, nin de garantía do libre tránsito de vehículos sanitarios, nin de saída ou retorno graduado, co que non é imposible imaxinar unha concentración de persoas no momento previo á convocatoria e no momento sucesivo, de retorno aos lugares de orixe, que contribuíse a activar a escalada exponencial de contaxios que sabemos posible e que non cabe evitar máis que coa limitación do exercicio do dereito nas condicións solicitadas polos convocantes.
- 19 Estas condicións eran: desde as 12.00 ata as 13.30 horas do día 23, na Puerta del Sol, fronte á Real Casa de Correos, sede do Goberno rexional, con estrita suxección ás condicións declaradas polo PCPE na súa comunicación á Delegación do Goberno. Participarán un máximo de 50 persoas que manterán a distancia mínima entre elas de tres metros e equipadas todas con máscaras e luvas.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 103-130
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4640>
© Alicia Villalba Sánchez
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 10/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A regulación do teletraballo nas administracións públicas; en particular, a incidencia da pandemia da COVID-19¹



La regulación del teletrabajo en las administraciones públicas; en particular, la incidencia de la pandemia de la COVID-19

The regulation on teleworking in public administrations; in particular, the incidence of the COVID-19 pandemic

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Profesora axudante doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

alicia.villalba@usc.es

Resumo: Menos permeables á revolución tecnolóxica que as empresas privadas, as administracións públicas acusaron o embate da pandemia de COVID-19 dotadas dunha regulación insuficiente. Desde que a propagación do SARS-CoV-2 fixo do distanciamento social a medida de contención por excelencia, quedou en evidencia a necesidade dun marco xurídico capaz de amparar unha migración flexible cara a modalidades non presenciais de prestación de servizos. A prol da debida seguridade xurídica, o lexislador estatal e as diversas comunidades autónomas emprenderon unha senda reformista encamiñada a dar cumprida resposta ás necesidades conxunturais derivadas da pandemia, pero tamén a articular o corpus normativo no seo do cal se escenificará o tránsito definitivo cara á Administración dixital.

Palabras clave: Traballo a distancia, teletraballo, emprego público, COVID-19, Administración dixital.

Resumen: Menos permeables a la revolución tecnológica que las empresas privadas, las administraciones públicas han acusado el embate de la pandemia de COVID-19 dotadas de una regulación insuficiente. Desde que la propagación del SARS-CoV-2 hizo del distanciamiento social la medida de contención por excelencia, quedó en evidencia la necesidad de un marco jurídico capaz de amparar una migración flexible hacia modalidades no presenciais de prestación de servicios. En aras de la debida seguridad jurídica, el legislador estatal y las

diversas comunidades autónomas han emprendido una senda reformista encaminada a dar cumplida respuesta a las necesidades coyunturales derivadas de la pandemia, pero también a articular el corpus normativo en cuyo seno se escenificará el tránsito definitivo hacia la Administración digital.

Palabras clave: Trabajo a distancia, teletrabajo, empleo público, COVID-19, Administración digital.

Abstract: Less permeable to the technological revolution than private companies, the Public Administrations have accused the onslaught of the COVID-19 pandemic with an insufficient regulation. Since the spread of SARS-CoV-2 made social distancing the measure of containment par excellence, the need for a legal framework capable of supporting a flexible migration towards non-presential modalities of service provision has become evident. In search of due legal security, the state and autonomous communities have embarked on a reformist path aimed at providing a full response to the economic needs derived from the pandemic, but also at creating the regulatory corpus within which the definitive transition to digital administration will be staged.

Key words: Remote working, teleworking, public employment, COVID-19, digital Administration.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 A configuración do teletraballo nas administracións públicas desde unha perspectiva estatal e autonómica. 2.1 Finalidade. 2.1.1 Conxuntural. 2.1.2 Estructural. 2.1.2.1 Cambio organizativo. 2.1.2.2 Conciliación da vida profesional, familiar e persoal. 2.1.2.3 Transformación social. 2.2 Definición. 2.3 Voluntariedade. 2.3.1 Xuízo de posibilidade. 2.3.2 Xuízo de eficacia. 2.4 Igualdade de dereitos. 2.4.1 Prevención de riscos laborais. 2.4.2 Tempo de traballo. 2.4.3 Control da prestación debida. 2.4.4 Formación. 2.4.5 Instrumentos de traballo. 3 Conclusión. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Ao longo da historia, a enfermidade deixou a súa pegada no espazo. Como antano a peste, o cólera ou a tuberculose, a irrupción da COVID-19 condiciona hoxe o deseño e aproveitamento dos lugares de convivencia. Os que outrora foron puntos de encontro, como o centro de traballo, constitúen contornos onde o risco de propagación do virus se fai patente. Contela exixiu, por unha parte, modificar o uso do espazo físico, reducindo ao máximo o número de persoas que o frecuentan; e, por outra parte, conquistar novos dominios virtuais onde dar continuidade á actividade produtiva.

Este proceso afectou ás empresas que, inmersas xa na Cuarta Revolución Industrial, eran coñecedoras das diversas fórmulas de organización do traballo en remoto; pero tamén a unhas administracións públicas non totalmente familiarizadas coas posibilidades brindadas por enxeños da implantación dos cales depende a transición cara á Administración dixital. Na procura dese ideal, algunhas dispuñan de instrumentos normativos cuxa obsolescencia deixou patente a súa incapacidade para ofrecer unha resposta rápida e flexible ás necesidades formuladas pola pandemia.

Dotadas dun marco xurídico fragmentario e insuficiente para brindar cobertura a unha migración súbita cara á prestación de servizos non presencial, algunhas deberon improvisar solucións *ad hoc* que, nalgún suposto, deixaron entrever o propósito que debe inspirar a futura regulación do teletraballo nas administracións públicas, como é canalizar desde o emprego unha verdadeira transformación do empregador. Facendo da

necesidade virtude, outras desenvolveron unha normativa con vocación de permanencia inspirada por este afán transformador que, pola súa vez, configura o teletraballo como medida excepcional para facer fronte a unha crise sanitaria lamentablemente inconclusa.

Procede analizar a evolución da abundante regulación autonómica do teletraballo, destinada a adaptarse ao marco normativo básico trazado polo Real decreto-lei 29/2020, do 29 de setembro, de medidas urxentes en materia de teletraballo nas administracións públicas e de recursos humanos no Sistema Nacional de Saúde para facer fronte á crise sanitaria ocasionada pola COVID-19² –en diante, RD-lei 29/2020– no prazo de seis meses contado desde a súa entrada en vigor.

2 A CONFIGURACIÓN DO TELETRABALLO NAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS DESDE UNHA PERSPECTIVA ESTATAL E AUTONÓMICA

Unha análise da situación vixente e do impacto irrogado nela pola pandemia exige distinguir a necesidade á cal se pretendeu dar satisfacción mediante a implantación do teletraballo. Así, procede comezar diferenciando os obxectivos para a consecución dos cales foi promulgada a normativa obxecto de estudo. Da súa finalidade dependerá, en boa medida, a definición mesma do teletraballo, adoptando unha modalidade máis flexible canto máis ambiciosa sexa a transformación administrativa que se pretenda. Esbozado o horizonte ao que se encamiña o labor reformista, interesa coñecer o procedemento necesario para acceder á prestación de servizos en réxime de teletraballo e, así, deducir en que medida existe un dereito a teletraballar nas administracións públicas. Esclarecido o anterior, convén abordar o acervo xurídico recoñecido ao empregado público cuxa solicitude de teletraballar foi concedida.

2.1 Finalidade

A irrupción da pandemia supuxo un revulsivo para a regulación do teletraballo, constituíndo o detonante fundamental do novo marco normativo estatal e das normas autonómicas máis innovadoras. Non obstante, constituíu tamén a causa dunha regulación diverxente, podendo diferenciarse aquelas disposicións destinadas a paliar os efectos da COVID-19 daquelas outras que abordan o teletraballo de xeito estrutural. Dentro destas últimas, é posible debullar os obxectivos cuxo alcance se pretende e que, en boa medida, permiten coñecer a evolución do teletraballo nas administracións públicas e o papel que representou na propia transformación administrativa.

2.1.1 Conxuntural

Nada novo se apunta cando se recoñece o efecto catalizador da pandemia, acelerando a implantación do teletraballo nas administracións públicas³. O preámbulo do RD-lei 29/2020 recoñece a relevancia por el adquirida cando fixo posible “asegurar o normal

funcionamento das administracións públicas” en tempos de pandemia. A esta necesidade conxuntural obedeceu tamén a Resolución do secretario de Estado de Política Territorial e Función Pública do 17 de xuño de 2020 de medidas a adoptar nos centros de traballo dependentes da Administración xeral do Estado con motivo da nova normalidade⁴ –en diante, a Resolución do 17 de xuño de 2020–. Aínda que aparente perseguir un obxectivo estrutural, como a conciliación do desenvolvemento profesional coa vida persoal e familiar, unha análise detida do seu contido despexa calquera dúbida, xa que esta só interesa na medida en que as responsabilidades familiares deriven da propia crise sanitaria. Basta atender á composición dos que cualifica como “colectivos prioritizables” (*sic*), integrados, ademais de polos suxeitos definidos en cada momento polas autoridades sanitarias competentes como grupos vulnerables para a COVID-19, por aqueles empregados públicos que teñan ao seu cargo menores de ata 14 anos ou persoas maiores, dependentes ou con discapacidade, afectados polo peche de centros de servizos sociais de carácter residencial e de centros de día. Puntualízase que, de concorreren dous empregados responsables en activo, o disfrute desa medida non poderá coincidir no tempo.

Desde unha perspectiva autonómica, tamén se aprecia a finalidade conxuntural en normas aprobadas para garantir a continuidade da prestación de servizos cando un empregado estea a gardar unha corentena; cando con iso se evite a concurrencia de numerosos empregados no lugar de traballo⁵; cando iso facilite o cumprimento da prestación a quen teña ao seu coidado “unha persoa coa que exista unha relación de dependencia, e a cal fose obrigada a gardar corentena por motivo da COVID-19⁶; cando permita a asunción de responsabilidades familiares derivadas do peche de centros durante a pandemia⁷; a velar pola seguridade e saúde dos empregados especialmente sensibles a esta enfermidade⁸; ou, en definitiva, cando non sexa posible aplicar as medidas de prevención fronte á exposición ao SARS-CoV⁹, con independencia do colectivo a que pertenza o empregado en cuestión. Todo iso, sen prexuízo da elaboración dun marco normativo estable, “con vocación de permanencia que, independentemente de situacións conxunturais ou de forza maior, contribúa a que o teletraballo mellore o funcionamento da Administración”, como recoñece o Pacto da Mesa xeral de negociación común do persoal funcionario, estatutario e laboral da Administración da Junta de Andalucía, polo que se aproba o Protocolo de medidas organizativas para a aplicación temporal do réxime de traballo non presencial no marco da crise sanitaria ocasionada pola COVID-19¹⁰ –en diante, o Protocolo andaluz–.

En previsión das necesidades derivadas da crise sanitaria non superada, as outras normas aprobadas durante a pandemia para regular o teletraballo con vocación de permanencia tamén consideran a súa implantación circunstancial. Así, o Decreto 79/2020, do 16 de setembro, do Consello de Goberno, polo que se regula a modalidade de prestación de servizos en réxime de teletraballo na Administración da Comunidade de Madrid¹¹ –en diante, o Decreto madrileño–, dedica un capítulo IV á prestación de servizos na modalidade de teletraballo debida a necesidades de prevención de riscos laborais e

razóns de emerxencia sanitaria, pero tamén á procedente doutras circunstancias alleas á pandemia, como a realización de obras ou reformas no lugar de traballo, traslados ou mudanzas entre distintos edificios (art. 14). Pola súa vez, o Decreto 77/2020, do 4 de agosto, polo que se regula a prestación de servizos na modalidade de teletraballo para o persoal ao servizo da Administración da Generalitat de Cataluña e os seus organismos autónomos –en diante, o Decreto catalán– prevé a implantación dun “réxime especial de prestación de servizos ocasionais na modalidade de teletraballo” cando: 1) por razón dun servizo fóra do centro de traballo habitual o desprazamento resulte ineficiente, suposto no cal a xornada restante pode completarse en réxime de teletraballo; 2) por necesidades do servizo deriven encargos específicos e concretos que deban executarse nun breve período de tempo e sexa máis efectivo e axeitado utilizar a modalidade de teletraballo; ou 3) se declaren episodios ambientais de contaminación ou doutras situacións de emerxencia derivadas de plans de protección civil (art. 7).

2.1.2 Estructural

2.1.2.1 Cambio organizativo

Non obstante, o paso á dita modalidade de prestación de servizos “deberá contribuír a unha mellor organización do traballo a través da identificación de obxectivos e a avaliación do seu cumprimento” (preámbulo do RD-lei 29/2020). Emerxe así o propósito estrutural do novo artigo 47bis do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público¹² –en diante, EBEP– concibido para dar impulso a “novas formas de organización e estruturación do traballo das empregadas e empregados públicos para o mellor servizo aos intereses xerais que teñen encomendado”, avanzando desde o marco reitor do emprego público un paso no camiño cara á “Administración dixital” (preámbulo do RD-lei 29/2020). Non en van, o Acordo Marco Europeo sobre teletraballo, asinado pola Confederación Europea de Sindicatos (CES), a Unión de Confederacións da Industria e de Empresarios de Europa (UNICE), a Unión Europea do Artesanado e da Pequena e Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) e o Centro Europeo da Empresa Pública (CEEP) en xullo de 2002 e revisado en 2009 –en diante, o Acordo Marco–, destacou a súa idoneidade para “modernizar a organización do traballo para as empresas e organizacións de servizos públicos” co fin de contribuír así “á mellora da prestación dos servizos públicos”.

Deste xeito, as tecnoloxías da información e comunicación que “constituíron unha ferramenta clave” para reducir o impacto das medidas de contención e restricións no traballo” sentan agora as bases dunha forma de organización da prestación de servizos flexible e adaptable a calquera circunstancia que se poida dar no futuro” (preámbulo do RD-lei 29/2020). O efecto revulsivo do teletraballo na transformación das administracións públicas tamén se viu reflectido na normativa autonómica aprobada cun propósito estrutural. Xa o Decreto n. 92/2012, do 29 de maio, polo que se aproba o Acordo sobre a prestación do servizo na modalidade non presencial mediante a fórmula do teletraballo

polo persoal empregado público da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Euskadi e os seus organismos autónomos –en diante, Decreto vasco–, atribúelle ao teletraballo o potencial necesario para “conseguir unha maior eficacia na prestación dos servizos, mediante unha mellor organización do traballo a través do uso das novas tecnoloxías e da xestión por obxectivos”.

Pola súa parte, o Decreto 36/2013, do 28 de xuño, polo que se regula a modalidade de prestación de servizos mediante teletraballo na Administración da Comunidade Autónoma das Illas Baleares¹³ –en diante, o Decreto balear–, invoca, en primeiro lugar, a súa virtualidade para “modernizar a Administración autonómica”¹⁴ ou, segundo o Decreto 16/2018, do 7 de xuño, polo que se regula a modalidade de prestación de servizos en réxime de teletraballo na Administración da Comunidade de Castela e León –en diante, o Decreto castelán-leonés–, para posibilitar a “implantación da Administración electrónica”, perfilándose a transformación administrativa como detonante do cambio na prestación de servizos, e non á inversa. Sen ambaxes, o Decreto 45/2013, do 5 de decembro, polo que se regula a prestación do servizo na modalidade non presencial mediante a fórmula do teletraballo para o persoal funcionario e laboral ao servizo da Administración xeral da Comunidade Autónoma da Ríoxa e os seus organismos autónomos¹⁵ –en diante, o Decreto rioxano–, e o Decreto 1/2018, do 10 de xaneiro, polo que se regula a prestación de servizo na modalidade non presencial, mediante a fórmula do teletraballo, na Administración da Comunidade Autónoma de Estremadura¹⁶ –en diante, o Decreto estremeño–, recoñecen o aforro que o dito cambio comporta en beneficio da Administración.

Instituíndoo definitivamente en elemento transformador do emprego público tal como foi tradicionalmente concibido, destaca a normativa autonómica de novo cuño, como o Decreto catalán, a teor do cal “constitúe un instrumento para reforzar a orientación do traballo aos resultados, que permite á vez superar a cultura da presencialidade, fomentar a confianza, a iniciativa e a autonomía dos servidores públicos, elementos decisivos de cara a incrementar os niveis de motivación e, consecuentemente, o rendemento e a produtividade das administracións públicas”. Tampouco elude subliñar a súa utilidade para captar e reter o talento na organización, ao incrementar a satisfacción do empregado que goza dunha maior soberanía para optimizar o seu tempo de traballo. Paga a pena facer mención á progresiva incorporación de terminoloxía procedente do ámbito empresarial, non totalmente apropiada cando se aplica a un ente que procura a eficiencia no servizo público, non a produtividade. Máis ambicioso se mostra o Decreto madrileño. O seu contido non só pretende dar cobertura a novas formas de organización do traballo mediante o uso de “ferramentas informáticas colaborativas”, senón tamén repercutir positivamente no administrado logrando unha mellora nos “procedementos de xestión ou na forma de relación coa cidadanía”.

2.1.2.2 Conciliación da vida profesional, familiar e persoal

A implantación do teletraballo pode incrementar o benestar do empregado público cando lle facilita a asunción de responsabilidades familiares. A este segundo obxectivo aludíase a Orde do 20 de decembro de 2013, conxunta da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza e da Consellería de Facenda, pola que se regulan a acreditación, a xornada e o horario de traballo, a flexibilidade horaria e o teletraballo dos empregados públicos no ámbito da Administración xeral e do sector público da Comunidade Autónoma de Galicia –en diante, a Orde galega¹⁷–, cando recoñecía no seu artigo 13 a súa adecuación para “alcanzar unha maior eficiencia na xestión pública, contribuíndo á conciliación da vida familiar e laboral”, perfilando así este segundo obxectivo como efecto secundario ou consecuencia necesaria do primeiro¹⁸.

Tamén o Decreto vasco aínda regula o teletraballo coa vontade de “contribuír á conciliación da vida persoal, familiar e laboral, para conseguir con iso un maior grao de satisfacción laboral” (art. 2.2). Resalta así a súa idoneidade para “independizar a persoa empregada do lugar físico en que desenvolve o seu traballo” mediante a utilización das tecnoloxías da información, erixíndose así nunha “forma de organización” propia. Xunta, polo tanto, o servizo ao interese xeral co interese do empregado, pero supeditando a satisfacción do segundo ao requirido polo primeiro.

No mesmo sentido, o artigo 1.2 do Decreto balear fai notar a súa idoneidade para favorecer a conciliación da vida profesional, persoal e familiar, a través da flexibilidade para traballar desde o domicilio ou a distancia, todo iso sen diminuír a dedicación nin a calidade do servizo. É posible, así, deducir a inclinación dalgunhas normas cara ao teletraballo prestado desde o domicilio que exaltan as vantaxes de “reunir nun mesmo espazo a familia e o traballo” (preámbulo do Decreto balear), combinación que, como se terá ocasión de puntualizar, alimenta novos conflitos, a resultas dos cales emerxerán novos riscos que ameazan tanto o empregado, a miúdo incapaz de desconectar das súas obrigas, como a Administración, cuxos procedementos poden verse afectados dunha notable falta de confidencialidade.

2.1.2.3 Transformación social

Aos anteriores propósitos engádense outros que revelan en todo o seu esplendor o potencial transformador do teletraballo, susceptible de provocar un cambio social. Remontándose aos anos 70, o Decreto balear recorda que a crise do petróleo incentivou o recurso ao teletraballo como medida tendente a “evitar desprazamentos en automóbil e, deste xeito, aforrar enerxía” contribuíndo, a longo prazo, “a melloras medioambientais como a diminución da contaminación e o aforro de enerxía avanzando na liña da responsabilidade social pública para mellorar o clima laboral e modernizar a estrutura da Administración”. No mesmo sentido, o preámbulo do Decreto rioxano concibe o teletraballo como unha “medida orientada á xestión máis sustentable dos recursos e á consecución de aforro enerxético, de transporte e doutros consumos derivados da actividade presencial”. Sobre este extremo fai tamén fincapé o Decreto catalán, que

recorda a súa aptitude para reducir a emisión de gases de efecto invernadoiro, o consumo enerxético, o nivel de ruído nas cidades e os accidentes de traballo *in itinere*. Ademais de supor un avance cara a un emprego público “verde”, a redución de desprazamentos que posibilita o teletraballo contribúe á integración de persoas con discapacidade e a unha maior cohesión territorial, permitindo a prestación de servizos a persoas “con problemas de mobilidade ou con residencias afastadas do posto de traballo” (preámbulo do Decreto balear). Da relevancia que para o Decreto madrileño adquire esta vertente externa do teletraballo dá boa conta o seu artigo 4, onde alude á “responsabilidade social da Comunidade de Madrid”, aínda que resulta difícil imaxinar que unha Administración pública incorra nunha actitude “socialmente irresponsable” e, polo tanto, contraria ao interese xeral que inspira a súa actuación. Emerxe, de novo, unha terminoloxía empresarial cuxo “transplante” ao ámbito público resulta, cando menos, cuestionable, pero cuxa utilización denota un cambio de rumbo na regulación dun emprego público cada vez menos afastado do privado.

2.2 Definición

Do propósito que pretenda alcanzar a Administración pública coa implantación do teletraballo dependerá, en boa medida, a modalidade á cal se acolla. O Acordo marco construíu a definición do teletraballo sobre tres elementos: 1) o funcional, que o configura como forma de organización e/ou de realización do traballo; 2) o instrumental, que implica na súa execución a utilización das tecnoloxías da información e da comunicación; e 3) o locativo, que sitúa a súa realización regular fóra dos locais da empresa. Sen alterar o elemento instrumental, a normativa básica contida no artigo 47 bis EBEP concibe o teletraballo como unha “modalidade de prestación de servizos a distancia”, xénero que non implica necesariamente o recurso ás novas tecnoloxías. Tampouco o desenvolvemento da prestación no domicilio do traballador, aínda que o Convenio n. 177 (1996) da OIT¹⁹, sobre o traballo a domicilio, utilice esta denominación para referirse a un traballo susceptible de ser realizado tanto nel como noutros locais que escollo o empregado, sempre que sexan distintos dos do empregador.

Para que a dita modalidade de prestación de servizos sexa factible “o contido competencial do posto de traballo” debe poder desenvolverse “fóra das dependencias da Administración, mediante o uso das tecnoloxías da información e comunicación”. Non debe sufrir mutación ningunha o contido competencial do posto de traballo. O que se deixa entrever é un cambio na prestación de servizos inherente á metamorfose cara á Administración dixital, sendo esta o verdadeiro detonante do cambio irrogado na prestación de servizos. Sen chegar a distinguirse como o factor causante do cambio, a implantación do teletraballo “deberá contribuír a unha mellor organización do traballo”, que dependerá da consecución dos intereses xerais, ao servizo dos cales están os empregados públicos. Xuízo de posibilidade supeditado, polo tanto, ao principio de eficacia que debe inspirar a actuación das administracións públicas (art. 103.1 CE), e que tamén preside a prestación conxuntural de servizos a distancia realizada ao abeiro

da Resolución do 17 de xuño de 2020. Nel, a prestación de servizos en modalidade non presencial dependerá da existencia dun posto de traballo cuxa natureza o permita e que o seu cumprimento non requira a presenza física do empregado no centro ou lugar de traballo, garantíndose en todo caso a correcta prestación dos servizos.

Desde a súa concepción como “modalidade de prestación de servizos”²⁰, certa normativa autonómica insinuou un cambio no paradigma organizativo²¹ derivado da implantación das novas tecnoloxías cristalizado na nova onda de decretos do ano 2020, que, como o catalán, o definen como “forma de organización do traballo”, tránsito que atopará reflexo tamén no elemento locativo. Así, a normativa básica comprende todo aquel teletraballo que se desenvolva “fóra das dependencias da Administración”. A deliberada indeterminación deste complemento circunstancial de lugar abre un amplo abano de posibilidades entre as cales atopa cabida a prestación máis tradicional, onde o servizo se realiza desde o domicilio do traballador, pero tamén a máis disruptiva, cuxo cumprimento prescinde en boa parte de referentes temporais e xeográficos, pasando a depender da consecución duns obxectivos preestablecidos. Parece ofrecerse así a posibilidade de executar a prestación integramente nunha modalidade non presencial. Non obstante, o artigo 47bis.2 EBEP advirte que a prestación de servizos mediante teletraballo “será compatible coa modalidade presencial”, o que denota unha preferencia velada pola alternancia entre períodos de traballo presencial e outros de traballo a distancia tamén manifestada nalgúns decretos autonómicos²².

Temeroso de que o tránsito a unha modalidade integramente non presencial produciase “desarraigamento ou un cambio de hábitos e rutinas de tal magnitude que a volta á modalidade presencial [Ile puidese] causar algún prexuízo á persoa empregada”, o artigo 8 do Decreto vasco non só considera a súa realización unicamente en alternancia coa prestación presencial, senón que fracciona os períodos do seu desfrute. Así, por unha banda, a xornada de traballo semanal distribuírase de maneira que tres días á semana se presten de forma non presencial e dous días en xornada presencial, con carácter xeral. Tamén o fan o Decreto balear (art. 9); o Decreto extremeño (art. 6.2); o Decreto valenciano, que permite reduci-lo a dous días presenciais (art. 7); e o Decreto madrileño (art. 21). Ademais, segundo o Decreto vasco, un dos días de xornada presencial, determinado pola persoa responsable da unidade administrativa, dedicarase a reunións de coordinación, formación e participación en proxectos comúns. Máis flexible se mostra o Decreto castelán-manchego, a teor do cal a porcentaxe de xornada de teletraballo nunca poderá ser superior ao corenta por cento da xornada de traballo en cómputo mensual (art. 3.2). Tamén o Decreto rioxano é adaptable, ao permitir desempeñar entre un vinte e un corenta por cento da xornada de forma non presencial (art. 14.1). Novidoso resulta o Decreto castelán-leonés, que establece tres niveis, todos os cales implican o mantemento dun vínculo presencial co centro de traballo. Ademais, móstrase particularmente flexible ao reducir a súa presenza no centro a só un día (art. 15.1). Así mesmo, é digna de mención a graduación que fai o Protocolo andaluz, en función das circunstancias do solicitante. Con carácter xeral, a parte da xornada non presencial será do 20% da xornada

en cómputo semanal, podendo ascender ao 100% de pertencer o empregado a algún dos grupos de persoas especialmente sensibles definidos polo Ministerio de Sanidade. Pola súa parte, os colectivos a que se refire a base cuarta do Acordo da Mesa Xeral, do 8 de maio de 2020 (a saber: persoas con menores de 14 anos ou persoas dependentes ao seu cargo), poderán compatibilizar a prestación de servizo sen presenza física cunha modalidade presencial do 20% da súa xornada en cómputo semanal, ata que se proceda á reapertura ordinaria dos centros asistenciais, educativos ou de conciliación familiar. Procede destacar que cando a implantación do teletraballo obedeza a circunstancias extraordinarias, a teor do Decreto madrileño non estará limitada polas xornadas mínimas de actividade presencial, podendo establecerse que a prestación en traballo se estenda ata a totalidade das xornadas semanais.

Pola súa banda, a Resolución do 17 de xuño de 2020 contempla unha modalidade non presencial de prestación de servizos que, lonxe de facilitar unha migración absoluta do centro de traballo tradicional, a compaxina coa modalidade presencial. En concreto, taxa a porcentaxe que o persoal ao servizo da Administración xeral do Estado debe continuar executando de xeito presencial nas súas dependencias, con carácter xeral, nun mínimo do 20% da xornada semanal presencial, que pode alcanzar ata un máximo do 20% de pertencer a algún dos colectivos “priorizables” (*sic*). Basta atender á composición de tales colectivos para constatar que un dos propósitos primordiais estriba en facer posible a conciliación da vida profesional coa familiar motivada pola crise sanitaria.

A alternancia entre traballo presencial e traballo a distancia preside tamén a normativa conxuntural aprobada para prever a propagación do virus causante da COVID-19 nas diversas comunidades autónomas. Evidénciao o Acordo balear, polo que se establecen quendas de traballo presencial por días ou semanas, dentro da xornada laboral establecida, “co obxectivo de evitar o risco de coincidencia masiva de persoas nos centros de traballo”, desenvolvéndose a prestación de servizos non presencial “mediante a modalidade de teletraballo”. Serán os titulares dos órganos directivos, co apoio dos xefes de departamento ou de servizo, os que deban determinar a composición das quendas, o tipo de rotación, aínda que se advirte que cada unidade orgánica debe distribuír o seu persoal con dúas ou tres quendas rotatorias de traballo presencial e de carácter diario ou semanal, cuxa composición debe ter carácter estable, garantíndose, en todo caso, o desempeño dos servizos esenciais. Ademais, a coexistencia do teletraballo conxuntural, executado por mor da pandemia, co implantado de forma estrutural na Administración pública obriga a que as disposicións adoptadas de forma puntual regulen a distribución entre teletraballadores habituais e teletraballadores circunstanciais. Así, o Acordo balear obriga a ter en conta que as persoas que teñan autorizada a prestación dos seus servizos mediante a modalidade de teletraballo, de acordo co Decreto balear aínda vixente, manterán as condicións da autorización inicial, á hora de establecer as novas quendas rotatorias de traballo.

Este elemento locativo varía levemente na normativa autonómica, que, como o Decreto rioxano (art. 3) ou o valenciano (art. 8), o circunscribe ao “domicilio particular”

do empregado (art. 3). Con iso, introdúcese un referente xeográfico que permite acou- tar o teletraballo ao realizado desde o domicilio, denotando a súa clara aliñación coas medidas que posibilitan compatibilizar o cumprimento da prestación coa asunción de responsabilidades de índole familiar ou doméstica. No outro extremo figura o Decreto castelán-leonés, que elude fixar referente ningún, permitindo a prestación de servizos desde a “oficina a distancia”, que pode ou non estar situada no domicilio particular do empregado (art. 2.1). É de advertir, non obstante, que a liberdade de elección do lugar de traballo se supedita á súa consignación no documento de compromisos. Pola súa vez, o Decreto madrileño opta tamén por abranguer as diversas subespecies de teletraballo sempre que o lugar elixido sexa compatible coas medidas de prevención de riscos laborais, coa protección dos datos empregados no seu traballo e coa seguridade dos sistemas informáticos da Administración da Comunidade de Madrid (art. 2).

Así mesmo, co propósito de combater os efectos adversos, persoais e organizativos, derivados do illamento do empregado, o Decreto catalán proxecta crear espazos de cotraballo que, “ademais de facilitaren o achegamento das sedes de traballo ao domici- lio do persoal, teñen que permitir o fomento da interrelación entre os empregados públicos e a xeración de dinámicas de traballo colaborativo e sinerxías”. Xorde así unha nova modalidade de traballo en remoto diverso do executado desde o domicilio, cuxa idoneidade para fixar poboación en ámbitos deshabitados resulta innegable.

Por último, o elemento instrumental persiste como característico na normativa básica e autonómica. Nótese, porén, que a Resolución do 17 de xuño de 2020 omite aludir ao desempeño do posto de traballo mediante as novas tecnoloxías da información e da comunicación, o cal permitiría incluír calquera modalidade de traballo a distancia. Non obstante, o contido competencial daqueles postos de traballo susceptibles de seren desempeñados extramuros das dependencias administrativas dificulta executalos á marxe dunhas tecnoloxías cuxo uso era xa cotián na súa modalidade presencial.

2.3 Voluntariedade

Reproducindo un dos piares sobre os cales se sustenta o marco europeo de referencia, o artigo 47.bis EBEP preceptúa a voluntariedade e reversibilidade do teletraballo que, no ámbito privado, se reflicte no acordo establecido entre o traballador e o seu empregador. Non obstante, cando este é unha Administración pública, a formación da súa vontade está sometida ao principio de legalidade (arts. 9.1 e 103.1 da Constitución española, en diante, CE). Posto que a vinculación positiva da Administración á legalidade converte “o proceso de produción xurídica nun proceso de *legis executio* paulatina a partir da norma fundamental”²³, a súa anuencia non pode senón orientarse á consecución dos intereses xerais (art. 103.1 CE)²⁴ e cuxa satisfacción prevalece sobre a do interese particular do empregado. Para tal efecto, a súa implantación virá “supeditada a que se garanta a prestación dos servizos públicos e [...] o cumprimento das necesidades do servizo” (preámbulo RD-lei 29/2020). O anterior obriga a valorar, en primeiro termo, se o “con- tido competencial do posto de traballo fai posible desenvolver a prestación en réxime

de teletraballo”, xuízo de posibilidade no cal se deberán tomar en consideración outros aspectos como a avaliación e planificación da actividade preventiva e a formación en competencias dixitais do empregado. Pero, concluída a súa viabilidade, debe engadirse un segundo xuízo de eficacia, en virtude do cal a súa implantación só procederá cando “as necesidades do servizo o permitan” (preámbulo RD-lei 29/2020), sen que con iso se arrisque o cumprimento dos obxectivos perseguidos polas administracións públicas. A emisión dos dous xuízos artículase a través dun procedemento de autorización expresa baseado en “criterios obxectivos para o acceso” (preámbulo RD-lei 29/2020) cuxa concreción dependerá do desenvolvemento normativo.

2.3.1 Xuízo de posibilidade

Na actualidade, a normativa autonómica pendente de adaptarse ao marco deseñado polo artigo 47bis EBEP fai depender a súa viabilidade, en primeiro lugar, da indiferenza do lugar de traballo para o correcto desempeño da prestación; e, en segundo termo, do grao de autonomía que requira o seu cumprimento. O primeiro obriga a descartar postos de traballo que requiran a presenza física do empregado, como os de rexistro e atención e información ao cidadán, aos que alude o Decreto vasco (art. 4), os que comporten labores de condución (Resolución conxunta do 8 de agosto de 2014, da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa e da Dirección Xeral da Función Pública, pola que se ditan as instrucións relativas ao desenvolvemento da Orde do 20 de decembro de 2013 pola que se regulan a acreditación, a xornada e o horario de traballo, a flexibilidade horaria e o teletraballo dos empregados públicos no ámbito da Administración xeral e do sector público da Comunidade Autónoma de Galicia –en diante, Resolución galega–) ou os que supoñan o manexo de documentación non informatizada (art. 7 do Decreto madrileño). O Decreto valenciano exclúe tamén o persoal de emerxencias, os destinados en residencias e centros de atención a persoas maiores dependentes ou con diversidade funcional, centros de recepción e acollida de menores, centros de reeducación, comedores sociais, centros especializados de atención a maiores, centros de avaliación e orientación de discapacitados (art. 4).

Quedan, polo tanto, dispoñibles aqueloutros cuxas funcións sexan de índole intelectual, aínda que o Decreto balear (art. 3) impida que a súa execución implique o “transporte de documentación en papel que conteña datos confidenciais ou protexidos pola normativa de protección de datos de carácter persoal”. Por iso descarta algúns habitualmente incluídos, consistentes “na elaboración de informes, de normativa, de estudos, a asesoría ou a corrección e tradución de documentos”, a prol dunha confidencialidade e dunha protección de datos de carácter persoal difíciles de salvagardar cando se autoriza a prestación de servizos nun ámbito no cal a Administración non posúe control ningún sobre o acceso de persoas alleas á organización.

Pola índole das súas funcións, o Decreto castelán-manchego (art. 2) e o Decreto vasco [art. 4.1.a)] consideran inidóneos os postos que leven consigo funcións de dirección, coordinación ou supervisión, e inspección, as xefaturas de servizo das unidades

administrativas, engadindo o Decreto valenciano (art. 4) e o estremeño (art. 4) os provistos mediante libre designación. Curiosamente, este último exclúe tamén os de natureza eventual (art. 4), quizais polo esforzo organizativo que implica o tránsito cara a esta modalidade, dificilmente amortizable cando o posto de traballo en cuestión deixará de existir nun breve prazo.

Ademais do contido funcional, a autorización do teletraballo tamén se fixo depender da achega, por parte do solicitante, dun espazo axeitado para a execución da prestación, que “cumpra coa normativa vixente en materia de seguridade e saúde laboral” [art. 5.1.d) Decreto valenciano e, no mesmo sentido, art. 20 do Decreto castelán-leonés]. Esta exigencia non contravén o disposto polo artigo 47 bis.4 EBEP, que soamente obriga a Administración pública a proporcionar e manter “os medios tecnolóxicos necesarios para a súa actividade”, aínda que supoña desprazar sobre o empregado custos e funcións propias do empregador, consecuencia que si se propuxo atallar o Real decreto-lei 28/2020, do 22 de setembro, de traballo a distancia²⁵, ao considerar no seu artigo 12 o dereito ao aboamento e compensación dos gastos xerados polos “medios vinculados ao desenvolvemento da súa actividade laboral”. Aínda que o Acordo marco admita que se pacte a utilización do equipo propiedade do traballador, excepción á regra xeral que redunda en prexuízo do empregado²⁶, coa entrada en vigor desta norma preténdese restaurar un dos presupostos do traballo subordinado, como é a alleidade nos medios²⁷. Nótese, non obstante, que a concreción dos mecanismos encargados da determinación e compensación ou aboamento destes gastos incumbe á negociación colectiva²⁸.

Así, a adaptación da normativa autonómica non debe modificar o preceptuado no Decreto estremeño, que demanda que o empregado dispoña “dun espazo de traballo axeitado ás funcións a desempeñar”, como requisito para conceder a autorización [art. 14.1.d)]. Na mesma liña, o artigo 2 do Decreto castelán-leonés obriga a que a “oficina a distancia” elixida polo empregado dispoña “dos medios tecnolóxicos necesarios para realizar as funcións propias do seu posto de traballo e no cal quedarán garantidas as condicións exixidas en materia de prevención de riscos laborais, de privacidade e de confidencialidade dos datos”. Desta forma, o tránsito cara a esta modalidade de prestación configúrase como dispoñible só para quen acredite unha exigencia que non depende do seu mérito ou capacidade intelectual, senón económica.

Si se confirma a evolución normativa que obriga a Administración pública a achegar os útiles de traballo no artigo 16 do Decreto madrileño, aínda que o empregado deba asumir a conexión a Internet compatible. Persiste, non obstante, no Protocolo andaluz, que estipula que, se a persoa non dispón dos ditos medios e a Administración non llos puidese subministrar nese momento, non poderá optar a esta modalidade de traballo (art. terceiro), como tamén o fan as restantes normas coa excepción do Decreto vasco e o valenciano. Mesmo o artigo 3 do recente Decreto catalán, malia matizar no seu artigo 8.1 que “o departamento de adscrición ou o organismo autónomo que corresponda avaliará” a viabilidade de pór á disposición dos empregados as ferramentas e os medios que considere necesarios e axeitados para a prestación dos servizos na modalidade

de teletraballo”, aínda que é claro ao imputar os gastos de conexión ao empregado. Trátase de disposicións destinadas a ser adaptadas á normativa básica, o que impedirá repercutir sobre o empregado certos custos organizativos, contribuíndo á vez a unha maior seguridade no tratamento de datos de carácter persoal e á protección de calquera información confidencial, como recoñece o preámbulo do Decreto valenciano.

O grao de autonomía necesario para o cumprimento da prestación dependerá non só das funcións inherentes ao posto de traballo, senón tamén das características do empregado, como a súa formación²⁹, a súa experiencia³⁰, a súa capacidade para realizar o traballo sen unha supervisión directa continua ou para planificar o seu traballo e xestionar os obxectivos establecidos³¹.

2.3.2 Xuízo de eficacia

Mesmo sendo viable, a prestación de servizos nunha modalidade non presencial pode chegar a denegarse de concorrer algún obstáculo que impida unha actuación eficiente da Administración, caso en que o interese do traballador cederá ante o interese xeral. Constitúen causas de denegación a concorrencia de razóns organizativas, a existencia de limitacións das infraestruturas tecnolóxicas, e, en xeral, calquera necesidade do servizo que desaconselle a súa implantación. Dan fe do anterior tamén as causas que permitan reverter a implantación do teletraballo. Mentres que a vontade do traballador comunicada con certa antelación³² basta para tornar á prestación presencial de servizos, a da Administración debe fundarse nalgunha das consideradas na norma.

Algunhas teñen que ver coa prestación do traballador, como o incumprimento dos obxectivos establecidos (art. 12 do Decreto rioxano e 25 da Orde galega), a non adopción por parte do empregado das medidas preventivas e correctoras recomendadas polo Servizo de Prevención de Riscos Laborais ou a súa negativa a permitir que o seu persoal efectúe a comprobación do cumprimento das ditas medidas (art. 12 do Decreto rioxano) ou a non adopción das medidas recomendadas en materia de confidencialidade no tratamento da documentación e protección de datos de carácter persoal (art. 19 do Decreto extremeño). Pero tamén se admiten outras tendentes a salvagardar o interese xeral. A miúdo estas necesidades son sinxelas de identificar, como acontece cando derivan dun fallo informático (art. 8.6 do Decreto extremeño ou art. 5.5 do Decreto catalán, aínda que algúns supostos adoitan xustificar a mera suspensión da prestación en remoto), aínda que habitualmente o fundamento xurídico estriben na satisfacción das “necesidades do servizo”.

A indeterminación de tales necesidades concédelle á Administración pública certa marxe de apreciación presente, tanto na fase de autorización como na de revogación. Aínda que non resulten cuantificables, a súa determinación tampouco dá cabida á discrecionalidade administrativa, senón que implica un xuízo de valor de índole técnica cuxa emisión lle compete, en primeiro termo, á Administración pública, atribuíndolle así “certa presunción en favor do seu xuízo”³³ que de ningún xeito alcanza ata excluír o seu posterior control³⁴, mesmo nesa “zona de incerteza” do concepto onde a

Administración debe perseguir “a razoabilidade na súa decisión”³⁵. Así, á pluralidade de solucións válidas dimanantes do exercicio da potestade discrecional, cabe antepor aquí unha única decisión xusta, que resultará da aplicación dunha norma que, aínda que “foi configurada coa intención expresa de acoutar un suposto concreto, [...] a súa precisión [resta] indeterminada”³⁶.

Procede, por último, mencionar que este “carácter voluntario e reversible” pode desaparecer en “supostos excepcionais debidamente xustificadas [...] nos termos das normas que se diten en desenvolvemento deste Estatuto, que serán obxecto de negociación colectiva no ámbito correspondente” (art. 47 bis.2 EBEP). Adiantándose a esa mención, que brinda cobertura ao teletraballo imposto ou “forzoso” implantado en tempos de pandemia, o artigo 14 do Decreto madrileño prescinde desta voluntariedade por razóns de emerxencia sanitaria, circunstancias de forza maior ou prevención de riscos laborais. Pero tamén ante a concorrencia doutro tipo de circunstancias onde é máis difícil de apreciar a xustificación da súa aplicación forzosa, como a realización de obras ou traslados nos edificios administrativos.

2.4 Igualdade de dereitos

A teor do artigo 47bis EBEP, “o persoal que preste os seus servizos mediante teletraballo terá os mesmos deberes e dereitos, individuais e colectivos, recollidos neste Estatuto que o resto do persoal que preste os seus servizos en modalidade presencial”, facendo especial mención á “normativa de prevención de riscos laborais que resulte aplicable, salvo aqueles que sexan inherentes á realización da prestación do servizo de xeito presencial”. Non obstante, tendo en conta que o presuposto locativo foi o determinante da nova forma de organización do traballo para a cal se articulou esta rama do ordenamento xurídico, numerosos serán os dereitos cuxo contido deba diferir do aplicable ao traballador presencial.

2.4.1 Prevención de riscos laborais

Co tránsito cara á prestación en remoto cambian os riscos a que se expón un traballador que deixou de integrarse nun ámbito fisicamente construído polo empresario para tornar ao seu propio domicilio, pero en condicións ben distintas que o artesán dunha era preindustrial. O traballador que agora nos ocupa, ademais de quedar a mercé dos riscos inherentes á prestación de servizos nun ámbito doméstico, non concibido para o traballo, verase exposto a outros de novo cuño, derivados dun vínculo de subordinación que, lonxe de debilitarse, se recruou ao abeiro das novas tecnoloxías.

A especial protección que merece o lugar de traballo cando se sitúa no domicilio do empregado despraza sobre el certa responsabilidade en canto á avaliación dos riscos presentes e á adopción das medidas preventivas. Por iso, na normativa autonómica prevese o deber de proporcionarlle información acerca dos riscos, así como unha formación inicial destinada ao acondicionamento do posto de traballo (art. 18 do Decreto

rioxano). Así mesmo, o artigo 16 do Decreto vasco dispón que o Servizo de Prevención lle facilitará ao persoal que se acolla á modalidade de teletraballo a avaliación de riscos da súa actividade, a formación e a información necesaria en materia de seguridade e saúde laboral para evitar os riscos laborais ou, se son inevitables, minimalos e dispor a aplicación das medidas preventivas necesarias. Tamén recibirán asistencia telefónica cando o precisen. Pola súa banda, o Decreto balear dispón que a Administración informará a persoa teletraballadora da “política da empresa³⁷ en materia de saúde e seguridade no traballo, especialmente sobre as exixencias relativas ás pantallas de datos, que deberá aplicar correctamente” (*sic*). Ademais, incúmbele ao empregado “cubrir o cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riscos laborais para o posto de teletraballo (art. 11.5), cuxa cobertura tamén prevé o Decreto madrileño (art. 17).

Igualmente, poderase solicitar do servizo de prevención de riscos laborais o exame do posto de traballo no seu domicilio particular. Esta voluntariedade na inspección tamén parece deducirse do artigo 9.2 do Decreto balear, que lle permite ao empregado solicitar que se realice unha inspección domiciliaria co fin de comprobar as condicións alegadas no cuestionario de valoración que previamente debe cubrir. Non obstante, seguidamente recoñece que “as condicións do posto de traballo tamén poderán ser obxecto de revisión e análise durante toda a vixencia do programa, logo de comunicación á persoa interesada”, aínda que debe entenderse necesaria a súa autorización para acceder ao seu domicilio. No mesmo sentido, o Decreto extremeño permite realizar unha “valoración presencial do citado contorno cando así o solicite a persoa teletraballadora”, pero tamén “cando o propio Servizo de Prevención o considere necesario, e sempre comunicándollo previamente á persoa teletraballadora” (art. 11.1). Tamén a norma galega prevé a posibilidade de acordar unha inspección presencial no domicilio do traballador, contando previamente coa súa autorización (véxase a Resolución galega). Tendo en conta a especial protección da que é acredor o ámbito onde se executa a prestación de servizos, inviolable, co fin de protexer a intimidade do traballador e da súa familia³⁸, cabe destacar a adecuación desta última postura.

Ademais, segundo o Decreto rioxano, en caso de que o servizo de prevención recomende adoptar medidas correctoras no posto de traballo, será responsabilidade do persoal teletraballador a súa implantación, como acontece tamén na regulación vasca (art. 16) e extremeña (art. 11) do teletraballo.

Sobre a formación, o Decreto vasco preceptúa a asistencia obrigatoria a unha sesión formativa, que será obxecto de avaliación, onde se lle indicará o xeito de acondicionar o seu posto de traballo, instruíndoo acerca das “nocións necesarias sobre seguridade e ergonomía nos postos de traballo con pantallas de visualización de datos”. Ademais, prevese a organización de actividades formativas por parte do Instituto Vasco de Administración Pública (art. 17 Decreto vasco).

Preocupa, como risco específico derivado do uso intensivo das novas tecnoloxías baixo esta modalidade de prestación de servizos, a recepción de comunicacións relativas ao posto de traballo durante os períodos de descanso. Como escudo, esgrímese

o dereito á desconexión que o artigo 88 da Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais³⁹ –en diante, LOPDGDD–, lles recoñece tamén aos empregados públicos. Esvaídas as referencias espazotemporais que antano encadraban a execución das súas funcións, o teletraballador debe atender á consecución duns obxectivos para dar cumprimento á prestación debida. Por iso, no traballo a distancia “os elementos estruturais da prestación convértense [...] nunha variable dependente do emprego material e espacial de dispositivos técnicos, cuxas terminais dilatan, pola súa vez, os contidos prestacionais e os límites funcionais da actividade contratada”⁴⁰.

Malia recoñecer este dereito, o artigo 88 LOPDGDD elude concretar o feixe de facultades que aquel lles podería conferir aos empregados públicos. Empraza, no seu lugar, a negociación colectiva a definir as súas “modalidades de exercicio”, atendendo á natureza e obxecto da relación laboral, razón pola cal considerou “un dereito cuxa realización está plenamente condicionada ao seu desenvolvemento en convenio colectivo ou acordo informal de empresa”⁴¹, previsión que, en dicir da doutrina, “non presenta maiores dificultades na súa aplicación no sector público, xa que o artigo 37.1 m) EBEP inclúe entre as materias que poden ser obxecto de negociación colectiva as «referidas a calendario laboral, horarios, xornadas, vacacións, permisos [...]»”⁴².

Á falta de regulación convencional sobre tal extremo, ou como complemento daquela, prevese a elaboración dunha “política interna”, destinada á definición das modalidades do exercicio deste dereito, pero tamén ao deseño e aplicación de accións de formación e sensibilización acerca do “uso razoable das ferramentas tecnolóxicas” co propósito de evitar “o risco de fatiga informática”. Así configurado, este dereito supón unha dobre limitación: para o empresario, xa que implica o recoñecemento dun dereito do empregado a non atender os seus requirimentos fóra do tempo de traballo; e para o traballador, na medida en que lle impón certa contención no uso das ferramentas dixitais⁴³. O primeiro, pola súa vez, asume unha obriga positiva e outra negativa, consistentes, respectivamente, en “elaborar unha política interna dirixida aos amparados pola garantía, onde se deberán definir as modalidades do seu exercicio e as accións concretas de formación e de sensibilización” ao respecto; e en “cumprir o Protocolo pactado, absténdose de realizar ou establecer comunicación algunha fóra dos [ditos] termos”⁴⁴. Cómpre advertir a necesidade de consultar cos representantes dos traballadores en caso de acometer o desenvolvemento desta “política interna” chamada a paliar a negociación falida dunha norma convencional ou como desenvolvemento daquela⁴⁵.

Dado que a LOPDGDD fai especial fincapé na preservación do dereito á desconexión dixital “nos supostos de realización total ou parcial do traballo a distancia, así como no domicilio do empregado vinculado ao uso con fins laborais de ferramentas tecnolóxicas”, sorprende que a normativa *new wave* se limite a enuncialo, sen concretar as medidas en que se ha de traducir⁴⁶. Curiosamente, é o Protocolo andaluz, que nace con vocación circunstancial, o máis preciso, ao exixir que se consigne na planificación do teletraballo

“a dispoñibilidade para atender durante esta correos electrónicos, chamadas, videoconferencias e resto de conexións *online* requiridas” (art. terceiro).

Non obstante, o risco de illamento que pende sobre o empregado xustifica tamén manter abertas vías de comunicación mesmo durante o período de traballo non presencial. Regúlanse así períodos e modalidades de interconexión cuxo recoñecemento obedece tamén, e mesmo de forma preferente, á necesidade de garantir a correcta prestación do servizo. Así, o artigo 8.5 do Decreto vasco e o artigo 7.2 do Decreto valenciano permiten fixar períodos mínimos de interconexión para a realización do traballo, podendo coincidir cunhas franxas horarias determinadas, nas cales as necesidades do servizo fagan conveniente a intercomunicación entre a Administración e o empregado. Tamén o Decreto balear alude aos períodos mínimos de interconexión, que deben ter lugar dentro da franxa fixa do horario, aínda que tamén autoriza acudir a outros adicionais fóra desta franxa, durante os cales o empregado debe estar dispoñible para o supervisor e para o resto do persoal. Non obstante, e para que iso non obre en detrimento do seu dereito á desconexión, estes períodos acordaranse periodicamente co supervisor, tendo en conta a proposta do solicitante, a menos que se decida, motivadamente, outra cousa, segundo as necesidades dos servizos ou a concorrencia con outras persoas teletraballadoras (art. 5.3 Decreto balear).

Avanzando un paso máis neste sentido, o artigo 7 do Decreto valenciano chega a permitir impor o deber de acudir ao centro cando as necesidades do servizo así o demanden, sempre que se requira a presenza do empregado cunha antelación mínima de vinte e catro horas, como tamén o fai o Decreto castelán-leonés, debendo deixarse constancia de tales circunstancias no plan individual de teletraballo (art. 15.6). Pola súa banda, o artigo 21 do Decreto madrileño recoñece que, excepcionalmente e por razóns xurdidas das necesidades do servizo e expresamente xustificadas, a Comunidade de Madrid poderá requirir a presenza física nas dependencias administrativas do empregado que tivese previsto prestar ese día o seu servizo en réxime do teletraballo, pero na franxa horaria de obrigado cumprimento que, con carácter ordinario, teña asignado o seu posto de traballo e sempre e cando se lle avise con polo menos corenta e oito horas de antelación, salvo que por razóns de forza maior non sexa posible levar a cabo o aviso en tales condicións.

2.4.2 Tempo de traballo

O teletraballo altera o xeito tradicional de medir a prestación debida. Así o recoñece o artigo 8.5 do Decreto vasco cando afirma que, aínda que o teletraballo “pola súa natureza, non comporta de xeito inherente unha especial dedicación nin horaria nin de xornada”, si leva consigo “unha flexibilidade na xornada e nos horarios ordinarios”. Por iso, resulta frecuente que comporte a súa distribución irregular (art. 14 do Decreto rioxano). Con maior contundencia se pronuncia a Resolución galega⁴⁷, que descarta a existencia da “fichaxe” xa que “o seu desenvolvemento se levará a cabo en función dos obxectivos sinalados pola unidade”.

Tamén nesta materia se entrevistou o protagonismo recobrado pola autonomía da vontade cando se permite fixar o cumprimento da xornada mediante acordo alcanzado co empregado. Así o autoriza o artigo 5.3 do Decreto extremeño, abrindo unha aparente canle para a negociación que, porén, se ve matizada cando supedita a conclusión do acordo ao contido que “aconselle a mellor prestación do servizo”, propósito que debe inspirar a vontade da Administración. De modo similar, o artigo 8 do Decreto vasco deixa ao acordo individual “a distribución da xornada semanal de traballo”, que se determinará “en función das necesidades de servizo e as necesidades da persoa teletraballadora”, resolvendo, en caso de discrepancia, o órgano competente en materia de persoal, seguindo os criterios que estableza ao respecto a Dirección de Relacións Laborais. Tamén no Decreto madrileño, onde se encarga ao acordo suscrito entre o empregado público e a unidade administrativa á que estea adscrito a fixación da distribución da xornada semanal entre días de prestación en réxime de teletraballo e días de prestación presencial, co visto e prace do titular do centro directivo, ben que a súa determinación se supedita, como non podería ser doutro xeito, á satisfacción das necesidades do servizo (art. 21).

A pesar da flexibilidade inherente a esta modalidade de prestación de servizos, persisten sistemas de control da xornada, como o que establece o Acordo balear, que lles impón ás persoas que realicen teletraballo o deber de fichar como traballo externo, concretando como motivo “teletraballo COVID-19”, ou a Resolución do 1 de outubro de 2020, da Dirección Xeral de Recursos Humanos e Función Pública, pola que se aproba e ordena a publicación do Pacto da Mesa Sectorial de Negociación da Administración Xeral da Junta de Andalucía, do 25 de setembro de 2020, polo que se aproba o desenvolvemento do Protocolo de medidas organizativas para a aplicación temporal do réxime de traballo non presencial no marco da crise sanitaria ocasionada pola COVID-19, aprobado pola Mesa Xeral de Negociación Común do persoal funcionario, estatutario e laboral da Administración da Junta de Andalucía do 14 de setembro de 2020⁴⁸ (en diante, o desenvolvemento do Protocolo andaluz), que prevé a realización de fichaxes ao inicio e ao final da xornada, así como o control do tempo de conexión (art. segundo). O anterior casa coa vocación transitoria dunhas normas que aínda non incorporaron a transformación organizativa que se plasma na superación de tales sistemas de control, na procura dun cumprimento baseado na consecución de obxectivos preestablecidos.

Devindo o módulo temporal insuficiente para medir a prestación debida nesta modalidade de prestación de servizos para un tránsito cara a unha implantación do teletraballo flexible que non obre en detrimento dos dereitos do empregado, procederá combinar o rexistro da xornada coa implantación doutros sistemas de control encamiñados a constatar o rendemento do traballador.

2.4.3 Control da prestación debida

A “licuefacción dos códigos espazotemporais”⁴⁹ na prestación de servizos produciu unha profunda transformación do vínculo de subordinación, que acusa unha aparente relaxación á luz de preceptos como o artigo 7.2 do Decreto valenciano, onde se dispón

que, “con carácter xeral, o control do traballo se realizará atendendo ao cumprimento de obxectivos ou á consecución de resultados”. E mesmo parecen xurdir novas canles para a negociación individual do contido da prestación. Así se constata no artigo 8 do Decreto vasco, onde se prescribe que o acordo entre a persoa responsable da unidade administrativa e o empregado será o que determine as tarefas a realizar e os resultados a obter durante o desenvolvemento da xornada de traballo baixo a modalidade non presencial. Tamén no documento de compromisos previsto polo Decreto castelán-leonés (art. 2.8) se describirá, entre outros extremos, a forma de organización do traballo, así como o compromiso de manter permanentemente actualizado o plan individual de teletraballo. Non obstante, a súa validez require o informe favorable do supervisor, o que lle resta importancia á vontade do traballador na consecución dun acordo cuxa validez estará supeditada á autorización unilateral da Administración, na emisión da cal deberá prevalecer o interese xeral concretado na correcta satisfacción das necesidades do servizo⁵⁰.

A aparente autonomía que outorga a execución non presencial da prestación de servizos robustece, como non podería ser doutro xeito, as facultades de control do empregador, exixindo del un papel activo non só na previsión e deseño dos obxectivos que cómpre acadar, senón tamén na comprobación do seu axeitado cumprimento. Así, o Decreto balear, encoméndalle á persoa encargada de supervisar a actividade do empregado a determinación das tarefas concretas que terán que levar a cabo nesta modalidade de prestación de servizos; dos criterios de control das tarefas desenvolvidas e dos sistemas de indicadores ou mecanismos de medida, se é o caso, que permitan comprobar que os ditos obxectivos se cumpriron, atribuíndolle o seguimento do traballo desenvolvido de acordo cos obxectivos e resultados que se teñan que alcanzar (art. 9). Non obstante, obriga o traballador a render contas mediante o envío de correos electrónicos de control ao rematar e empezar (art. 9).

Avogando por métodos máis sofisticados, o artigo 8.2 do Decreto castelán-manchego introduce a posibilidade de utilizar os medios tecnolóxicos como instrumento de control do traballo realizado, pero só con carácter “adicional”, sendo xeral e preferente o control ou a avaliación do rendemento atendendo ao cumprimento de obxectivos ou á consecución de resultados. Así mesmo, o artigo 20 do Decreto madrileño permite acudir a medios telemáticos como instrumentos de control adicional para verificar e comprobar os tempos de conexión e os traballos realizados. Para tal efecto, “A Comunidade de Madrid reserva para si o uso de ferramentas informáticas e procedementos que, salvagardando en todo momento a intimidade do traballador, permita facer un seguimento e comprobación do traballo que se está realizando ao longo da xornada de traballo”. Brilla pola súa ausencia, no entanto, unha concreción dos dereitos dixitais destinados a preservar esa intimidade.

Así mesmo, percíbese a introdución de mecanismos que permiten fiscalizar o control levado a cabo polo empregador. Sucede cando se obriga a Administración a deixar constancia por escrito do seguimento realizado, con base nos criterios de control das

tarefas desenvolvidas e dos sistemas de indicadores ou mecanismos de medición que determinen o cumprimento dos obxectivos, extremos que o artigo 7.1 do Decreto extremeño impón notificar ao empregado. Ademais, a mesma norma prevé a creación dunha Comisión Técnica de Seguimento do teletraballo (art. 12), como tamén o fai o artigo 25 do Decreto castelán-leonés, que a denomina “Comisión de Seguimento do Teletraballo”; o Decreto catalán, que alude á “Comisión de Avaliación do Teletraballo; o Decreto madrileño, que lle atribúe funcións á “Comisión Interdepartamental” e á “Comisión de Seguimento”; e, entre as normas conxunturais, a Comisión Técnica de Seguimento, prevista polo artigo sétimo do desenvolvemento do Protocolo andaluz.

2.4.4 Formación

O éxito do cambio na forma de prestar e organizar o servizo descrita depende en boa parte da formación proporcionada ao empregado, cobrando especial relevancia a dispensada ao encargado de supervisar a prestación⁵¹. Así, por exemplo, o artigo 17 do Decreto vasco dispón a impartición de formación “acerca da redacción, xestión e avaliación de obxectivos e sobre a elaboración de indicadores e resultados esperados”, tanto para os empregados como para “as persoas que asuman a supervisión de teletraballadores”⁵². No mesmo sentido se pronuncia a Orde galega, cuxo artigo 16 prevé unha formación ao traballador en materia de prevención de riscos laborais, protección de datos, confidencialidade e mesmo soportes telemáticos a empregar. Ao tempo, prevé a formación acerca de “técnicas de dirección por obxectivos, planificación e xestión, o persoal responsable dos empregados/as públicos/as que presten servizos nesta modalidade de teletraballo” (art. 16)⁵³.

De todo o anterior dedúcese un cambio transcendental na forma de prestar servizos onde adquire certo protagonismo a capacidade de organización dun empregado que tamén gañou en responsabilidade, recaendo sobre el a de cumprir un encargo cuxa definición devén a miúdo difícil pola distancia que media entre el e o empregador. Para que esta non dea pábulo a novos riscos, procede intensificar o labor formativo da Administración ao persoal encargado de dirixir a execución da prestación, pois xa hai quen advertiu, con acerto, de que o tránsito cara a un traballo a distancia “por obxectivos é unha bomba de relojería que activa insidiosamente a espoleta do exceso, o sobre esforzo e a autoexplotación”⁵⁴. Só así quedará garantida unha implantación do teletraballo acorde coas exigencias da evolución cara á Administración dixital sen que iso obre en detrimento dos dereitos do empregado.

2.4.5 Instrumentos de traballo

Procede, por último, facer mención á titularidade dos instrumentos de traballo. O artigo 47bis.4 EBEP obriga a Administración pública a proporcionar e manter os medios tecnolóxicos necesarios para a súa actividade, como tamén o fai o artigo 14 do Decreto vasco. Precursor en imporlle á Administración o deber de proporcionar os útiles

informáticos de traballo, non foi en consonancia coa posición maioritaria seguida por outras normas autonómicas, indefectiblemente abocadas á súa derogación. Procede traer a colación preceptos como o artigo 4.1.e) do Decreto balear, polo que se confirma como requisito para acceder á prestación de servizos baixo a modalidade de teletraballo “dispor [...] do equipo informático”, ademais dos sistemas de comunicación, e mantelo, correspondéndolle tamén a solución de calquera incidencia, salvo aquelas que resulten imputables aos sistemas informáticos da Administración. Tamén o artigo 5.e) do Decreto castelán-manchego, que exige a quen desexa teletraballar “dispor ou adquirir o compromiso de ter un ordenador persoal cun *software* compatible co establecido pola Administración e dunha conexión adecuada, asumindo o empregado a solución de toda incidencia relativa ao equipo informático. Así mesmo, artigo 14.d) da Orde galega recolle a necesidade de que o persoal dispoña dun equipo informático básico con acceso a Internet e acceso remoto á rede corporativa da Xunta de Galicia, asumindo o empregado a solución das incidencias que lle puidesen afectar”. Achegando os seus propios medios e as conexións necesarias, o Decreto rioxano obriga a Administración a prover o empregado “de servizos técnicos axeitados [...] para que poida realizar o traballo desde o seu domicilio”, precisión que non empece a necesidade de revisar este desprazamento de custos cara ao traballador, considerándose tamén digno de censura valorar a achega dos medios técnicos dos cales o empresario dispoña no seu domicilio como criterio de prelación (art. 7 do Decreto rioxano).

Así mesmo, o Decreto balear obriga o empregado a facilitar o seu número de teléfono de contacto persoal, ademais de achegar o terminal e liña propios, asumindo o seu custo. Tamén o Decreto extremeño⁵⁵ (art. 8.4) e o valenciano obrigan a facilitar un número de teléfono de contacto “para manter a comunicación precisa na prestación do servizo” (art. 8.4).

Parece marcar un punto de inflexión o Decreto valenciano, cuxo preámbulo invoca serias “razóns baseadas no marco da obrigada protección de datos e da seguridade no tratamento da información”, que “aconsellan que sexa a Administración a que analice e lle proporcione o equipo informático necesario” ao empregado, que “será preparado coas aplicacións necesarias para a prestación do servizo en réxime de teletraballo”. Congruente co anterior é o seu artigo 8, en virtude do cal se lle prohíbe ao empregado utilizar unha conexión informática que poida pór en risco a seguridade da comunicación, como son “as ofrecidas por tendas, hostalaría, lugares públicos ou outros tipos de establecementos comerciais e, en xeral, daquelas redes de comunicacións compartidas ao público en xeral”; este erixe en requisito para autorizar a prestación de servizos a distancia dispor dun lugar que “cumpra coa normativa vixente en materia de seguridade e saúde laboral” [art. 5.1.d)], como tamén o fai o artigo 20 do Decreto castelán-leonés, extremo que non contravén o artigo 47bis EBEP, pero cuxa existencia supón, como se avanzou, desprazar sobre o empregado custos e funcións propias do empregador.

Non obstante, esta evolución é meramente aparente, dado que o Decreto extremeño, inmediatamente posterior ao valenciano, retoma a obrigatoriedade de achegar

os instrumentos de traballo por parte do empregado, quen, pola súa vez, asume a resolución de toda incidencia procedente do seu equipo informático (art. 8.2 e 3), como tamén o fai o Decreto castelán-leonés (art. 5.1 e 19). Tamén o fai o artigo 3 do recente Decreto catalán, pero matiza no seu artigo 8.1 que “o departamento de adscrición ou o organismo autónomo que corresponda avaliará a viabilidade de pór á disposición dos empregados as ferramentas e os medios que considere necesarios e axeitados para a prestación dos servizos na modalidade de teletraballo”, aínda que é contundente ao imputarlle os gastos de conexión ao empregado. Persiste na súa exixencia o desenvolvemento do Protocolo andaluz, xa que, se a persoa non dispón dos ditos medios e a Administración non llos pode subministrar nese momento, non poderá optar a esta modalidade de traballo (art. terceiro).

Si se confirma no artigo 16 do Decreto madrileño, que prevé a achega por parte da Administración do equipo informático e as aplicacións necesarias, debendo o empregado asumir a conexión a Internet compatible (art. 16). Non obstante, advírtese que este dereito non poderá supor con carácter xeral unha duplicación de medios á disposición do empregado, en función das xornadas con actividade presencial e das xornadas en réxime de teletraballo. Non obstante, normas como o Decreto extremeño demandan que o empregado teña “un espazo de traballo adecuado ás funcións que debe desempeñar”, deixando en evidencia o desprazamento de custos cara ao teletraballador, cuxo alcance pode supor unha minoración indirecta das retribucións a percibir⁵⁶ que non resolverá de todo a adaptación da normativa autonómica ao marco deseñado polo artigo 47bis EBEP.

3 CONCLUSIÓNS

A consecución do interese xeral condiciona o rol como empregador das administracións públicas. Por conseguinte, a regulación do teletraballo encamiñárase á satisfacción daquel sen esquecer a protección do empregado, perseguindo un equilibrio difícil de alcanzar. Lonxe de marcar un punto de inflexión, a entrada en vigor do artigo 47bis EBEP confirma o proceso en virtude do cal o teletraballo se distinguiu como un instrumento clave para adaptar a organización administrativa ás exixencias desta nova era tecnolóxica, supeditando a soberanía do empregado público sobre o seu tempo e espazo de traballo á satisfacción das necesidades do servizo. Non obstante, a primacía do interese xeral sobre o particular do empregado non exclúe o control sobre unha decisión cuxo fundamento exixe a determinación das ditas necesidades, concepto xurídico que, malia a súa vaguidade, non concede marxe ningunha á arbitrariedade administrativa.

Correlato deste propósito é a configuración do teletraballo nas normas máis recentes. Do teletraballo a domicilio, destinado a compatibilizar o desempeño das funcións do empregado coa asunción das súas responsabilidades familiares, asistiuse á aparición doutro, onde a liberdade de elección do tempo e o lugar de traballo apenas está limitada polas exixencias derivadas da seguridade no tratamento da información. Non sería de estrañar, pois, que a adaptación da normativa existente ao marco deseñado polo

artigo 47bis EBEP proseguiuse na dirección cara a un teletraballo flexible e orientado á obtención duns obxectivos razoables polo empregado e idóneos para axilizar a relación do empregador co administrado. Para tal efecto, o papel proactivo da Administración na organización do traballo, o reforzo formativo do empregado e de quen dirixa o seu labor ou a dotación dos medios necesarios para a execución da prestación debida constitúen os principais retos a afrontar polo desenvolvemento normativo que terá lugar durante os próximos meses. So pena de defraudar as esperanzas nel depositadas, ese desenvolvemento debe vir acompañado dun investimento imprescindible para culminar con éxito o longo e tortuoso periplo cara á Administración dixital.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Alemán Páez, F. 2017. «El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail n. 2016-1088”», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 30: 12-33.
- Alemán Páez, F. 2020. «Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 153: 13-62.
- Almonacid Lamelas, V. 2020. «El coronavirus implanta el teletrabajo en el sector público o la constatación de que toda crisis es una oportunidad», en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, 352.
- Álvarez Cuesta, H. 2020. «Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 43.
- Baylos Grau, A.P. 2019. «Los derechos digitales y la negociación colectiva», en *Diario La Ley*, 9331.
- Coscolluela Montaner, L. 2020. *Manual de Derecho Administrativo*, 31.ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- García de Enterría, E. e Ramón Fernández, T. 2017. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 18ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. 1962. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, 38:159-208.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. 1996. «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89: 69-89.
- Lantarón Barquín, D., «La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador». Disponible en: <http://www.cielolaboral.com/la-seducion-de-los-horizontes-reflexiones-sobre-el-derecho-a-la-desconexion-digital-del-trabajador/> (consultado o día 30 de setembro de 2019).
- Megino Fernández, D. e Lanzadera Arencibia, E. 2020. «El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública»,

- en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18.
- Mella Méndez, L. 2003. «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo», en *Relaciones Laborales*, 1.
- Mella Méndez, L. 2015. «La seguridad y salud en el teletrabajo», en L. Mella Méndez (dir.) e A. Villalba Sánchez (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez de los Cobos, F. 2005. «La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», en *Relaciones Laborales*, 10.
- Rodríguez Escanciano, S. 2019. «Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos», en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 16.
- Sierra Benítez, E.M. 2020. «Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020», en *Noticias CIELO*, 8.
- Taléns Visconti, E.E., 2019. «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 17.
- Thibault Aranda, J. 2000. *El teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Villalba Sánchez, A. 2017. «El teletrabajo en las Administraciones Públicas», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 36.
- Villalba Sánchez, A. 2018. «Novas tecnoloxías e integración da vida persoal, familiar e laboral: unha breve análise do teletraballo na Administración pública galega», en *Administración & Cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 13(1).
- Villalba Sánchez, A. 2020. «Arts. 87 a 91», en A. Villanueva Turnes (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*. Madrid: Dilex.

NOTAS

- 1 Este traballo é froito do proxecto de investigación do MINECO titulado "Impacto de la digitalización y la inteligencia artificial en la empresa y la sociedad: perspectivas jurídicas y económicas - E.S. Digital". Referencia: PGC2018-093772-B-I00 (2019-2021).
- 2 BOE n. 259, do 30 de setembro de 2020.
- 3 Advertindo o seu potencial para vencer a resistencia a súa implantación, véxase Almonacid Lamelas, 2020: 1.
- 4 Dispoñible no seguinte enlace: <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/secretaria-general-de-funcion-publica/Actualidad/2020/06/2020-06-17.html> (consultado o día 17 de outubro de 2020).
- 5 Como o Acordo do 14 de setembro de 2020, que concreta as medidas de carácter organizativo e de prestación de servizos públicos no ámbito dos servizos xerais da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia -en diante, o Acordo baleár- (BO. *Illes Balears*, do 17 de setembro de 2020).
- 6 Véxase o Acordo baleár.
- 7 Así, a Resolución do 12 de maio de 2020, da Consellaría de Presidencia, pola que se aproban as Instrucións de medidas preventivas e organizativas con motivo da reincorporación do persoal da Administración do Principado de Asturias, os seus organismos e entes públicos (BOPA n. 91, do 13 de maio de 2020), permite teletraballar aos que precisen aplicar medidas de conciliación da vida laboral e familiar como consecuencia da pandemia. Dando continuidade a estas, véxase tamén a Resolución do 7 de setembro de 2020, da Consellaría de Administración Autonómica, Medio Ambiente e Cambio Climático, pola que se ditan instrucións de carácter organizativo en materia de emprego público para a prevención da COVID-19 mentres persista a declaración de crise sanitaria establecida no artigo 2.3 do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño (BOPA n. 175, do 9 de setembro 2020).
- 8 Como prevé a Resolución do 12 de maio de 2020, da Consellaría de Presidencia, pola que se aproban as Instrucións de medidas preventivas e organizativas con motivo da reincorporación do persoal da Administración do Principado de Asturias, os seus organismos e entes públicos.

- 9 Posibilidade que confirma a Resolución do 19 de xuño de 2020, da Consellería de Presidencia, pola que se ditan instrucións de carácter organizativo en materia de emprego público para a prevención da COVID-19 (BOPA n. 118, do 10 de xullo de 2020).
- 10 BOJA n. 184, do 22 de setembro de 2020.
- 11 BOCM n. 226, do 17 de setembro de 2020.
- 12 BOE n. 261, do 31 de outubro de 2015.
- 13 BOIB n. 91, do 29 de xuño de 2013.
- 14 Como tamén o fai o Decreto 82/2016, do 8 de xullo, do Consell, polo que se regula a prestación de servizos en réxime de teletraballo do persoal empregado público da Administración da Generalitat (DOCV n. 7828, do 14 de xuño de 2016) –en diante, Decreto valenciano–.
- 15 BO da Ríoxa n. 154, do 13 de decembro de 2013.
- 16 DOE n. 10, do 15 de xaneiro de 2018.
- 17 DOG n. 249, do 31 de decembro de 2013.
- 18 Non en van, conclúese que a regulación do teletraballo en Galicia foi esencialmente concibida como medida destinada a favorecer a conciliación da vida persoal e familiar e, só de xeito colateral, a alcanzar outros obxectivos como a conservación do medio ambiente ou a prevención de accidentes (Villalba Sánchez, 2018: 33).
- 19 Non ratificado aínda polo Reino de España.
- 20 Artigos 2.1 do Decreto vasco e 1.2 do Decreto 57/2013, de 12/08/2013, polo que se regula a prestación de servizos dos empregados públicos en réxime de teletraballo na Administración de Xunta de Comunidades de Castela-A Mancha (DOCM n. 158, do 16 de agosto de 2013), en diante, Decreto castelán-mancheo.
- 21 Artigo 21. do Decreto balear.
- 22 Véxanse senllos arts. 2 do Decreto valenciano e do Decreto estremeño.
- 23 García de Enterría e Ramón Fernández, 2017: 485.
- 24 Sobre o seu alcance e control, véxase García de Enterría Martínez-Carande, 1996: 79.
- 25 BOE n. 253, do 23 de setembro de 2020.
- 26 Pérez de los Cobos, 2005: 1315.
- 27 Mella Méndez, 2003: 177; e Thibault Aranda, 2000: 55.
- 28 Sobre a dificultade de determinar que gastos deben ser obxecto de compensación, véxase Sierra Benítez, 2020: 1.
- 29 Sobre a formación, o Decreto vasco exige que reúna os coñecementos informáticos e telemáticos, teóricos e prácticos, suficientes que require o desenvolvemento das funcións do seu posto na modalidade de teletraballo [tamén exixido polo art. 4.1.f) do Decreto balear, que entenderá o requisito cumprido mediante unha declaración responsable do solicitante], ademais de superar os cursos de formación do Instituto Vasco de Administración Pública relativos á prestación do servizo na modalidade non presencial. Procede destacar que o Decreto vasco e o rioxano configuran a superación das actividades formativas como un requisito necesario para acceder á prestación de servizos nesta modalidade non presencial.
- 30 A prol dunha maior eficiencia no tránsito cara a esta modalidade de prestación de servizos, exíxese que o empregado teña certa experiencia no desempeño do seu posto de traballo. Así, na Orde galega, o persoal empregado público debe contar cunha antigüidade igual ou superior aos dous anos de servizo no posto de traballo para o que se solicita o teletraballo ou, se é o caso, acreditar a experiencia por prestación de servizos en postos con funcións e tarefas análogas ás do posto para o que se solicita este dereito [art. 14.b)]. Máis común resulta que a antigüidade requirida se cifre nun ano (art. 6 do Decreto estremeño). Nesa liña, o Decreto vasco e o Decreto valenciano (art. 4) exixen ter desempeñado o posto de traballo en cuestión nos últimos dous anos durante períodos que sumen, polo menos, un ano na data de inicio da prestación do servizo mediante teletraballo. Parecido é o artigo 5.1 do Decreto castelán-leonés ao exixir desempeñar efectivamente o posto de traballo “ou outro de contido similar na mesma unidade administrativa durante un período mínimo dun ano dentro dos últimos dous anos”. Menos exixente se mostra o Decreto balear, a teor do cal abonda con que se acredite o “desempeño efectivo mínimo de seis meses no posto de traballo que pretende desenvolver mediante teletraballo ou noutro posto con funcións análogas, sempre que neste último caso xa leve un mes no que ha de exercer mediante teletraballo” (sic). Non obstante, cando o solicitante se atope nalgunha situación administrativa que leve consigo a reserva de posto de traballo, unha vez solicitado o reingreso ao servizo activo, débese acreditar que se desempeñou efectivamente o posto reservado durante un mínimo de seis meses, se hai menos de tres anos desde que deixou de facelo. E, se hai máis de tres anos, ademais terá que ocupar como mínimo o posto en cuestión durante tres meses con posterioridade ao reingreso, antes de acceder a prelo na modalidade de teletraballo [art. 4.1.b) Decreto balear]. Con iso preténdese evitar unha desconexión temporal susceptible de provocar a perda de competencias requiridas para o dominio do posto de traballo. Ante a mesma tesitura, o Decreto castelán-mancheo, que exixe un ano de antigüidade no posto en cuestión, simplemente require ter desempeñado ese posto durante o ano inmediatamente anterior ao pase a esa situación administrativa [art.5.b)]. Outra alternativa, pola cal se decanta o Decreto rioxano, consiste en non exixir antigüidade ningunha, pero valorar a permanencia do empregado como criterio de prelación na concesión da solicitude (art. 7).
- 31 Estes dous últimos introducidos polo artigo 6 do Decreto madrileño.
- 32 Que o Decreto balear cifra en 15 días anteriores á data de finalización desexada.
- 33 García de Enterría Martínez-Garante e Ramón Fernández, 2017: 503 a 507.
- 34 García de Enterría Martínez-Garante, 1996: 79.
- 35 Cosculluela Montaner, 2020: 369.
- 36 García de Enterría Martínez-Garante, 1962: 173.
- 37 Advirtase, unha vez máis, o inapropiado uso dunha terminoloxía procedente do ámbito empresarial.
- 38 Mella Méndez, 2015: 179.
- 39 BOE n. 294, do 6 de decembro de 2018.
- 40 Alemán Páez, 2017: 6.
- 41 Baylos Grau, 2019: 2.
- 42 Taléns Visconti, 2019: 158; e Rodríguez Escanciano, 2019: 123 e ss.
- 43 Villalba Sánchez, 2020: 377.
- 44 Megino Fernández y Lanzadera Arencibia, 2020: 68.
- 45 Lantarón Barquín: 5.
- 46 Véxase, p. ex., artigo 4,5 do Decreto catalán ou o artigo 21 do Decreto madrileño.
- 47 DOG n. 155, do 18 de agosto de 2014.
- 48 BOJA n. 194, do 6 de outubro de 2020.
- 49 Utilizando a expresión acuñada por Alemán Páez, 2017: 1.
- 50 Elaboración da programación tamén prevista polo artigo terceiro do Protocolo andaluz no Decreto catalán (art. 6). Tamén o Decreto madrileño considera a elaboración conxunta dun plan individual de traballo onde se indicarán, polo menos, “os obxectivos para o período proposto; o calendario, os controis e o sistema de indicadores que se aplicará á medición do seu grao de consecución; a desdixión xeral do traballo a realizar e da súa forma de organización; a indicación das xornadas concretas de teletraballo e de actividade

- presencial; o empregado que vaia efectuar a correspondente supervisión; e calquera outro extremo que se estableza nas instrucións de desenvolvemento ou no propio plan". En todo caso, o plan individual de teletraballo deberá incluír indicadores que permitan valorar o nivel de contribución do empregado público ao logro dos obxectivos establecidos para a unidade da que dependa, así como en relación cos resultados dos demais empregados que presten servizo nesta, de cara á correspondente avaliación do desempeño (art. 20).
- 51 Álvarez Cuesta, 2020: 184.
- 52 Sobre a formación das persoas responsables en técnicas de dirección por obxectivos, planificación e xestión, tamén se pronuncian os artigos 4.4 do Decreto castelán-manchego, artigo 9 do Decreto estremeño e artigo 18 do Decreto castelán-leonés.
- 53 O Decreto balear encoméndalle á Escola Balear de Administración Pública a acreditación da cobertura axeitada do cuestionario relativo ás formas de cumprimento da xornada de traballo non presencial, á avaliación por obxectivos, á prevención en riscos laborais, á protección de datos, á seguridade informática e á confidencialidade administrativa, a cubrir por parte do empregado. Previamente, porase á disposición do seu persoal un manual de teletraballo co contido necesario para adquirir os coñecementos sinalados, para que cubra o cuestionario antes de empezar cada novo período na modalidade de teletraballo. Pola súa vez, porá á disposición das persoas que teñan que cumprir as funcións de supervisoras un manual relativo a técnicas de avaliación, dirección por obxectivos, planificación e xestión e formas de cumprir a xornada de traballo non presencial (art. 12).
- 54 Alemán Páez, 2020: 18.
- 55 Aínda que este lle impón á Administración o deber de facilitar unha conta de correo electrónico, as aplicacións informáticas necesarias para o desenvolvemento do seu traballo cotián e un escritorio remoto, con acceso seguro VPN que reproduza as condicións de traballo dun posto físico do centro de destino (art. 8.5).
- 56 Villalba Sánchez, 2017: 244.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 131-146

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4609>

© José M^a Durán Cabré

© Alejandro Esteller Moré

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Recibido: 22/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

COVID-19 e finanzas públicas

COVID-19 y finanzas públicas

COVID-19 and public finances



JOSÉ M.^a DURÁN CABRÉ

Profesor agregado de Economía Aplicada

Instituto de Economía de Barcelona (IEB)

Universidade de Barcelona

<https://orcid.org/0000-0002-6265-4347>

jmduran@ub.edu

ALEJANDRO ESTELLER MORÉ

Catedrático de Economía Aplicada

Instituto de Economía de Barcelona (IEB)

Universidade de Barcelona

<https://orcid.org/0000-0002-7785-6734>

aesteller@ub.edu

Resumo: A COVID-19 supuxo un golpe tremendo na nosa sociedade, en perda de vidas humanas, pero tamén no seu impacto sobre a actividade económica. O sector público español exerceu o seu papel contracíclico, aumentando o nivel de gasto e vendo reducidos os seus ingresos, o que provocou un incremento sobresaínte do seu nivel de déficit e de endebedamento. A curto prazo, non foi á custa de erosionar a credibilidade financeira das contas públicas, pero iso non quita que, a medio prazo, ou mesmo a curto, España deba levar a cabo polo lado do ingreso accións oportunas para lograr un estado sustentable das contas públicas.

Palabras clave: Finanzas públicas, débeda pública, sustentabilidade financeira, sistema fiscal, gasto público, coronavirus.

Resumen: La COVID-19 ha supuesto un golpe tremendo en nuestra sociedad, en pérdida de vidas humanas, pero también en su impacto sobre la actividad económica. El sector público español ha ejercido su papel contracíclico, aumentando el nivel de gasto y viendo reducidos sus ingresos, lo que ha provocado un incremento sobresaliente de su nivel de déficit y de endeudamiento. A corto plazo, no ha sido a costa de erosionar la credibilidad financiera de las cuentas públicas, pero ello no quita que, a medio plazo, o incluso a corto, España deba llevar a cabo por el lado del ingreso acciones oportunas para lograr un estado sostenible de las cuentas públicas.

Palabras clave: Finanzas públicas, deuda pública, sostenibilidad financiera, sistema fiscal, gasto público, coronavirus.

Abstract: COVID-19 has been a tremendous shock to our society, in terms of loss of life, but also in economic terms. The Spanish public sector has performed a contra-cyclical policy, having increased the level of expenditures and by means of a reduction of revenues due to the performance of the automatic stabilizers, which has generated an extraordinary increased in the public deficit and in the level of indebtedness. In the short run, this has not caused an erosion of its financial credibility, but this does not preclude that in the medium, or even in the short run, the public sector has to carry out measures to achieve the sustainability of its public finances.

Key words: Public finances, public debt, debt sustainability, tax system, public expenditure, coronavirus.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 O previsible impacto da COVID-19 sobre as finanzas públicas. 2.1 Estimación. 2.2 Natureza da reacción do sector público. 3 Medidas extraordinarias para unha situación excepcional. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A estas alturas, é probablemente redundante volver incidir no enorme impacto económico da COVID-19, así como no inesperado desta. Ante un *shock* desta natureza, o papel do sector público está claro: estabilizar a economía a través dos ingresos, basicamente dos estabilizadores automáticos, e de xeito crucial nesta crise a través tamén do gasto. O obxectivo era, e aínda o é no momento de escribir este artigo (outubro de 2020), garantir a liquidez dos axentes económicos (de aí o papel crucial do gasto público non-financeiro e financeiro), evitando peches empresariais e un aumento do desemprego. A pesar da tremenda caída do PIB, cremos que eses obxectivos foron máis ou menos alcanzados¹, tendo en conta que o prioritario nunha pandemia debe ser salvagardar a saúde pública.

Tal política fiscal só podía ter unha consecuencia: aumentar o déficit non financeiro das nosas administracións públicas e, polo tanto, o nivel da débeda pública. En épocas pasadas, e con niveis positivos de crecemento, tal comportamento era valorado negativamente pola sociedade e, máis en concreto, polos axentes financeiros. Na actualidade, o déficit e o conseguinte aumento da débeda teñen unha natureza conxuntural e, polo tanto, distinta. Esa circunstancia, engadida ao feito de que os tipos de xuro da débeda pública eran e seguen a ser baixos e o apoio financeiro da Unión Europea, fixo que o impacto, polo menos a curto prazo, sobre as nosas finanzas públicas non afectase á credibilidade financeira do noso país. Isto é, provoca que o noso nivel de débeda sexa sustentable se os parámetros financeiros actuais se manteñen dentro dos seus valores actuais, cando menos a medio prazo.

Iso, sen dúbida, dálle un respiro ao noso sector público, o cal é coherente con deixar que o impacto negativo da crise recaia unicamente sobre o déficit. Non obstante, este impacto non se distribúe de xeito uniforme. Hai axentes económicos, xa sexa empresas ou individuos, que puideron obter ganancias extraordinarias derivadas de gastos e investimentos en sectores favorecidos pola crise, en particular, pero non unicamente,

aqueles relacionados co sector sanitario². Tanto por razóns de equidade como de eficiencia, unha opción en mans do sector público é gravar eses rendementos extraordinarios. Faría que o impacto sobre o déficit e, polo tanto, sobre o endebedamento fose, sequera, lixeiramente menor e sería tamén un xeito de, digamos, cohesionar fiscalmente o noso país. Cando, se non, se fai máis evidente a necesidade de contribuír ao sostemento das finanzas públicas?³.

Tómense ou non ese tipo de medidas extraordinarias, o que está claro é que a sociedade entendeu a gravidade da situación. A xeito de exemplo, véxanse os gráficos 1 e 2. Neles, móstrase en termos relativos con canta frecuencia se busca a través de Internet información sobre “débeda pública” e “impostos”, respectivamente. O interese, aproximado a través desas buscas, disparouse a mediados de abril de 2020 en comparación co interese espertado por tales cuestións ao longo dos últimos cinco anos. Iso quere dicir que os axentes económicos e a sociedade en xeral son conscientes de que ese impacto se acabará notando nos seus petos. A cuestión é que ao noso sector público se lle acumulará o traballo: garantir a devolución da débeda derivada de períodos anteriores cando o crecemento era positivo (isto é, derivada dun déficit estrutural) e a nova débeda acumulada a consecuencia da pandemia (isto é, como xa dixemos, a causa dun déficit conxuntural). Por conseguinte, o *shock* actual debería servir de estímulo para acometer axustes no noso sector público non para estar asegurados ante unha nova pandemia, o cal é imposible, senón para ter un sector público equilibrado estruturalmente e, polo tanto, sustentable a longo prazo.

Gráfico 1. Débeda pública de España nos últimos cinco anos



Fonte: Google Trends.

Gráfico 2. Xuro ao longo do tempo nos últimos cinco anos



Fonte: Google Trends.

O obxectivo deste artigo, porén, non é analizar as diversas opcións de que dispón o noso sector público para alcanzar a estabilidade financeira a longo prazo. No seu lugar, mostramos, a partir das estimacións dispoñibles no momento actual, a escala do impacto do *shock* sobre as nosas finanzas públicas a curto prazo que, máis alá dos estabilizadores automáticos, incluíu unha diversidade de respostas polo lado do gasto e do ingreso. A extraordinariedade da situación puidese ter chamado igualmente á posta en marcha de políticas impositivas de carácter excepcional, as cales tamén describimos con certo detalle.

Acorde cos obxectivos anteriores, o resto do traballo estrutúrase como segue. Na seguinte sección, faremos unha recompilación das estimacións actuais sobre o impacto financeiro da COVID-19 sobre as nosas finanzas públicas, así como unha breve análise das medidas adoptadas máis relevantes. Na sección terceira, valoramos algunhas das medidas que podería acometer o noso sector público de xeito singular a consecuencia do *shock*. Por último, a sección cuarta conclúe.

2 O PREVISIBLE IMPACTO DA COVID-19 SOBRE AS FINANZAS PÚBLICAS

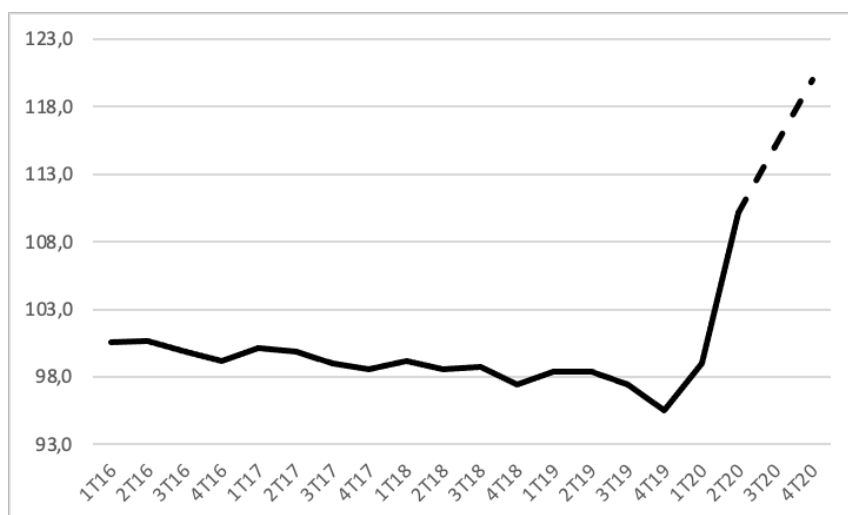
2.1 Estimación

A finais de marzo de 2020, fixemos unha primeira estimación do impacto financeiro da COVID-19⁴. En concreto, baseándose nas previsións macroeconómicas existentes nese momento, así como na cuantificación que fixo a executiva central das medidas tomadas inicialmente para facer fronte á pandemia⁵, estimamos un déficit sobre o PIB do 12,4 % tal que concluímos que a ratio débeda pública sobre o PIB acabaría roldando o 110% a finais de ano. Para iso, supuxemos que o PIB caería un 9,45 %, e só tomamos en consideración o impacto directo das medidas antes citadas do Executivo central. Coa información de que dispomos na actualidade, cambiaron tales estimacións? Tomemos,

por exemplo, os datos macroeconómicos actualizados (a principios de outubro de 2020) de Torres e Fernández⁶.

A previsión de caída do PIB, supondo que non haxa un confinamento xeneralizado a partir de setembro de 2020, é superior á que utilizamos, do 13%⁷, mentres que o déficit se situaría no 12,2%⁸, isto é, non moi afastado da previsión que utilizamos. Non obstante, eses 4 puntos porcentuais adicionais de decrecemento provocan que a estimación da ratio débeda pública versus PIB se sitúe no 120% a final de ano⁹. O nivel de que partiamos a inicio de ano era do 95,5% (véxase gráfico 3). No gráfico, pódese observar como de xeito moi lixeiro e insuficiente¹⁰ a ratio ía diminuindo. A parte descontínua da serie identifica a extrapolación para os dous últimos trimestres do ano baseándose no nivel estimado a final de ano. Unha cuestión importante, e que non por obvia debe esquecer: en ausencia da expansión fiscal a causa da COVID-19, o numerador da ratio débeda/PIB non aumentase tanto en valor absoluto, pero a caída da actividade económica (denominador) tería caído aínda máis do que xa o fixo. A partir desta combinación de circunstancias alternativas, paradoxalmente, chegaríamos a unha ratio similar á que se estima que se chegará, pero cun custo social e afectación da nosa capacidade produtiva moito maior¹¹.

Gráfico 3. Débeda pública sobre PIB (%) das AAPP



Fonte: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/20/presbe2020_74.pdf.

En apenas seis meses, as previsións iniciais quedaron algo desfasadas, aínda que, cualitativamente, a conclusión non variou: o noso nivel de endebedamento como porcentaxe do PIB alcanzará unha cota descoñecida para o noso país, polo menos en épocas recentes. A pregunta importante, non obstante, é se tal nivel é sustentable ao longo

do tempo. En Durán Cabré e Esteller Moré¹², intentamos dar resposta a esta pregunta clave. Para iso, partimos da coñecida seguinte relación:

$$\text{Variación_Débeda/PIB} = (\text{Débeda/PIB})_{2021} - (\text{Débeda/PIB})_{2020} = [(\text{Débeda/PIB})_{2020} \times ((r-g)/(1+g))] - \text{SAP}_{2021}$$

onde cada un dos parámetros se define como segue: r é o custo financeiro real da débeda, g é a taxa de crecemento real do PIB previsto en 2021, e SAP_{2021} é o superávit primario previsto en 2021 como porcentaxe do PIB dese ano. A situación interesante é aquela en que $g > 0$, pois, na medida en que a economía creza, a ratio de endebedamento debería diminuír, $\text{Variación_Débeda/PIB} < 0$. Se $g < 0$, e dependendo do alcance contracíclico da política fiscal, a variación, en cambio, pode ser positiva; é o que vai suceder en 2020. En concreto, dado un custo financeiro da débeda e unha determinada taxa de crecemento económico, a débeda será sustentable se a partir de 2021 (e seguintes anos):

$$\text{SAP}_{2021} > (\text{Débeda/PIB})_{2020} \times ((r-g)/(1+g))$$

Esta última desigualdade permítenos inferir, polo tanto, cal debería ser a natureza da política fiscal a partir de 2021 en tanto en canto $g > 0$. Volvendo ás estimacións anteriores baseadas, por exemplo, en Torres e Fernández¹³, temos o seguinte (todo expresado en tanto por un):

$$\text{SAP}_{2021} > 1,2 \times ((r-0,079)/(1+0,079)) = 1,11 \times (r-0,079)$$

Recordemos que só estamos traballando coas previsións de 2021. Para concluír afirmando que a débeda é ou non sustentable a medio-longo prazo, deberíamos dispor da senda anual prevista de crecemento, así como das ratios iniciais de débeda/PIB de cada ano para comprobar que a relación anterior se cumpre ao longo do tempo. Volvendo a 2021, descoñecemos cal será o custo financeiro nese ano. Se, por exemplo, adoptamos como referencia o custo das obrigas a 10 anos¹⁴ emitidas en 2020, o cal se sitúa na actualidade arredor do 0,2%¹⁵, a relación anterior infórmanos de que a ratio diminuír se o superávit primario é superior ao -8,55%. Isto é, mesmo se se producise un déficit de ata esa magnitude, a ratio mostraría unha tendencia decrecente e, polo tanto, concluiríamos que é sustentable, o cal debería manterse en períodos futuros de crecemento real positivo. Non obstante, dado que $g > 0$, esperaríamos que, como mínimo, $\text{SAP}_{2021} = 0$. A partir de aí, para ir máis alá dese mínimo (isto é, para que $\text{SAP}_{2021} > 0$), será necesario dotar o noso sistema fiscal dunha capacidade recadatoria que non ten, como se demostrou nestes últimos anos.

Só como referencia: se se mantivesen os parámetros anteriores (custo financeiro da débeda e estimación prevista de crecemento económico), na medida en que $\text{SAP}_{2021} = 0$, a ratio débeda pública/PIB pasaría do 120% ao 109,7%. Obsérvese, non obstante,

que no escenario pre-COVID, malia a situación de crecemento económico, o déficit primario previsto era do 0,1 %, isto é, $SAP_{2021,pre-COVID} = -0,001$ (gráfico 65 informe AIReF, nota ao final 5). En definitiva, pendente de que se vaian eliminando as incertezas, o cal depende en boa medida da obtención dunha vacina contra a COVID-19, deberemos estar atentos á sustentabilidade financeira do noso sector público. A partir de entón, deberíamos entrar nun círculo virtuoso tal que xeremos un superávit estrutural e que o destino dos recursos públicos –incluídos, e de xeito clave, os recursos derivados do fondo de recuperación Next Generation da UE– maximice, dado un obxectivo de equidade, a eficiencia económica. Ademais do impacto directo positivo dese círculo sobre o superávit, iso permitiría contribuír ao crecemento económico e evitar que o custo financeiro da nosa débeda se disparase a causa da desconfianza do sector financeiro.

2.2 Natureza da reacción do sector público

Desde o inicio da pandemia ata o momento de finalizar este artigo, foron numerosas as medidas que foron tomando as administracións públicas españolas. Sen ánimo de ser exhaustivos, e deixando de lado as medidas directamente relacionadas co nivel de gasto sanitario, a continuación destacamos algunhas das máis relevantes agrupadas en función da súa finalidade.

Mantemento do emprego e dos ingresos. Sen lugar a dúbidas, a medida máis importante, en termos orzamentarios e polos seus efectos sobre a economía, foi a utilización dos expedientes de regulación temporal de emprego (ERTE). Como é coñecido xa, esta figura permite suspender de xeito temporal os contratos de traballo ou reducir a xornada laboral, de forma que diminúen os custos salariais das empresas mentres que aos traballadores se lles manteñen os seus ingresos mediante a prestación por desemprego¹⁶. As empresas deben seguir pagando a cota patronal, aínda que cabe a súa exoneración total ou parcial, segundo as empresas, cando a suspensión derive dunha causa de forza maior. Malia seren numerosos os cambios que se foron introducindo na regulación dos ERTE en función da evolución da crise, seguramente o máis relevante se refira á súa duración: nun primeiro momento lígase ao estado de alarma, posteriormente amplíase ata o 30 de xuño, logo ata o 30 de setembro e, no momento de redactar estas liñas, ata o 31 de xaneiro de 2021.

En relación cos traballadores autónomos, apróbase unha prestación extraordinaria para aqueles que se visen obrigados ao cesamento da súa actividade económica, ou ben que o seu nivel de facturación se vise reducido en polo menos un 75 % en comparación, en xeral, coa media do semestre anterior¹⁷. A prestación aplícase nun primeiro momento ata o 30 de xuño, ao concluír o mes en que finaliza o estado de alarma, ben que posteriormente se introduce a posibilidade de solicitar a prestación por cesamento de actividade ata o 30 de setembro e, máis recentemente, ata o 31 de xaneiro de 2021.

Creación do ingreso mínimo vital. Co fin de previr o risco de pobreza e exclusión social de persoas e fogares, créase un ingreso mínimo vital, aínda que non se pode considerar consecuencia directa da COVID-19, xa que formaba parte do acordo de coalición entre

o PSOE e Unidas Podemos, e a súa aplicación vaise manter máis alá da crise derivada pola pandemia. En efecto, o ingreso funciona como unha prestación non contributiva da Seguridade Social que se financia con cargo aos orzamentos xerais do Estado, mediante transferencias á Seguridade Social, que se cobra mensualmente mentres se manteña a situación de vulnerabilidade¹⁸. Para un beneficiario individual o importe da prestación coincide coa contía das pensións non contributivas fixada anualmente na Lei de orzamentos xerais do Estado, isto é, 5.538 euros anuais en 2020. No caso de fogares, ou unha unidade de convivencia segundo a terminoloxía da norma, a contía increméntase nun 30 por cento por cada membro adicional a partir do segundo ata un máximo do 220 por cento. Ademais, prevense certos complementos para fogares monoparentais e para gastos de alugueiro. Considérase que se dá unha situación de vulnerabilidade económica cando os ingresos totais do beneficiario individual ou da unidade de convivencia se sitúen por debaixo do nivel garantido de renda e, ademais, o valor do seu patrimonio non supere tres veces a pensión non contributiva se se trata dun beneficiario individual, ou un importe incrementado no caso de unidade de convivencia. Para os efectos do cálculo do valor do patrimonio, non se ten en conta a vivenda habitual.

Liquidez vía financiamento. De xeito urxente, mesmo antes de declarar o estado de alarma, apróbase o 12 de marzo¹⁹ un paquete de medidas de ata 180.000 millóns de euros para, entre outros, garantir a liquidez ás empresas, en particular, ás pemes e ás relacionadas co sector turístico. Poucos días despois, o 17 de marzo²⁰, apróbase outro tipo de medidas, de novo enfocadas a garantir a liquidez a familias e empresas a través de créditos por un importe de ata 200.000 millóns de euros. Estas medidas refórzanse e ampliáanse o 21 de abril²¹.

Liquidez vía aprazamentos. Igualmente adóptanse medidas polo lado do ingreso consistentes na concesión de aprazamentos nos pagamentos de impostos²². En concreto, todas aquelas débedas tributarias que se tivesen que pagar desde o 13 de marzo, día de entrada en vigor da norma, ata o 30 de maio por parte de pemes e autónomos podíanse aprazar durante un período de seis meses, sen custo financeiro ningún durante os primeiros catro meses. Tamén se autoriza a Tesouraría Xeral da Seguridade Social a conceder moratorias de seis meses sen xuros no pagamento das cotizacións sociais devindicadas ás empresas e autónomos que o soliciten e cumpran certas condicións que se fixarán mediante orde ministerial²³.

Redución de tipos. Introdúciuse no IVE un tipo impositivo do 0 por cento aplicable a todas as compras de bens necesarios para combater os efectos da COVID-19 por parte das entidades hospitalarias, mantendo non obstante para as empresas subministradoras dos ditos bens o dereito a deducir o IVE soportado. Esta medida estaba inicialmente prevista para as compras efectuadas ata o 31 de xullo, pero ampliouse posteriormente ata o 31 de outubro^{24,25}. Tamén se baixou o tipo do IVE ao 4 por cento nos libros, xornais e revistas dixitais, que ata daquela tributaban ao tipo xeral do imposto²⁶. Aínda que esta última medida se xustifica na exposición de motivos do real decreto-lei co fin de facilitar o acceso aos libros, xornais e revistas dixitais ante o incremento na demanda

de produtos culturais e de información dos cidadáns provocado polo confinamento, en realidade vénlle pór fin á anomalía que supuña que os mesmos bens en formato papel tributasen ao tipo superreducido do 4 % mentres que na súa versión electrónica o fixesen ao tipo xeral.

Facilitar a imposición á nova realidade económica. Á hora de calcular os pagamentos fraccionados do imposto sobre sociedades, amplíase o prazo para optar pola modalidade de cálculo a partir do resultado do exercicio corrente fronte á alternativa do cálculo a partir da cota do exercicio anterior. De xeito similar, á hora de calcular o pagamento á conta no IRPF e no IVE nas respectivas modalidades de estimación obxectiva por módulos, establécese que non computen os días en que se decretase o estado de alarma. Así mesmo, nestes dous impostos amplíase o prazo para renunciar á aplicación da estimación obxectiva no ano 2020 e límitase, se é o caso, o seu impacto ao exercicio 2020 en lugar do período habitual de exclusión de tres anos. Non deixa de ser relevante destacar que este grupo de medidas teñen que adoptarse por unha defectuosa configuración dos impostos, cuxa normativa prevé métodos de cálculo da cota tributaria afastados da realidade económica. Se sempre se calculase a partir da realidade económica das empresas, como parecería razoable nun sistema fiscal moderno²⁷, non terían sido necesarias estas modificacións.

Este conxunto de medidas brevemente analizadas tivo, loxicamente, o seu impacto nas finanzas públicas, segundo se pode observar na táboa de máis abaixo, de acordo coas previsións da AIREF²⁸. En concreto, as medidas adoptadas para o mantemento de emprego e dos ingresos dos traballadores por conta allea constitúen con gran diferenza as de maior impacto no orzamento público. O custo final dependerá de como evolucione a pandemia e do ritmo de recuperación da economía, razón pola cal a AIREF identifica dous posibles escenarios económicos, e prevé que se situará entre os 23.019 e os 25.871 millóns, o que en termos de PIB representa entre o 2,1 e o 2,4 %, respectivamente. A prestación a favor dos traballadores autónomos constitúe a seguinte medida máis importante en termos orzamentarios, cun custo previsto de entre o 0,6 e o 0,7 % do PIB. O custo das outras medidas, mesmo sendo relevante, é moi inferior, de entre o 0,1 e o 0,2 % do PIB, ben que no caso do ingreso mínimo vital cómpre ter en consideración que a súa aplicación non queda condicionada á situación derivada da pandemia, aínda que loxicamente esta incide no seu importe. Sobre o conxunto de medidas fiscais comentadas, cabe sinalar que en moitos casos non terán impacto sobre os ingresos do conxunto do ano, xa que o pagamento de impostos e cotizacións sociais está previsto que se produza antes de rematar o exercicio actual. Non obstante, si que introducen un elemento adicional de incerteza á hora de realizar a previsión dos ingresos.

Táboa 1. Estimación do custo orzamentario das medidas adoptadas en función do escenario económico previsto

| | Escenario menos adverso | | Escenario máis adverso | |
|----------------------|-------------------------|-------|------------------------|-------|
| | Millóns € | % PIB | Millóns € | % PIB |
| ERTE | 23.019 | 2,1 | 25.871 | 2,4 |
| Autónomos | 6.534 | 0,6 | 7.982 | 0,7 |
| Ingreso mínimo vital | 1.743 | 0,2 | 1.743 | 0,2 |
| Medidas fiscais | 1.461 | 0,1 | 1.574 | 0,1 |

Fonte: AReF, Informe sobre Execución Orzamentaria, Débeda Pública e Regra de Gasto 2020, Informe 3/20, 15 de xullo 2020, páxina 39.

Ademais das medidas adoptadas pola Administración central e pola Seguridade Social, as comunidades autónomas e as corporacións locais tamén adoptaron medidas tanto polo lado do gasto como do ingreso para paliar os efectos sociais e económicos da pandemia. Entre outras moitas, adoptáronse medidas a favor de empresas e autónomos, de colectivos e sectores afectados, e no ámbito educativo. Sen ter tampouco en conta as medidas que supuxeron un maior gasto en sanidade, sen dúbida a partida máis importante para as CC.AA., estímase, segundo a AReF²⁹, que as medidas terían un impacto nos orzamentos das rexións de 1.727 millóns de euros, isto é, arredor dun 0,2% do PIB. E as medidas das CC.LL., de 2.009 millóns, algo máis do 0,2% do PIB.

3 MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA UNHA SITUACIÓN EXCEPCIONAL

Na sección 2.1 discutimos as condicións de sustentabilidade da nosa débeda pública. Trátase dun exercicio, digamos, arriscado, pois depende da evolución futura de diversos parámetros, pero, cremos, útil para entender os retos aos cales se enfronta o noso sector público. Ao respecto, retomemos a anterior expresión:

$$SAP_{2021} > (Débeda/PIB)_{2020} \times ((r-g)/(1+g))$$

Supoñamos unha situación desfavorable tal que $r > g > 0$. Certamente, non é previsible que isto suceda, por exemplo, en 2021, pero non se pode descartar que se dea no futuro. Trátase dunha situación onde o crecemento económico é positivo, pero non suficientemente elevado, e a prima de risco empézase a disparar. Baixo ese escenario, necesitaríamos facer un esforzo para xerar un superávit estrutural positivo, tanto maior canto maior fose a ratio *débeda/PIB* inicial; no noso exemplo, a acumulada a final do exercicio fiscal 2020. Para evitar o impacto negativo dese tipo de continxencias, pode estar xustificando acometer a curto prazo medidas extraordinarias tales que fagan que o incremento desa ratio *débeda/PIB* inicial non sexa tan substancial. A partir de aí, como

xa insistimos, convirá que nos dotemos dun sistema fiscal que garanta a estabilidade estrutural das contas públicas.

Estando aínda nunha situación de crise económica, convén, non obstante, ser especialmente coidadoso para non afectar a esperada recuperación. Digamos que estamos ante un *trade-off*: elevar os impostos a curto prazo para atenuar o impacto sobre a débeda en 2020 (beneficio) fronte a eleválos e dificultar a recuperación económica (custo). A resolución, pois, deste *trade-off* require de certo *fine-tuning*. Por exemplo, a través de tres posibles medidas:

- *Promover a moral fiscal* mediante campañas publicitarias (as guerras mundiais foron un bo exemplo³⁰). De feito, en ausencia de medidas que faciliten a liquidez ou que o fagan de xeito incompleto, é posible un rexurdimento da economía somerxida³¹ e, polo tanto, da evasión fiscal³². Por conseguinte, a apelación á moral fiscal é unha oportunidade para xerar ingresos a curto prazo, pero tamén para favorecer estruturalmente o superávit primario sempre que o impacto deste tipo de medidas se manteña a longo prazo. Esta medida só achegaría beneficios.

- *Recarga extraordinaria no imposto sobre sociedades*. De novo, en momentos excepcionais como as guerras mundiais, estableceuse un gravame sobre os beneficios extraordinarios, isto é, aqueles por enriba dos que se obterían baixo un investimento seguro³³. Na situación actual, esta recarga engadírase ao tipo nominal, 25 %. A tarifa debería estar expresada en rendibilidades anuais de 2020 en relación co capital da empresa. Por exemplo, para rendibilidades de entre o 0 e o 0,5 % (o tipo de xuro dos bonos e obrigas do Estado a 15 anos, aproximadamente; véxase nota ao pé 11), a recarga sería do 0 %. A partir dese nivel “normal” de rendibilidade, podería establecerse unha tarifa progresiva por niveis. Non sen ironía, hai 100 anos Plehn³⁴ destacaba que xa en 1917, 13 países, pertencentes aos dous bloques da Primeira Guerra Mundial ou mesmo neutrais, foran invadidos por este imposto que se contaxiaba tan rápido como a gripe española. A diferenza, neste caso, é que propomos unha recarga excepcional; esta axudaría a diminuír o nivel de débeda que prevemos a finais de 2020 sen un impacto, polo tanto, no superávit estrutural. De novo, ao gravar os beneficios extraordinarios, máis alá das posibles prácticas de elusión fiscal das multinacionais, trataríase dunha medida neutral.

- *Gravame extraordinario sobre o patrimonio*. Esta medida, por exemplo, foi proposta por Landais, Saez e Zucman³⁵. En concreto, estes autores propoñen un imposto progresivo sobre a riqueza dos máis ricos, definidos estes como aqueles cun patrimonio neto por enriba de 2 millóns de euros. A progresividade conseguiríase de tal maneira que entre 2 e 8 millóns o tipo impositivo marxinal sería do 1 %, entre 8 e 1.000 millóns, do 2 %, e a partir de 1.000 millóns, o marxinal sería do 3 %. Segundo os seus cálculos, a recadación anual sería do 1,05 % do PIB da UE, de tal maneira que nuns 10 anos se podería repagar o aumento da débeda pública (estimado con data de abril de 2020) derivado da pandemia. A idea de que sexa un imposto a nivel da UE vén motivada para evitar a mobilidade de bases dentro da Unión. Os cálculos parecen algo optimistas. Por exemplo, a partir da experiencia española, Durán-Cabré e Esteller-Moré³⁶ estiman que, eliminando a evasión

fiscal e axustando a valoración dos activos suxeitos a gravame ao seu valor de mercado, a importancia do imposto sobre o patrimonio en España pasaría do 0,18 ao 0,46%. Polo tanto, deixando de lado mesmo as dificultades de natureza política entre os países da Unión para pórse de acordo para establecelo e sen coñecer os detalles legais da proposta, que a súa recadación se sitúe por enriba do 1% en países con nula experiencia para administrar este imposto parece unha estimación afastada da realidade.

As dúas primeiras medidas parécennos realizables, equitativas e, ademais, como xa avanzamos, neutrais economicamente. En cambio, a terceira proposta é máis arriscada. En ausencia de estimacións precisas sobre o impacto de cambios reais de comportamento (acumulación de aforro), máis alá das que existen sobre a elusión³⁷ e sobre a evasión fiscal³⁸, aumentar de xeito significativo os tipos impositivos sobre a riqueza e mantelos ao longo do tempo, a pesar do “optimismo” de Landais, Saez e Zucman³⁹, é *un territorio ignoto*. Ao respecto, a nosa proposta consiste no establecemento dunha recarga extraordinaria sobre os máis ricos, de maneira que o aumento de presión fiscal non se consolidase. Isto asemellaríao a unha “leva do capital”. Ademais, na medida en que a recadación extra fose parar ás arcas do Goberno central, sería un incentivo/escusa para que este –a través da AEAT– se implicase de xeito directo na aplicación deste imposto.

En definitiva, cremos que estas medidas, malia que a “tempestade” aínda non amainase, deberían, cando menos, ser consideradas e selo como algo excepcional no tempo. De feito, máis alá da eficiencia das dúas primeiras, a terceira, na medida en que grava implicitamente o aforro, a diferenza de, por exemplo, unha recarga no IRPF (implicitamente, este imposto grava o aforro, así como o consumo), xeraría a curto prazo un incentivo a consumir, o cal é desexable en plena “tormenta”⁴⁰.

4 CONCLUSIÓNS

A COVID-19 supuxo un golpe tremendo na nosa sociedade. Significou a perda de vidas humanas, pero tamén tivo un impacto enorme sobre a actividade económica. O sector público, o obxecto deste artigo, exerceu o seu papel contracíclico á custa de incrementar de xeito sobresaínte o nivel de endebedamento. A boa noticia é que ese papel, polo menos a curto prazo, non foi á custa de erosionar a credibilidade financeira das nosas contas públicas. Iso non quita que, a medio prazo, pero mesmo a curto prazo, deberían acometerse accións polo lado do ingreso para sustentar unhas contas públicas sustentables a longo prazo.

O *shock* e a súa natureza, de carácter sanitario, podería ser unha oportunidade para ser proactivos a curto prazo polo lado do ingreso, xa sexa apelando á moral fiscal ou á necesidade do gravame de rendibilidades extraordinarias, en parte xeradas a partir desta crise. Esas accións deben ser compatibles con medidas de carácter máis estrutural que, idealmente, deberían tomarse xa a partir de 2021 ou cando a senda de crecemento económico estea consolidada.

O sistema fiscal reflicte as preferencias que os cidadáns de cada país expresaron democráticamente. Que España teña unha presión fiscal de entre 5 e 6 puntos porcentuais inferior á media comunitaria non significa que a nosa presión fiscal teña que aumentar, nin no caso de facelo significa que teña que aumentarse o peso dun determinado imposto para achegarnos ao que sucede nos países dos nosos arredores. Agora ben, á hora de adoptar reformas estruturais si sería importante ter presentes as recomendacións da literatura académica de dispor de impostos máis neutrais con bases impositivas amplas, o que requiriría unha profunda revisión dos numerosos tratamentos especiais establecidos nos impostos, cuxa xustificación con frecuencia está máis que cuestionada⁴¹ e que reducen sensiblemente a recadación.

Finalmente, non podemos deixar de destacar a importancia fundamental que para a economía española van ter os fondos europeos procedentes do programa Next Generation, nos seus tres piares: apoiar os esforzos dos Estados membros por recuperarse, reparar os danos e saír reforzados da crise; impulsar o investimento privado e apoiar as empresas en dificultades; e reforzar os programas clave da UE para extraer as ensinanzas da crise, facer que o mercado único sexa máis forte e resiliente, e acelerar a dobre transición ecolóxica e dixital. Como vimos anteriormente, canto maior sexa o crecemento económico, maior será a solvencia das nosas finanzas públicas.

5 BIBLIOGRAFÍA

- AIReF. 2020a. «Informe sobre Ejecución Presupuestaria, Deuda Pública y Regla de Gasto 2020», en *Informe 3/20*, 15 de julio 2020. Disponible en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/07/CUMPLIMIENTO_ESPERADO/Informe-Cumplimiento-Esperado-2020.pdf.
- AIReF. 2020b. «Evaluación del gasto público 2019», en *Estudio beneficios fiscales*. Disponible en: <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/PDF-WEB-BF-1.pdf>.
- Balibrea Gil, M.A. 1995. *La imposición extraordinaria de guerra en España* (tese de doctoramento non publicada). Murcia: Universidade de Murcia.
- Boscá, J.E., Doménech, R. e Ferri, J. 2020. «El impacto de las medidas económicas en la crisis del coronavirus», en *nadaesgratis.es*, 26 de marzo de 2020. Disponible en: <https://nadaesgratis.es/admin/el-impacto-de-la-medidas-economicas-en-la-crisis-del-coronavirus>.
- Cuadro-Sáez, L., López-Vicente, F.S., Párraga-Rodríguez, S. e Viani, F. 2020. «Medidas de política fiscal en respuesta a la crisis sanitaria en las principales economías del área del Euro, Estados Unidos y Reino Unido», en *Documentos Ocasionales*, 2019.
- Durán-Cabré, J.M. e Esteller-Moré, A. 2019. «The long run redistributive power of the net wealth tax», en *IEB Working Paper*, 2019/09. Disponible en: <https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2019/11/Doc2019-09.pdf>.
- Durán-Cabré, J.M. e Esteller-Moré, A. 2020a. «Coronavirus y finanzas públicas: Let's do whatever it takes», en *Info IEB*, 33 (abril). Disponible en: https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2020/04/INFO-IEB_33_CAST.pdf.

- Durán-Cabré, J.M. e Esteller-Moré, A. 2020b. «Coronavirus y finanzas públicas: *Time to rebuild under stress*», en *Blog ALdE*, 5 de mayo. Disponible en: <https://alde.es/blog/coronavirus-y-finanzas-publicas-time-to-rebuild-under-stress/>.
- Durán-Cabré, J.M., Esteller-Moré, A. e Mas-Montserrat, M. 2019. «Behavioural Responses to the (Re)Introduction of Wealth Taxes. Evidence from Spain», en *IEB Working Paper*, 2019/04. Disponible en: <https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2019/05/2019-IEB-WorkingPaper-04.pdf>.
- Durán-Cabré, J.M., Esteller-Moré, A., Mas-Montserrat, M. e Salvadori, L. 2019. «The tax gap as a public management instrument: application to wealth taxes», en *Applied Economic Analysis*, 27: 207-225. Disponible en: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/AEA-09-2019-0028/full/pdf?title=the-tax-gap-as-a-public-management-instrument-application-to-wealth-taxes>.
- Esteller-Moré, A. 2020. «A Basic Model of Optimal Tax Enforcement under Liquidity Constraints», en *Economics Bulletin*, 40: 1707-1713.
- Landais, C., Saez, E. e Zucman, G. 2020. «A progressive European wealth tax to fund the European COVID response», en *VoxEU.org*, 3 de abril. Disponible en: <https://voxeu.org/article/progressive-european-wealth-tax-fund-european-covid-response>.
- Plehn, C. 1920. «War Profits and Excess Profits Taxes», en *American Economic Review*, 10: 283-298.
- Romero, D. e Sanz-Sanz, J.F. 2020. «Impacto de COVID-19 sobre déficit y deuda en 2020: más dañino de lo inicialmente previsto», en *Cuadernos de Información Económica*, 278: 17-27. Disponible en: <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/09/Cie278art04.pdf>.
- Torres, R. e Fernández, M.J. 2020. «Los rebrotes de la pandemia empeoran las expectativas económicas», en *Cuadernos de Información Económica*, 278: 1-10. Disponible en: <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/09/Cie278art02.pdf>.

NOTAS

- 1 Iso non quita, repetimos, que o impacto fose extraordinariamente negativo. Véxanse os *Boletíns de seguimento dos aspectos económicos na crise do COVID-19* para un seguimento dos principais indicadores macroeconómicos. Último dispoñible: <https://www.fedea.net/quinto-boletin-de-seguimiento-de-los-aspectos-economicos-de-la-crisis-del-covid/>.
- 2 Para unha primeira valoración desta cuestión que merecerá futura atención, véxase <https://www.pwc.ch/en/publications/2020/UBS-PwC-Billionaires-Report-2020.pdf>.
- 3 Este tipo de argumentación é a que subxace baixo este manifesto liderado por multimillonarios: <https://www.millionairesforhumanity.com>. Entre os asinantes, a presenza maioritaria é de norteamericanos, pero tamén de países membros da UE; non hai ningún español entre eles.
- 4 Durán Cabré e Esteller Moré, 2020a.
- 5 Véxase: <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnnextoid=cb5cb-342d03f0710VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>. Unha recompilación posterior de medidas de carácter orzamentario, incluíndo a comparación con outros países, pódese atopar en Cuadro-Sáez, López-Vicente, Párraga-Rodríguez e Viani, 2020 (dispoñible en: <https://www.bde.es/ff/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeridas/DocumentosOcasiones/20/Fich/do2019.pdf>).
- 6 Torres e Fernández, 2020.
- 7 Por ter outra referencia: de acordo coa AIREf, a caída prevista do PIB é do 10,1%, a cal podería chegar ao 12,4% se, no segundo semestre do ano, se producise de novo un confinamento xeneralizado. Véxase <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/07/INFORME-SO-BRE-LA-EJECUCI%C3%93N-PRESUPUESTARIA-DEUDA-P%C3%9ABLICA-Y-REGLA-DE-GASTO-2020-WEB-1.pdf>. Na actualidade, o nivel de incerteza sobre a evolución da pandemia é tal que se fai difícil confiar na robustez das predicións formuladas a día de hoxe. Por iso, o obxectivo desta sección é, principalmente, entender a escala e non tanto o número concreto, así como a natureza do impacto sobre as finanzas públicas. En calquera caso, para unha revisión completa das diferentes estimacións do déficit e da débeda pública, véxase Romero e Sanz-Sanz, 2020.
- 8 As estimacións da AIREf sitúan o déficit previsto entre o 11,9% e o -14,4% (escenario máis adverso). Para a fonte, véxase a nota 5.
- 9 De novo, as previsións da AIREf son que a ratio se situará entre o 117,6-123,2%. Para a fonte, véxase a nota 5.

- 10 Por insuficiente queremos dicir que, á parte de que supuña o incumprimento dos obxectivos de déficit incluídos no Plan de Estabilidade presentado ante a Comisión Europea, tal diminución debeuse ao feito de que a taxa de crecemento foi positiva e non tanto á xeración de superávits, como tería correspondido dado o momento do ciclo (véxase, por exemplo, gráfico 61 do informe da AIReF citado na nota ao pé 5). Isto quedará claro máis adiante ao explicar analiticamente o concepto de “sustentabilidade da débeda”.
- 11 Véxase, por exemplo, Boscá, Doménech e Ferri, 2020, para unha estimación dos efectos positivos macroeconómicos das medidas estabilizadoras.
- 12 Durán Cabré e Esteller Moré, 2020b.
- 13 Torres e Fernández, 2020.
- 14 Por exemplo, este é o tipo de xuro de referencia do custo financeiro da débeda pública que, semanalmente, publica *The Economist* na súa sección “*Economic data, commodities and markets*”.
- 15 De feito, deberíamos traballar co custo financeiro descontando a inflación. Actualmente, outubro de 2020, segundo o INE, sitúase no -0,4%, isto é, o seu impacto sobre o custo nominal é desprezable. Para datos actualizados sobre o custo nominal da débeda, véxase: https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infostad/ti_1_3.pdf.
- 16 Real decreto-lei 8/20, do 17 de marzo, artigos 22 a 28. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>.
- 17 Artigo 17 do Real decreto-lei 8/2020.
- 18 Real decreto-lei 20/2020, do 29 de maio. Dispoñible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/05/29/20/con>.
- 19 Real decreto-lei 7/2020, do 12 de marzo. Dispoñible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-a-2020-3580-consolidado.pdf>.
- 20 Real decreto-lei 8/20, do 17 de marzo.
- 21 Real decreto-lei 15/2020, do 21 de abril. Dispoñible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/04/21/15/con>.
- 22 https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Campanas/_Campanas_/Medidas_Tributarias_COVID_19/Medidas_Tributarias_COVID_19.shtml. As CC.AA. tamén adoptaron medidas de natureza tributaria; véxase <https://reaf.economistas.es/Contenido/REAF/Notas%20de%20Aviso/Regulacion%20medidas%20tributarias%20CCAA%20coronavirus45.pdf>.
- 23 Real decreto-lei 11/2020, do 31 de marzo, artigos 34 e 35. Dispoñible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/31/11/con>.
- 24 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-a-2020-4554-consolidado.pdf>.
- 25 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2020-9131>.
- 26 Disposición derradeira segunda, Real decreto-lei 15/2020.
- 27 Durán-Cabré e Esteller-Moré, 2020a.
- 28 AIReF, 2020a: 39.
- 29 AIReF, 2020a: 39.
- 30 Véxase, por exemplo, este curioso vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=eMU-KGK6q8&feature=youtu.be>
- 31 <https://www.elperiodico.com/es/economia/20200427/los-inspectores-de-hacienda-alertan-sobre-el-aumento-de-la-economia-surgida-7941664>.
- 32 Esteller-Moré, 2020.
- 33 Isto non se chegou a producir no noso país. Santiago Alba, ministro liberal de Facenda en dúas etapas durante a Primeira Guerra Mundial, xa quixo gravar os beneficios extraordinarios daquelas empresas que, aproveitando a neutralidade de España, se beneficiaron como exportadoras, entre outros produtos, de materias primas. Non obstante, non se acabou levando a cabo a consecuencia da actividade dos grupos de presión contrarios á súa aprobación (Balibrea, 1995).
- 34 Plehn, 1921.
- 35 Landais, Saez e Zucman, 2020.
- 36 Durán-Cabré e Esteller-Moré, 2019.
- 37 Durán-Cabré, Esteller-Moré e Mas-Montserrat, 2019.
- 38 Durán-Cabré, Esteller-Moré, Mas-Montserrat e Salvadori, 2019.
- 39 Landais, Saez e Zucman, 2020.
- 40 Non parece ser esta a opinión do Executivo central, segundo declaracións da ministra de Facenda. Véxase: <https://www.elcorreogallego.es/panorama/montero-reconoce-que-subir-impuestos-no-es-algo-prioritario-GJ4920459>.
- 41 Véxase, por exemplo, o recente informe da AIReF, 2020b.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 147-166
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4661>
© Oscar Rodil Marzábal
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 13/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A COVID-19 desde a óptica das cadeas globais de valor: efectos económicos

La COVID-19 desde la óptica de las cadenas globales de valor: efectos económicos

The COVID-19 from the perspective of global value chains: economic effects



ÓSCAR RODIL MARZÁBAL

Profesor titular de Economía Aplicada
Universidade de Santiago de Compostela, España
<https://orcid.org/0000-0002-9418-1281>
oscar.rodil@usc.es

Resumo: A irrupción da pandemia da COVID-19 en 2020 supón o maior desafío ao que se enfrontan as sociedades modernas desde a Segunda Guerra Mundial, afectando a múltiples ámbitos da súa existencia. Máis alá da disparidade internacional no grao de priorización por parte dos gobernos da posta en marcha de medidas orientadas a velar pola supervivencia e saúde das persoas, xorde o difícil reto de minimizar o impacto económico derivado do contexto de crise pandémica. Este traballo analiza os potenciais efectos económicos da COVID-19 nun contexto de globalización avanzada como o actual, no que moitas actividades económicas participan en cadeas globais de valor como resultado da fragmentación produtiva internacional.

Palabras clave: COVID-19, pandemia, cadeas globais de valor, efectos económicos, fragmentación produtiva internacional.

Resumen: La irrupción de la pandemia de la COVID-19 en 2020 supone el mayor desafío al que se enfrentan las sociedades modernas desde la Segunda Guerra Mundial, afectando a múltiples ámbitos de su existencia. Más allá de la disparidad internacional en el grado de priorización por parte de los gobiernos de la puesta en marcha de medidas orientadas a velar por la supervivencia y la salud de las personas, surge el difícil reto de minimizar el impacto económico derivado del contexto de crisis pandémica. Este trabajo analiza los potenciales

efectos económicos da COVID-19 en un contexto de globalización avanzada como o actual, en el que muchas actividades económicas participan en cadeas globales de valor como resultado de la fragmentación productiva internacional.

Palabras clave: COVID-19, pandemia, cadeas globales de valor, efectos e implicacións, fragmentación productiva internacional.

Abstract: The emergence of the COVID-19 pandemic in 2020 is the main challenge faced by modern societies since the Second World War, affecting many areas of their existence. Beyond the international disparity in the degree of prioritisation by governments of the implementation of measures aimed at ensuring the survival and health of people, there is a difficult challenge to minimise the economic impact derived from the context of the pandemic crisis. This paper analyses the potencial economic effects of the COVID-19 in the current context of advanced globalisation, in which many economic activities are involved in global value chains because of international fragmentation of production.

Key words: COVID-19, pandemic, global value chains, economic effects, international fragmentation of production.

SUMARIO: 1 Introducción: un contexto difícil para un fenómeno complexo. 2 A fragmentación productiva internacional como motor da última onda globalizante. 3 As cadeas globais de valor nun contexto de crise pandémica. 4 Evidencias do impacto da COVID-19 a través das cadeas globais de valor. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN: UN CONTEXTO DIFÍCIL PARA UN FENÓMENO COMPLEJO

Unha das manifestacións máis visibles da economía actual é o elevado grao de fragmentación productiva internacional. Como evidencia deste fenómeno pódese sinalar, por exemplo, que o 58,3% das importacións e o 46,8% das exportacións da Unión Europea co resto do mundo (comercio extracomunitario) en 2019 foron bens intermedios¹. Trátase dunha realidade económica na que os diversos territorios, cos seus matices e especificidades, exercen de soporte dos encadeamentos produtivos que culminan na elaboración de bens e servizos finais. Estes encadeamentos, considerada a súa secuencia completa, conforman o que se veu denominar cadeas globais de valor (CGV).

Neste novo marco interpretativo, a visión subsumida na tradicional identidade produtor-exportador, propia de anteriores etapas industriais, foi dando paso a unha nova visión conformada por múltiples economías interdependentes entre si e coordinadas baixo unha lóxica de cadea productiva, que culmina na elaboración dun produto final. Desde a óptica da eficiencia, esta secuencia e interdependencia productiva permite a optimización do proceso de xeración de valor. Porén, ao mesmo tempo, esta nova forma de organización da produción exige a máxima coordinación, a fin de evitar calquera posible disfunción ou estrangulamento que poida afectar ao funcionamento da cadea. Neste punto constitúe un elemento crucial a gobernanza da cadea, normalmente baixo o control dunha empresa transnacional, tanto á hora de fortalecer os vínculos produtivos como á hora de establecer regras, incentivos, sancións e manter o control desta.

A partir da existencia e superposición destas CGV, a economía actual adquire unha maior complexidade, marcada polas crecentes interdependencias que se tecen entre

os diferentes actores económicos e territorios. Neste contexto, a crise pandémica da COVID-19 e as súas consecuencias inmediatas a nivel económico e social constitúen unha forte perturbación e desafío para un sistema económico baseado neste modo de organización da produción. Como mostra do anterior, as primeiras evidencias en forma de paralización de actividades por falta de subministración de partes e compoñentes non se fixeron agardar xa desde un primeiro momento, logo da declaración oficial da pandemia en marzo de 2020.

Baixo este prisma contextual, este traballo propónse como obxectivo realizar unha análise dos potenciais efectos económicos da COVID-19 sobre a economía desde a óptica das CGV. Con este obxectivo, pártese dunha aproximación conceptual e teórica ao fenómeno da fragmentación produtiva internacional (sección 2), para a continuación analizar os posibles efectos económicos que unha crise pandémica como a da COVID-19 pode ter nun contexto caracterizado pola preponderancia das CGV (sección 3). O estudo complétase ca presentación de diversas evidencias relativas a efectos ocasionados pola crise pandémica sobre a dinámica económica e que gardan unha relación directa coas CGV (sección 4). O traballo conclúe cunha serie de consideracións a modo de síntese e reflexión final.

2 A FRAGMENTACIÓN PRODUTIVA INTERNACIONAL COMO MOTOR DA ÚLTIMA ONDA GLOBALIZANTE

A conformación das actuais CGV é o resultado do fenómeno da fragmentación produtiva internacional, proceso que ten as súas raíces nos cambios que acompañan a expansión da economía mundial desde os anos sesenta do século XX. A orixe do concepto remóntase aos traballos de Hopkins e Wallerstein², que introduciron o termo “cadea de mercancías” (*commodity chain*) para referirse ao conxunto de procesos encadeados que conducen á elaboración dun ben, abarcando desde a obtención da materia prima ata a fase final, prestando especial atención ao papel do traballo como factor esencial do proceso produtivo.

Porén, non será ata mediados dos noventa cando Gereffi³ aplique a idea de Hopkins e Wallerstein ao estudo das redes empresariais conectadas con provedores internacionais e mercados globais, introducindo o termo “cadea global de mercancías” (*global commodity chain*) para analizar como a participación no ámbito global pode favorecer o desenvolvemento económico.

Na acepción de Gereffi, este tipo de cadeas inclúen tres dimensións de interese. Unha primeira é a dimensión produtiva, referida á secuencia de actividades e tarefas que engaden valor ao proceso de obtención do produto final. Unha segunda dimensión é a territorial, que se refire ao grao de dispersión ou concentración xeográfica das redes de produción e distribución. A terceira dimensión é a de gobernanza, referida ao modo en que se organiza a cadea e onde se localizan os recursos que interveñen na produción.

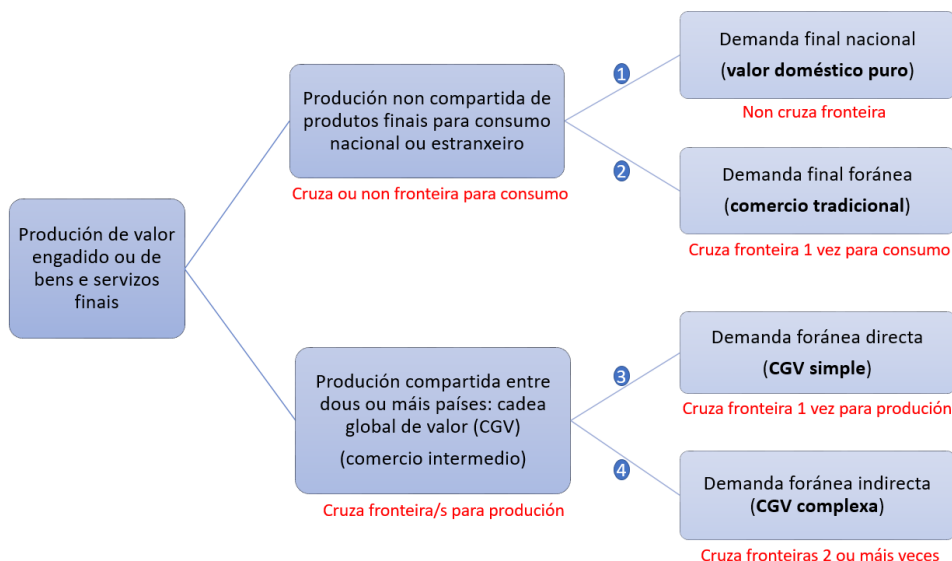
Posteriormente, diversos traballos⁴ constataron que, como consecuencia do auxe das subcontratacións e o avance do comercio electrónico, moitos produtores globais actúan tamén como compradores globais. Isto, unido á necesidade de unificar a diversidade terminolóxica existente sobre as cadeas resultado da fragmentación produtiva internacional, elevou a categoría universal o termo “cadea global de valor” (*global value chain*), entendido como o conxunto de actividades que culminan na elaboración dun ben ou servizo final e que se localizan en diferentes países.

Polo seu inherente carácter internacional, unha das manifestacións máis visibles das CGV son os fluxos comerciais internacionais vinculados coa súa dinámica interna. Para capturalos con maior precisión, as estatísticas de comercio internacional avanzaron cara un novo enfoque baseado no comercio en valor engadido, que consiste na descomposición do valor dos fluxos comerciais atendendo aos países nos que foi xerado, superando así a dobre contabilización na que soen incorrer os datos de comercio en bruto. Deste xeito, desde os anos noventa, asistimos a un avance do comercio internacional vinculado con estas cadeas produtivas de ámbito global.

Desde a óptica da xeración de valor engadido, a actividade produtiva dun territorio pódese descompor en catro tipos dependendo de se a produción é ou non compartida, ou se esta é compartida entre dúas ou máis economías (diagrama 1). Os dous primeiros tipos encaixan no concepto máis tradicional do que viñan sendo as actividades produtivas nas etapas previas ao arranque da globalización: primeiro, o valor engadido producido é consumido integramente dentro da propia economía, sen cruzar fronteira nacional ningunha (valor doméstico puro); e, segundo, o valor engadido nacional (doméstico) incorporado nas exportacións de produtos finais para o seu consumo noutra economía (comercio de produtos finais ou comercio tradicional). Cómpre destacar que, actualmente, estes dous tipos de actividades –especialmente o consumo doméstico– seguen a concentrar unha parte moi importante do PIB mundial (máis do 85%).

Os outros dous tipos de actividades son as que se vinculan propiamente co fenómeno da fragmentación produtiva internacional e as CGV, dando lugar ao comercio de produtos intermedios. Neste sentido, un terceiro tipo de actividades son aquelas que son xeradoras de valor engadido nacional que dá lugar a exportacións de produtos intermedios con destino a un país socio, que emprega para a súa propia produción nacional e consumo interno. Nesta terceira modalidade, o valor engadido nacional utilízase para a produción fóra do país de orixe, pero só cruza unha única fronteira nacional; de aí que se denomine CGV “simple”. O cuarto tipo de actividade consiste na produción de valor engadido nacional que é exportado a un país socio para producir exportacións (produtos intermedios ou finais) con destino a outros países, polo que atravesas fronteiras nacionais como mínimo dúas veces, dando lugar a unha CGV “complexa”. Como se verá máis adiante, esta diferenciación de actividades ten diferentes implicacións sobre o posible impacto económico derivado dunha crise de carácter pandémico como a actual.

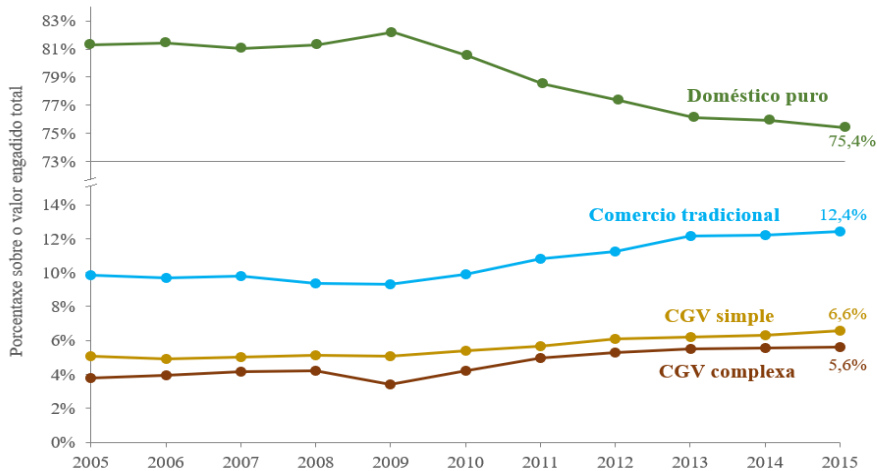
Diagrama 1. Descomposición da actividade produtiva por tipo de actividade xeradora de valor engadido



Fonte: Elaboración propia inspirada en Wang, et al., 2017; e World Bank e World Trade Organization, 2019.

En canto ás tendencias, cómpre destacar que, aínda que as actividades vinculadas coas CGV foron as que experimentaron un maior dinamismo nos anos noventa e dous mil, desde o ano 2011 asístese a unha caída do seu peso no PIB mundial, e a un aumento da importancia das actividades de produción doméstica pura⁵. A economía española non resulta allea a estas tendencias, aínda que presenta a particularidade de que a caída xeral do peso das actividades xeradoras de valor doméstico puro non se manifesta con claridade ata o ano 2009, afianzándose nos anos posteriores (gráfico 1).

Gráfico 1. Evolución das actividades xeradoras de valor engadido en España, 2005-2015

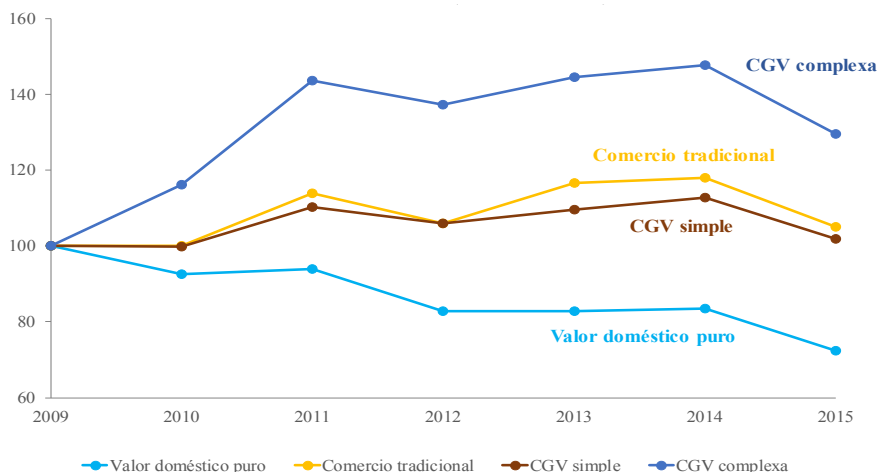


Fonte: Elaboración propia a partir da base de datos Trade in Value Added (TiVA) da OCDE (Data da consulta: 05.10.2020).

Pola súa parte, tanto as actividades xeradoras de exportacións de produtos finais (comercio tradicional) como as actividades vinculadas coas CGV (simples ou complexas) experimentan aumentos na súa importancia relativa. Son precisamente estas últimas actividades, ligadas ao fenómeno da fragmentación produtiva internacional, as que mostran un maior salto entre 2009 e 2015, ao pasar de representar o 8,5 % ao 12,1 % do valor total xerado no conxunto da economía (gráfico 1).

A nivel comparativo, as actividades vinculadas con CGV complexas son as que exhiben unha maior tendencia ascendente, o que lle imprime á economía española unha crecente interdependencia global, tanto desde a óptica produtiva como comercial (gráfico 2). Esta dinámica enlaza cun feito estilizado do comercio mundial asociado ás CGV, que é a súa maior elasticidade ante cambios no ciclo económico, en comparación coa evolución do comercio mundial no seu conxunto. Isto atribúelles ás economías participantes nas CGV a oportunidade de beneficiarse dunha maior dinámica produtiva e comercial nas etapas de expansión económica, ao contaren co “motor de arranque” da cadea produtiva na que se insiren; pero, ao mesmo tempo, aumenta o risco de exposición a potenciais freos ou obstáculos externos nas etapas de crise ou desaceleración económica.

Gráfico 2. Evolución do valor engadido xerado por tipo de actividade, España, 2009-2015 Índice base 100 (ano base: 2009)



Fonte: Elaboración propia a partir da base de datos Trade in Value Added (TiVA) da OCDE (Data da consulta: 05.10.2020).

Estas tendencias maniféstanse nun contexto internacional no que se están a producir procesos con grandes implicacións para o funcionamento e configuración das CGV. Un destes procesos é o cambio de estratexia económica da China, que trata de orientar o seu crecemento pondo o énfase no mercado interno, sen deixar de ser unha potencia exportadora. Trátase dunha estratexia iniciada tras a crise de 2008, reforzada en 2015 co plan de desenvolvemento industrial *Made in China 2025*, e que nos últimos anos se viu intensificada polas tensións comerciais cos Estados Unidos e pola irrupción en 2020 da crise do coronavirus. Este xiro estratéxico non tería maiores consecuencias sobre as actividades ligadas ás CGV se non fose porque se trata dun auténtico xigante a escala comercial e produtiva, así como un eixe central da fábrica do mundo.

Outro proceso de incidencia global é o plan de acción *Axenda 2030*, aprobado en 2015 pola ONU, para avanzar cara ao desenvolvemento sustentable. Entre os 17 obxectivos de desenvolvemento sustentable (ODS) que se contemplan, inclúense algúns que supoñen un verdadeiro desafío para o actual modo de organización da produción. É o caso, por exemplo, dos obxectivos relativos a enerxía accesible e non contaminante; crecemento económico e traballo decente; industria, innovación e infraestrutura; produción e consumo responsables; e acción polo clima. A posta en marcha de estratexias nacionais conducentes á consecución dos ODS pode non resultar neutral desde a óptica das CGV, que xiran arredor dunha lóxica diferente. De feito, o cumprimento de certos ODS pode requirir cambios na cadea de aprovisionamento ou na localización de actividades, así como a introdución do criterio de proximidade e de redución do impacto medioambiental asociado aos fluxos comerciais.

A existencia de diferentes modos de inserción é unha característica destacable do fenómeno da fragmentación produtiva internacional, tal como reflicte o gráfico 3, no que se mostran os diferentes patróns de participación dun grupo de economías seleccionadas nas CGV. No caso concreto de España, malia exhibir un nivel medio de participación en CGV, existe unha preponderancia dos encadeamentos produtivos cara atrás⁶, actuando como portadora neta de valor engadido de orixe foránea. Isto pon de manifesto unha certa dependencia das cadeas de aprovisionamento produtivo (importacións de insumos, e polo tanto de valor engadido foráneo) á hora de xerar as súas exportacións. Así, o 22,7% das exportacións españolas no ano 2015 correspondían a valor engadido foráneo, mentres que España achegaba valor engadido propio á produción doutros países en termos dun 38,2% de valor das súas exportacións brutas (20,6% en CGV simples e 17,6% en CGV complexas).

Desde unha perspectiva comparada, obsérvase unha grande heteroxeneidade de modos de inserción, con situacións nalgúns casos moi diferentes. Neste sentido, existe un amplo número de países que destacan polo maior peso dos encadeamentos produtivos cara atrás, e polo tanto cunha elevada dependencia da cadea de aprovisionamento de insumos produtivos, como é o caso por exemplo de República Eslovaca, Vietnam, Hungría, Singapur ou Irlanda, con máis do 40% do valor exportado contendo valor xerado noutras economías. No outro lado, cun predominio da participación cara adiante⁷, achegando valor xerado internamente (doméstico) ás exportacións doutros países, atópanse, entre outros, países como a Arabia Saudí, Federación Rusa, Noruega ou os Estados Unidos.

na cadea de valor e, en particular, sobre a importancia relativa dos seus encadeamentos produtivos augas arriba (*upstream*) e augas abaixo (*downstream*).

3 AS CADEAS GLOBAIS DE VALOR NUN CONTEXTO DE CRISE PANDÉMICA

Nunha situación de crise pandémica, como a provocada pola COVID-19, as consecuencias sociais e económicas resultan sumamente difíciles de predicir por varias razóns. Primeiro, pola propia incerteza asociada á evolución da pandemia, tanto no que se refire á súa duración como intensidade. Segundo, polas políticas e medidas que, con maior ou menor acerto, se adopten por parte dos diferentes gobernos. Terceiro, pola súa desigual incidencia sectorial, resultando afectadas en maior medida unhas actividades que outras. Porén, máis alá destas cuestións, outro elemento que pode incidir na dispar evolución e intensidade do impacto económico é a participación dos países nas CGV.

Nunha primeira aproximación analítica, calquera actividade produtiva dun país pode resultar afectada por factores internos a cada economía, tales como o establecemento de medidas de confinamento da poboación ou a paralización (parcial ou total) de actividades, xunto coa conseguinte caída de ingresos e empeoramento das expectativas, con afectación directa sobre os niveis de consumo e investimento. Neste caso, as actividades produtivas que poden resultar máis afectadas son, directamente, as que se corresponden co primeiro tipo de actividades sinaladas na epígrafe anterior, xeradoras de valor doméstico puro, na medida en que están plenamente orientadas a satisfacer a demanda final interna.

Este é o caso dunha gran parte da actividade produtiva nacional, que engloba un amplo abano de actividades tanto de servizos (hostalaría, transporte, comercio...) como industriais (bens de consumo local e enerxía), e que poden resultar directamente afectadas pola falta de demanda e/ou polas propias restricións impostas sobre a oferta. Non obstante, de igual forma, o segundo tipo de actividades, vinculadas co comercio internacional tradicional (comercio de bens e servizos finais), tamén poden resultar directamente afectadas por medidas similares (peche de fronteiras, confinamentos, restricións de mobilidade...) que se adopten nos países. Unha vez máis, atopámonos cun amplo abano de actividades tradicionalmente exportadoras sobre a base das diferenzas internacionais na dotación de factores produtivos (vantaxe comparativa), tales como o turismo ou a produción de bens baseados nos recursos naturais, como alimentos e produtos básicos.

Tanto no primeiro caso como no segundo, o impacto da crise é directo e facilmente visible, establecéndose unha relación directa e tanxible entre as medidas que se adoptan e as consecuencias económicas derivadas. Desde a óptica da decisión política e a resposta social, é obvio que esta conexión sexa o foco de fortes tensións e conflitos internos se non vén acompañada de medidas paliativas que compensen os custos económicos e sociais asociados.

Unha segunda aproximación conduce ao ámbito da fragmentación produtiva internacional. Nas actividades vinculadas directa ou indirectamente coas CGV, a rede de interdependencias produtivas pode xerar efectos inducidos ou arrastre desde o exterior, sen que se poida establecer unha relación directa coas medidas adoptadas a nivel de cada goberno. É o caso do terceiro tipo de actividades identificadas no apartado anterior, relativas ás CGV simples, en que a economía provedora (exportadora) de produtos intermedios que son transformados nun produto final e consumidos directamente no país de destino pode ver freada a súa actividade como consecuencia da paralización de actividades e restricións que se adopten no país socio, e viceversa.

Por último, no cuarto tipo de actividades, ligadas ao funcionamento de CGV complexas, a secuencia de implicacións segue a mesma lóxica, aínda que cunha maior dificultade na identificación da relación causa-efecto, ao existir un maior número de ligazóns produtivas intermedias derivadas da propia extensión e complexidade da cadea produtiva. Ademais, cómpre ter presente que a posición que ocupa un país na CGV pode variar dun caso a outro, actuando en maior ou menor medida como correa de transmisión dos efectos inducidos cara a outras economías participantes na cadea. Isto dependerá do modo de inserción produtiva dos países no marco da CGV, e concretamente de se estes participan “augas arriba”, incorporando contido importado doutros países nas súas exportacións, ou “augas abaixo”, exportando insumos a outros países con vistas a futuras exportacións. O diagrama 2 ofrece unha síntese dos efectos inmediatos que derivan dunha crise pandémica como a COVID-19 nos diferentes tipos de actividade produtiva.

Diagrama 2. Efectos inmediatos da COVID-19



Fonte: Elaboración propia.

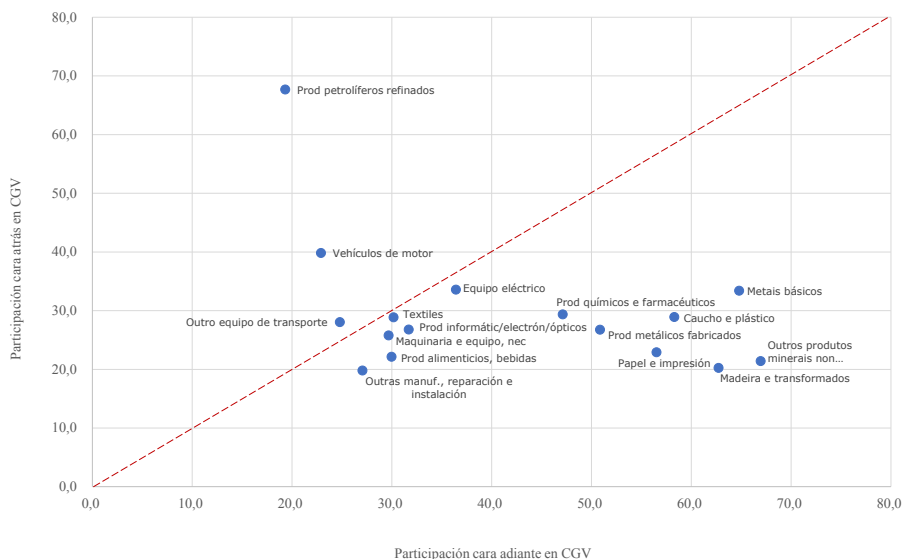
Partindo do anterior, unha das formas en que unha crise pandémica como a COVID-19 pode afectar á actividade produtiva dun país ten que ver co grao de dependencia que este establece con provedores situados noutros países. Isto pode levar a situacións nas

que un país, con independencia do seu grao de afectación pandémica, pode experimentar a paralización de parte da súa actividade produtiva debido á falta de aprovisionamento de insumos (materias primas ou produtos semielaborados) inducida pola maior afectación pandémica ou medidas preventivas adoptadas no país provedor. Isto orixina un estrangulamento da cadea, que impide a súa normal operativa, afectando ao conxunto de encadeamentos produtivos, tanto cara atrás (parálise por falta de subministración) como cara adiante (caída da demanda, comercialización e servizo posvenda)⁹.

O gráfico 4 mostra a importancia dos encadeamentos produtivos cara atrás (augas arriba) e cara adiante (augas abaixo) da industria manufactureira de España, expresados como porcentaxe das exportacións brutas de cada sector. Deixando a un lado a industria do refino de petróleo, que pola súa propia natureza se caracteriza por un elevado peso do valor de orixe foránea (67,7% do valor bruto exportado polo sector), destaca a industria automotriz, cun 39,8% das exportacións brutas contendo valor xerado fóra de España. Porén, as perspectivas desta última non están exentas de sombras, asociadas a problemas de capacidade tecnolóxica e perda de competitividade¹⁰. Outras dúas industrias: metais básicos e fabricación de equipo eléctrico presentan unha importancia do valor engadido de procedencia estranxeira superior ao 30% das súas respectivas exportacións brutas.

Séguenlles, por orde de magnitude na importancia dos encadeamentos produtivos cara atrás, sete industrias manufactureiras cun peso superior ao 25% das exportacións: industria química e farmacéutica (29,4%), industria do plástico e caucho (28,9%), industria téxtil (28,9%), outro equipo de transporte (28,1%), fabricación de produtos electrónicos, informáticos e ópticos (26,8%), fabricación de produtos metálicos (26,8%), outra maquinaria e equipo (25,8%). As restantes industrias –papel e impresión, alimentos e bebidas, produtos minerais non metálicos, madeira, outras manufacturas– exhiben un peso dos encadeamentos cara atrás superior ao 20%.

Gráfico 4. Participación cara atrás e cara adiante en CGV por sectores manufactureiros, España, 2015 (porcentaxe sobre as exportacións brutas do sector)



Fonte: Elaboración propia a partir da base de datos Trade in Value Added (TiVA) da OCDE (Data da consulta: 05.10.2020).

Igualmente, o gráfico 4 mostra a importancia dos encadeamentos produtivos cara adiante (augas abaixo), expresados tamén como porcentaxe das exportacións brutas de cada sector. Neste caso, como é lóxico, sobresaen os sectores produtores de produtos intermedios (produtos semielaborados), que pola súa natureza se orientan á subministración de insumos. Así, atópanse as industrias do metal, da madeira e o plásticos e os seus respectivos produtos transformados, que achegan valor doméstico ás cadeas produtivas doutros países, ben sexa para consumo interno (CGV simple) ou para exportación (CGV complexa), cun peso superior ao 50 % das súas exportacións brutas.

Outras industrias que amosan un importante peso dos encadeamentos produtivos cara adiante son a industria química e farmacéutica (47,1%), a industria de equipo eléctrico (36,4%), así como os produtos informáticos, electrónicos e ópticos (31,7%). O resto das actividades manufactureiras (técnico, alimentación e bebidas, maquinaria, material de transporte...) exhiben un peso dos encadeamentos cara adiante que se sitúan entre o 20 e o 30% das súas respectivas exportacións brutas.

Máis alá do impacto directo ou indirecto asociado á participación en CGV, cómpre sinalar que o impacto final sobre a actividade produtiva pode resultar amplificado debido ás interdependencias sectoriais que operan no marco de cada economía. Isto obriga a considerar como elemento adicional o marco *input-output*, que contempla as ditas conexións intersectoriais e que, polo tanto, permite achegarse de forma máis precisa

e realista ao impacto potencial dunha crise pandémica. Este aspecto queda recollido, por exemplo, no traballo de Campos e Rodil¹¹, que, combinando a perspectiva dos encadeamentos produtivos globais co método de extracción hipotética, cuantifican os potenciais impactos sectoriais derivados da suposta paralización de actividades debido a unha perturbación externa como a provocada pola COVID-19.

Centrándose nas relacións de España coa Unión Europea, os Estados Unidos e a China en sete sectores seleccionados¹², estes autores poñen de manifesto a existencia de encadeamentos externos relevantes que elevan a vulnerabilidade da economía española ante un posible *shock* externo, como unha pandemia do tipo da COVID-19. Unha perturbación desta natureza acabaría afectando á entrada de insumos necesarios para a actividade produtiva, sen capacidade a curto e medio prazo para que a industria nacional poida asumir as tarefas das CGV paralizadas no exterior. En calquera dos catro escenarios contemplados¹³ no citado estudo estímase un impacto negativo sobre o PIB que varía entre o 6% e o 33% en función do escenario considerado.

Por último, desde unha perspectiva sectorial, o traballo de Campos e Rodil¹⁴ revela que os sectores potencialmente máis afectados por unha paralización externa da actividade son os sectores nacionais equivalentes, destacando a importancia das relacións intraindustriais a escala global á hora de estimar os posibles impactos económicos.

4 EVIDENCIAS DO IMPACTO DA COVID-19 A TRAVÉS DAS CADEAS GLOBAIS DE VALOR

A primeira manifestación dos efectos negativos da COVID-19 a escala global foi o esborralle experimentado polo comercio mundial, que sufriu unha abrupta caída no segundo trimestre do ano 2020. No caso concreto do comercio de mercancías, que representa máis de 3/4 do comercio mundial, a caída intertrimestral foi do 14,3%, aínda que a maior caída se produciu no comercio de servizos, que descendeu nun 30% con respecto ao primeiro trimestre do ano. Trátase do maior descenso intertrimestral do que se ten constancia desde a anterior crise financeira mundial de 2008-2009¹⁵.

Ademais dos riscos asociados á propia incerteza na evolución da enfermidade, estes descensos teñen a súa causa inmediata nas políticas aplicadas para combatela, e en particular nas medidas de confinamento e restricións á mobilidade establecidas polos diferentes gobernos. Como consecuencia, a oferta das diferentes economías viuse fortemente limitada, co conseguinte impacto negativo en termos de produción e emprego.

Así, algunhas estimacións sitúan a caída do PIB real mundial en 2020 no 4,8%, e mesmo superando o 7% en rexións tales como Europa e América Central e do Sur¹⁶.

Existen abundantes evidencias de que as CGV actúan como a principal canle de transmisión destes efectos. Neste sentido, tiveron moito que ver as medidas adoptadas pola China en xaneiro de 2020, co peche temporal de fronteiras e o confinamento na provincia de Hubei, dando lugar á suspensión das exportacións de insumos en industrias tales como a automotriz, a electrónica, a farmacéutica e a de subministracións

médicas¹⁷. Tendo en conta que o xigante asiático é o principal exportador mundial de partes e compoñentes, as consecuencias non se fixeron esperar, producíndose múltiples paralizacións de varias semanas de duración na actividade produtiva de centros fabrís localizados en Europa, Asia e América do Norte¹⁸.

Cómpre destacar aquí importantes diferenzas do impacto da COVID-19 desde a óptica sectorial, tal como pon de manifesto a evolución do comercio mundial por tipo de produto atendendo á curta, pero valiosa, experiencia do segundo trimestre de 2020. Por grandes categorías de produtos, foi o comercio de combustibles e produtos da minaría o que experimentou unha maior contracción interanual (-38% con respecto ao segundo trimestre de 2019), debido á brusca caída do consumo derivada das fortes restricións de mobilidade e da paralización da actividade económica.

No caso dos produtos manufacturados, o comercio que se viu máis afectado foi o de produtos da industria do automóbil (-53%), sector altamente integrado nas CGV, xunto con produtos como artigos de viaxe, bolsos, calzado e vestido (caídas superiores ao 30%). Foron moi poucos os produtos que experimentaron unha variación positiva no comercio, como é o caso dos produtos téxtiles (10%), informáticos (4%) ou farmacéuticos (11%)¹⁹.

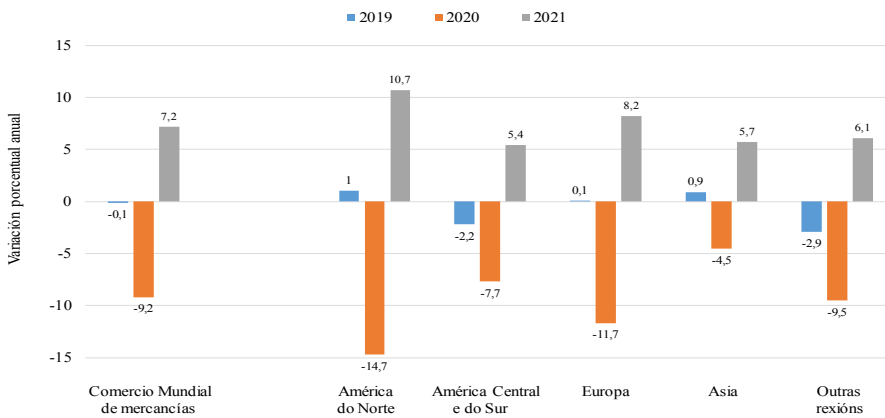
Pola súa parte, os maiores descenso no comercio de servizos tiveron lugar no sector do turismo (-81% con respecto ao segundo trimestre de 2019) e do transporte (-31%), como consecuencia directa das medidas de confinamento e as restricións de mobilidade impostas polos diferentes gobernos e a conseguinte paralización da actividade. Así mesmo, producíronse caídas importantes na construción (-24%) e noutros servizos relacionados con diferentes fases das cadeas de valor, tales como os servizos de manufactura e reparación (-22%), audiovisuais, artísticos e recreativos (-14%), I+D (-12%), arquitectura e enxeñaría (-11%) e servizos relacionados cos dereitos de propiedade intelectual (-9%), entre outros²⁰.

Unha rápida consulta ás hemerotecas ofrece diversos exemplos de como a incidencia desta parálise produtiva en cadea afectou tamén a fábricas situadas en España e Galicia. Unha mostra é, por exemplo, o acontecido na factoría de Citroën PSA en Vigo no mes de marzo de 2020, cando se produciu unha paralización da actividade por falta de partes e compoñentes procedentes da cadea de subministración²¹. Outro exemplo ilustrativo é o caso da empresa de moda e complementos Bimba y Lola, que anunciou en xullo de 2020 o despedimento de 15 traballadores e a non renovación de 3 contratos temporais da súa planta en Mos, aludindo como causa á caída da carga de traballo derivada das restricións adoptadas pola COVID-19, que afectaron sensiblemente á demanda de produtos²². A estes exemplos súmase unha lista interminable de casos, dos que non escapan nin o propio Inditex, con importantes efectos negativos sobre as exportacións galegas, que experimentaron un descenso interanual do 56,4% en abril de 2020²³.

Nun contexto de grande incerteza como o actual, resulta sumamente difícil e aventurado calquera tipo de predición sobre o rumbo que seguirá a economía, dado que este dependerá tanto da propia evolución da pandemia como das medidas que adopten os diferentes gobernos. Unha mostra da volatilidade do contexto é o forte dinamismo

produtivo e comercial que se rexistrou nos meses de xuño e xullo de 2020, cando se relaxaron as medidas de confinamento e se eliminaron as restricións á mobilidade, o que levou a mesma Organización Mundial do Comercio a corrixir á alza as súas estimacións sobre a evolución do comercio mundial en 2020. Neste sentido, as súas estimacións sitúan o descenso do comercio mundial de mercancías en 2020 no 9,2%, cun aumento previsto para 2021 do 7,2%, sen que se recupere en ningún caso a tendencia nin o nivel de apertura comercial anteriores á crise ao producirse sobre unha menor base de partida (gráfico 5).

Gráfico 5. Evolución do comercio de mercancías e das exportacións por áreas xeográficas (2019-2021)* (variación porcentual anual)



Fonte: Elaboración propia a partir de WTO data (Data da consulta: 05.11.2020) e World Trade Organization, 2020a.

* As cifras de 2020 e 2021 son previsións

Aínda que a caída (estimada) do comercio mundial é un fenómeno compartido por todas as rexións do planeta, as predicións apuntan a que a caída das exportacións será moito menor en Asia (-4,5%) que noutras rexións como América do Norte (-14,7%) ou Europa (-11,7%). Trátase, polo tanto, dun impacto económico desigual, que posiblemente estea relacionado cunha mellor evolución rexional da pandemia, pero tamén con cambios que se veñen producindo no papel das economías asiáticas a escala global, e que se manifestan nun desprazamento do eixe de gravidade do comercio mundial cara ao sueste asiático, así como nunha crecente integración intrarrexional no marco das CGV (factoría Asia) e o fortalecemento dos seus respectivos mercados internos.

Non cabe dúbida de que calquera previsión pode empeorar en función da duración e magnitude dos posibles rebrotes da COVID-19 e das medidas que se vaian adoptando en forma de confinamentos e demais restricións impostas que afecten ás diferentes ofertas nacionais. Do mesmo xeito, os avances que se produzan na carreira para lograr

unha vacina eficaz contra a COVID-19 e as subseguintes campañas de vacinación masiva poden levar a medio prazo a un cambio de escenario que mellorará substancialmente as expectativas e abrirá o camiño cara un novo cambio de tendencia.

5 CONCLUSIÓNS

Tratar de extraer conclusións definitivas sobre a confluencia dun fenómeno cambiante como as CGV, nun contexto de forte incerteza como unha crise pandémica, resulta sumamente ousado e azaroso. Porén, nos apartados precedentes púxose de manifesto a importancia do papel que desempeñan as CGV como vector de conexión entre as diferentes economías, co conseguente efecto “contaxio” derivado das interrupcións que se poidan producir ao longo da cadea de valor.

Como se ilustrou con algúns exemplos concretos, estas interrupcións poden ter a súa orixe en cortes que se produzan na subministración de insumos produtivos (encadeamentos cara atrás), pero tamén nas caídas de demanda, polo confinamento e outras medidas restritivas que afecten á comercialización, venda de produtos ou servizos posvenda (encadeamentos cara adiante). Nunha crise como a da COVID-19 mesmo poden darse as dúas circunstancias conxuntamente, o que agrava os efectos negativos sobre a actividade económica.

No caso da economía española, industrias como a de refino de petróleo e a automotriz destacan polo predominio dos encadeamentos produtivos cara atrás, o que lles imprime unha maior dependencia das subministracións e, en consecuencia, un maior risco de sufrir paralizacións da actividade por falta de insumos. Porén, este tipo de encadeamentos son tamén importantes en industrias como a téxtil, a químico-farmacéutica, a do plástico-caucho, e a do metal, cun peso de arredor do 30 % do valor exportado.

No que se refire ás tendencias globais, existen evidencias de que a crise da COVID-19 contribúe a afondar no descenso do grao de apertura do comercio mundial (ao caer máis que o PIB) e da interdependencia comercial e produtiva internacional, tendencias que xa se viñan producindo nos anos previos á crise da COVID-19, nun clima de crecente inestabilidade do multilateralismo.

Por outra banda, a disparidade nos impactos estimados por áreas xeográficas é reveladora das diferentes capacidades de resposta das economías ante unha crise desta natureza. Estas diferenzas poden estar motivadas por diversos factores, que van desde a adopción de medidas eficaces de contención da pandemia por parte dos gobernos ata as particularidades da inserción externa das economías (participación nas CGV), pasando polas diferenzas no grao de diversificación produtiva e tecnolóxica.

Finalmente, cómpre destacar que, como toda crise, a COVID-19 pode constituír unha verdadeira oportunidade para repensar o modelo e a configuración actual do proceso de fragmentación produtiva, que xa viña demandando unha reorientación cara unha maior importancia das relacións de proximidade. Esta reorientación podería contribuír

non só a elevar a resiliencia das economías ante posibles pandemias futuras, senón a avanzar tamén no obxectivo da sustentabilidade do modelo produtivo e de consumo.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Abe, M. e Ye, L. 2013. «Building Resilient Supply Chains against Natural Disasters: The Cases of Japan and Thailand», en *Global Business Review*, 14(4): 567-586. <https://doi.org/10.1177/0972150913501606>.
- Arndt, S.W. e Kierzkowski, H. 2001. *Fragmentation: new production patterns in the world economy*. Oxford: Oxford University Press.
- Baldwin, R. 2013. «Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going», en D. Elms e P. Low (eds.), *Global value chains in a changing world*. Geneva: World Trade Organization / Fung Global Institute / Temasek Foundation Centre for Trade & Negotiations. <https://doi.org/10.30875/0b68ab34-en>.
- Campos, H. e Rodil, O. 2020. «Sectoral impacts of the activity standstill due to external shocks such as COVID-19: An approach based on the hypothetical extraction applied to the external insertion of the Spanish economy», en *Revista de Economía Mundial*, 56 (Special Issue: COVID-19 and World Economy. Preliminary analysis).
- CEPAL. 2020. «Los efectos del COVID-19 en el comercio internacional y la logística», en *Informe Especial COVID-19*, 6, 6 de agosto de 2020 (dispoñible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45877/1/S2000497_es.pdf).
- Gereffi, G. 1994. «The Organization of Buyer-Driven Global Commodity Chains: How U.S. Retailers Shape Overseas Production Networks», en G. Gereffi e M. Korzeniewicz (eds.), *Commodity Chains and Global Capitalism*. Westport, Connecticut London: Praeger.
- Hopkins, T.K. e Wallerstein, I. 1977. «Patterns of Development of the Modern World-System», en *Review (Fernand Braudel Center)*, 1(2): 111-145.
- Hopkins, T.K. e Wallerstein, I. 1986. «Commodity Chains in the World-Economy Prior to 1800», en *Review (Fernand Braudel Center)*, 10(1): 157-170.
- Humphrey, J. e Schmitz, H. 2002. «How does insertion in global value chains affect upgrading in industrial clusters?», en *Regional Studies*, 36(9): 1017-1027. <https://doi.org/10.1080/0034340022000022198>.
- Koopman, R., Powers, W., Wang, Z. e Wei, S-J. 2010. «Give credit where credit is due: Tracing value added in global production chains», en *Working Paper*, 16426. <https://doi.org/10.3386/w16426>.
- Lampón, J.F., Lago-Peñas, S. e González-Benito, J. 2015. «International relocation and production geography in the European automobile components sector: The case of Spain», en *International Journal of Production Research*, 53(5): 1409-1424. <https://doi.org/10.1080/00207543.2014.942757>.
- Shih, S. 1992. *Empowering technology – making your life easier*. New Taipei: Acer.

- Wang, Z., Wei, S.-J., Yu, X. e Zhu, K. 2017. «Measures of Participation in Global Value Chains and Global Business Cycles», *NBER Working Paper*, 23222. <https://doi.org/10.3386/w23222>.
- World Bank e World Trade Organization. 2019. *Global Value Chain Development Report 2019: Technological Innovation, Supply Chain Trade, and Workers in a Globalized World (English)*. Washington, D.C.: World Bank Group (dispoñible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/384161555079173489/Global-Value-Chain-Development-Report-2019-Technological-Innovation-Supply-Chain-Trade-and-Workers-in-a-Globalized-World>).
- World Trade Organization. 2020a. «El comercio da muestras de reactivarse tras los efectos de la COVID-19, pero la recuperación sigue sendo incierta», en *PRESS862 Comunicado de prensa*, 6 de outubro de 2020 (dispoñible en: https://www.wto.int/spanish/news_s/pres20_s/pr862_s.htm)
- World Trade Organization. 2020b. «El comercio de servicios cae un 30 % en el segundo trimestre mientras la COVID-19 hace estragos en el sector de los viajes internacionales», en *Noticias*, 23 de outubro 2020 (dispoñible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/serv_22oct20_s.htm).

NOTAS

- 1 Fonte: Eurostat (Data de consulta: 05.10.2020).
- 2 Hopkins e Wallerstein, 1977; Hopkins e Wallerstein, 1986.
- 3 Gereffi, 1994.
- 4 Arndt e Kierzkowski, 2001; Humphrey e Schmitz, 2001.
- 5 World Bank e World Trade Organization, 2019.
- 6 O índice de participación cara atrás en CGV (*Backward GVC participation index*), seguindo a formulación proposta por Koopman *et al.*, 2010, mide o valor engadido foráneo contido nas exportacións brutas, expresado como porcentaxe destas últimas. Un valor alto deste índice é indicativo dun elevado peso dos encadeamentos produtivos "augas arriba", como sucede no caso das actividades próximas ao consumidor final, como por exemplo as tarefas de ensamblaxe.
- 7 O índice de participación cara adiante en CGV (*Forward GVC participation index*), seguindo a formulación proposta por Koopman *et al.*, 2010, mide o valor engadido doméstico contido nas exportacións doutros países, expresado como porcentaxe das exportacións brutas do país de referencia. Un valor alto deste índice expresa un elevado peso dos encadeamentos produtivos "augas abaixo", como sucede por exemplo no caso das actividades de aprovisionamento de materias primas ou no caso de actividades de deseño ou de I+D.
- 8 A denominada "curva do sorriso" (Shih, 1992) mostra a relación que existe entre as diferentes etapas da cadea de valor e o seu impacto en termos de xeración de valor engadido. Consiste na representación gráfica dun fenómeno común á meirande parte dos sectores, especialmente os intensivos en tecnoloxía, nos que as tarefas do proceso produtivo máis rendibles e xeradoras de alto valor engadido se sitúan nas fases previas e posteriores á fabricación do produto, que se converte no aspecto máis tanxible, pero ao mesmo tempo menos relevante da cadea de valor. Outros autores, como Baldwin, 2013, actualizaron esta relación no contexto do século XXI.
- 9 Abe e Ye, 2013.
- 10 Lampón *et al.*, 2015.
- 11 Campos e Rodil, 2020.
- 12 Os sete sectores foron seleccionados baseándose nun triplo criterio: primeiro, atendendo á relevancia dos seus encadeamentos produtivos; segundo, polo seu peso no conxunto do PIB español; e, terceiro, atendendo á probabilidade de resultar paralizados segundo a experiencia recente da COVID-19. Estes sete sectores son: 1) téxtil, 2) ocio e entretemento, 3) comercio por xunto e polo miúdo, 4) industria automotriz, 5) turismo, 6) transporte e almacenaxe, e 7) educación.
- 13 Escenario 1: parálanse os sectores seleccionados no estranxeiro, polo que non abastecen o mercado interior nin o exterior, pero o país de referencia segue exportando. Escenario 2: parálanse as exportacións do país de referencia relativas aos sectores seleccionados, polo que non poden abastecer de insumos nin de bens de consumo os mercados estranxeiros. Escenario 3: combínanse os escenarios 1 e 2. Escenario 4: parálanse os sectores seleccionados no país de referencia (España), polo que non é posible abastecer nin o mercado interior nin os mercados estranxeiros, mentres que o resto do mundo non se ve afectado.
- 14 Campos e Rodil, 2020.
- 15 World Trade Organization, 2020a; World Trade Organization, 2020b.
- 16 World Trade Organization, 2020a.
- 17 CEPAL, 2020.
- 18 CEPAL, 2020.
- 19 World Trade Organization, 2020a.
- 20 World Trade Organization, 2020b.
- 21 PSA Citroën cerra a súa factoría en Vigo debido á pandemia do coronavirus (16 de marzo de 2020). *elDiario.es* (dispoñible en: https://www.eldiario.es/galicia/politica/coronavirus-vigo-citroen_1_1022992.html).
- 22 Comezan os despedimentos en Bimba y Lola tras o ERTE (16 de xullo de 2020). *Economía Digital* (dispoñible en: https://galicia.economiadigital.es/directivos-y-empresas/comienzan-los-despidos-en-bimba-y-lola-tras-el-erte_20082432_102.html).

- 23 O parón de Citroën e Inditex polo coronavirus afunde as exportacións galegas (18 de xuño de 2020). ABC (dispoñible en: https://www.abc.es/espana/galicia/abci-paron-citroen-inditex-coronavirus-hunde-exportaciones-gallegas-202006181234_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F).



Revista Administración & Cidadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 167-202

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4616>

© Santiago Calvo López

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Recibido: 29/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Impacto do programa *Next Generation EU* en España: condicionalidade, retos e oportunidades dun acordo histórico

Impacto del programa *Next Generation EU* en España: condicionalidad, retos y oportunidades de un acuerdo histórico

Impact of the *Next Generation EU* program in Spain: conditionality, challenges and opportunities of a historic agreement

SANTIAGO CALVO LÓPEZ

Doutorando de Economía Aplicada

Universidade de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0002-8654-4695>

santiagocalvo.lopez@usc.es

Resumo: A COVID-19 causou unha crise sen precedentes na Unión Europea, sendo España un dos países máis afectados. Para facer fronte á crise económica derivada da pandemia, o pasado mes de maio a Comisión Europea propuxo a creación do programa *Next Generation EU*, o cal distribuirá 750.000 millóns de euros entre os Estados membros. Estímase que España podería captar cerca de 150.000 millóns de euros, dos cales 74.200 serían fondos non reembolsables. Neste traballo preténdese explicar o funcionamento dos fondos europeos, a condicionalidade para o seu desbloqueo e os retos, incertezas e oportunidades que supoñen para España, os cales poderían incrementar o PIB entre 1,2 e 1,4 puntos porcentuais de forma indirecta.

Palabras clave: COVID-19, Unión Europea, *Next Generation EU*, reformas estruturais, recuperación e resiliencia.

Resumen: La COVID-19 ha causado una crisis sin precedentes en la Unión Europea, siendo España uno de los países más afectados. Para hacer frente a la crisis económica derivada de la pandemia, el pasado mes de mayo la Comisión Europea propuso la creación del pro-



grama *Next Generation EU*, el cual distribuirá 750.000 millones de euros entre los Estados miembros. Se estima que España podría captar cerca de 150.000 millones de euros, de los cuales 74.200 serían fondos no reembolsables. En el presente trabajo se pretende explicar el funcionamiento de los fondos europeos, la condicionalidad para su desbloqueo y los retos, incertidumbres y oportunidades que suponen para España, los cuales podrían incrementar el PIB entre 1,2 y 1,4 puntos porcentuales de forma indirecta.

Palabras clave: COVID-19, Unión Europea, *Next Generation EU*, reformas estructurales, recuperación y resiliencia.

Abstract: COVID-19 has caused an unprecedented crisis in the European Union, with Spain being one of the countries most affected. To address the economic crisis resulting from the pandemic, last May the European Commission proposed the creation of the *Next Generation EU* program, which will distribute 750,000 million euros among the Member States. It is estimated that Spain could receive close to 150,000 million euros, of which 74,200 million euros would be non-refundable funds. This paper aims to explain the operation of the European funds, the conditionality for their release and the challenges, uncertainties and opportunities they represent for Spain, which could increase the GDP by between 1.2 and 1.4 percentage points indirectly.

Key words: COVID-19, European Union, *Next Generation EU*, structural reforms, recovery and resilience.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Descripción do programa *Next Generation EU*. 3 A condicionalidade para o desbloqueo de recursos para financiar os plans de recuperación e resiliencia. 4 Distribución dos fondos *Next Generation EU*. 5 Oportunidades, retos e posible impacto económico. 6 Conclusións. 7 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Desde que as autoridades chinesas comunicaran a existencia de 27 casos dunha pneumonía de orixe descoñecida o 31 de decembro de 2019, no mundo contaxiáronse máis de 43,5 millóns de persoas e a cifra de falecidos supera o millón a causa da COVID-19 (27 de outubro de 2020). En España, desde que se rexistrou o primeiro caso o 31 de xaneiro de 2020, notificáronse 1.098.320 casos positivos e o número de decesos supera os 35.000 (2 de setembro de 2020).

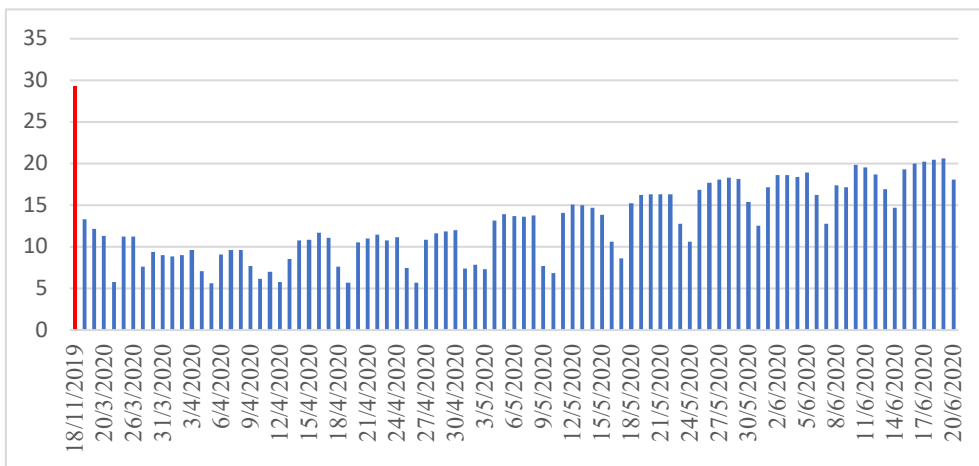
Unido á crise sanitaria, o impacto económico foi considerable. O motivo da crise económica derivada do novo coronavirus débese á necesidade de desenvolver medidas de contención e mitigación para “aplanar a curva” de contaxios de xeito que se alivie a presión hospitalaria.

O *Real decreto 463/2020, do 14 de marzo*, supuxo a instauración do estado de alarma, establecendo unha única autoridade competente que recaeu nos ministros de Defensa, Interior, Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana, e no de Sanidade. Así mesmo, no seu artigo 7 restrinxíase a liberdade de circulación das persoas, limitándoa á realización de actividades xustificadas, como a adquisición de alimentos, produtos farmacéuticos e de primeira necesidade, o desprazamento ao lugar de traballo e o retorno ao lugar de residencia habitual ou a asistencia e coidado a maiores, menores, dependentes, persoas con discapacidade ou persoas especialmente vulnerables.

Deste modo, segundo datos do Instituto Nacional de Estatística (INE), nunha semana media normal a porcentaxe de persoas que saían da súa área de mobilidade de residencia

era do 29,3%¹, mentres que nos primeiros días do estado de alarma esta porcentaxe descendeu ata o 13,28%. O último día de semana en que estivo vixente o estado de alarma (19 de xuño de 2020), a mobilidade aínda era un 29,4% inferior.

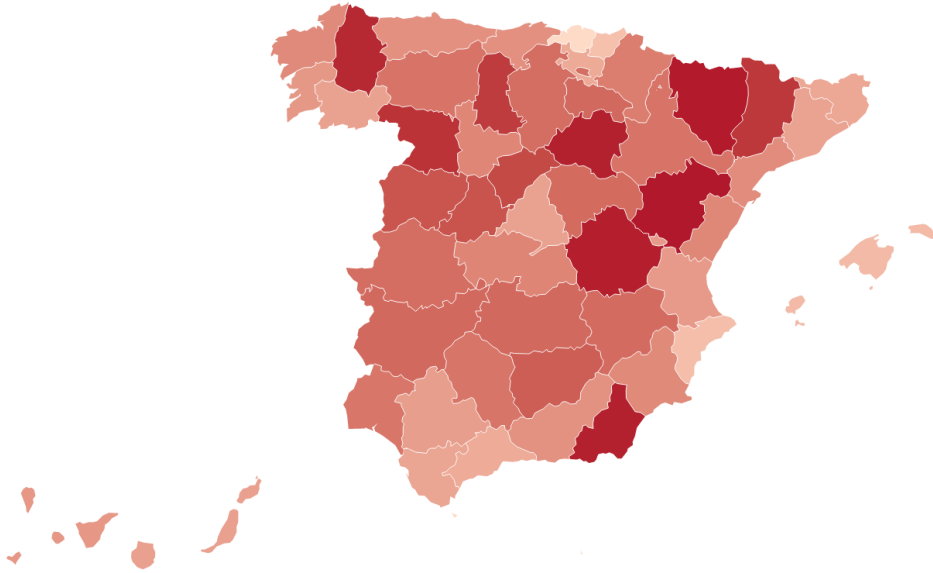
Gráfico 1. Evolución da mobilidade das persoas durante o estado de alarma, en %



Fonte: elaboración propia a partir do INE.

Adicionalmente, o *Real decreto-lei 10/2020, do 29 de marzo*, reforzou as medidas contidas na declaración do estado de alarma ao paralizar toda aquela actividade económica considerada como non esencial entre o 30 de marzo e o 9 de abril de 2020. Segundo estimaron Gutiérrez e Moral-Benito², os pechos sectoriais conduciron a unha minoración da taxa de variación da afiliación á Seguridade Social; máis concretamente, por cada punto porcentual de maior peso das actividades non esenciais, o crecemento do emprego foi 2,1 décimas inferior.

Figura 1. Porcentaxe de empresas consideradas como esenciais segundo o Real decreto-lei 10/2020, do 29 de marzo, en % do total



Fonte: elaboración propia a partir do INE.

Nota: Os datos relativos á porcentaxe de empresas consideradas como esenciais obtéñense a través do Directorio Central de Empresas (DIRCE) en 1 de xaneiro de 2019, identificando as clases de empresas segundo a Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE, 2009) incluídas no anexo do Real decreto-lei 10/2020, do 29 de marzo.

Debido a estas medidas, a actividade económica viuse notablemente prexudicada. Ata 3,3 millóns de traballadores víronse afectados por un Expediente de Regulación Temporal de Emprego (ERTE), dos cales, a mediados de setembro, xa se terían reactivado o 78 %, segundo estatísticas da Seguridade Social. A evolución da afiliación á Seguridade Social tamén sufriu as consecuencias derivadas da crise sanitaria, cunha minoración de ao redor de 800.000 afiliacións entre febreiro e xuño. Deste xeito, espérase un crecemento do produto interior bruto (PIB) negativo de acordo coas estimacións das principais institucións internacionais e nacionais. O efecto da pandemia é notable, posto que, como se pode apreciar na táboa seguinte, todas as institucións agardaban un crecemento positivo que se situaría entre o 1,5 % e o 1,8 %.

Táboa 1. Previsións da taxa de crecemento do PIB para España en 2020

| Institución | Proxección de crecemento (%) | Comparación proxección antes da pandemia (%) |
|-------------------|------------------------------|--|
| OCDE | -11,1 / -14,4* | 1,6 |
| FMI | -12,8 | 1,6 |
| Comisión Europea | -10,9 | 1,6 |
| Goberno de España | -11,2 | 1,6 |
| AIReF | -12,1 / -11,8 / -11,6** | 1,8 |
| Banco de España | -10,5 / -12,6*** | 1,7 |
| FUNCAS | -13,0 | 1,5 |

Fonte: elaboración propia a partir de diversas fontes.

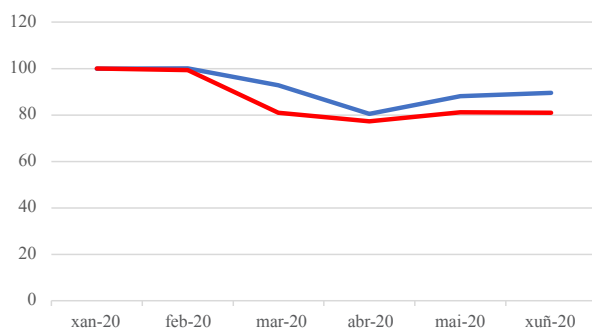
* A previsión da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico (OCDE) prevé dous posibles escenarios: un en que non se produce unha segunda onda de contaxios e un en que si se contempla un segundo gromo a finais de ano.

** A Autoridade Independente de Responsabilidade Fiscal (AIReF) prevé tres escenarios para o cuarto trimestre do ano 2020, segundo a gravidade da crise sanitaria e o seu impacto económico. No momento en que se escribe este artigo aínda non foron publicadas as definicións e hipóteses asumidas para cada un dos escenarios.

*** O Banco de España non considera a posibilidade dun novo confinamento, pero si a existencia de limitacións máis ou menos severas que poden afectar en maior intensidade á actividade económica.

Para reflectir o efecto do coronavirus sobre a actividade económica, pode observarse como evolucionaron os indicadores sintéticos de actividade e de consumo desde xaneiro de 2020. Nos dous primeiros meses do ano a evolución foi estable, pero a partir do mes de marzo e, en especial, durante o mes de abril, contráese a actividade e o consumo nun 20%, manténdose por debaixo dos niveis previos á crise ata o mes de xuño de 2020.

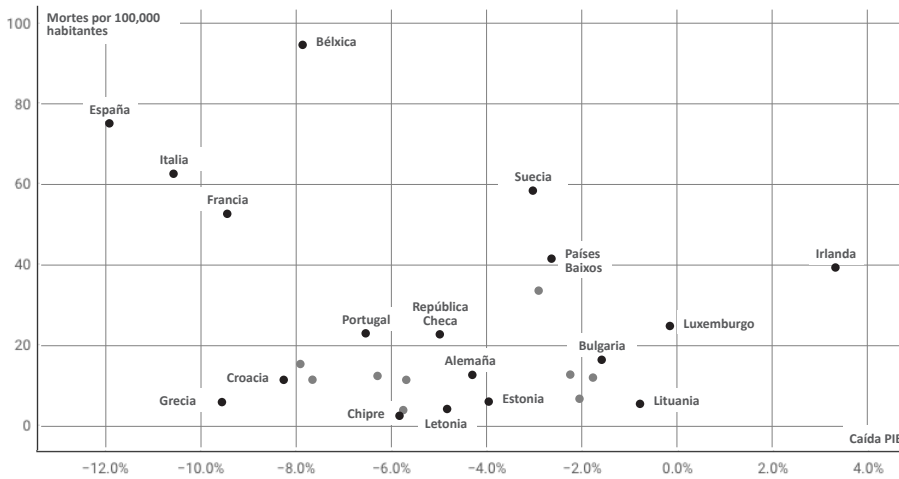
Gráfico 2. Evolución dos indicadores sintéticos de actividade (en azul) e de consumo privado (en vermello), xaneiro 2020 = 100



Fonte: elaboración propia a partir do Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital.

O contexto de retroceso económico é extensible a outras economías europeas, como se pode observar no gráfico seguinte, aínda que España é o país máis afectado da Unión Europea en canto á caída do PIB e, no momento en que se escribe este artigo (27 de outubro), en número de mortes por cada 100.000 habitantes só é superada por Bélxica.

Gráfico 3. Taxa de crecemento interanual dos dous primeiros trimestres do ano 2020 do PIB en prezos correntes con axuste de estacionalidade e calendario e falecidos por 100.000 habitantes na Unión Europea



Fonte: elaboración propia a partir de Eurostat e Johns Hopkins.

Nota: Para Eslovaquia só se realiza o axuste por estacionalidade.

Por este motivo, desde diversas institucións aprobáronse plans de recuperación económica. Un dos máis importante foi o acordado o pasado 21 de xullo polos líderes da Unión Europea polo cal, ademais de fixar o marco financeiro plurianual 2021-2027, se creaba un instrumento denominado como *Next Generation EU* (en diante, NGEU), que canalizará os investimentos necesarios de cara a dar resposta á crise causada polo coronavirus durante o período 2021-2023.

O programa NGEU supón para España unha importante inxección de recursos e unha oportunidade para a transformación da economía española. Este traballo pretende facer unha descrición dos fondos integrantes deste instrumento, estimar a súa distribución entre os Estados membros, identificar as principais oportunidades, incertezas e retos, e facer un cálculo do posible impacto económico para a economía española.

A organización do papel é como segue. No apartado 2 realízase unha explicación do programa NGEU e dos fondos que o compoñen. No apartado 3 indícase a condicionalidade para o desbloqueo de recursos. Unha estimación da distribución dos fondos é mostrada

no apartado 4. No apartado 5 preséntanse as principais ameazas e oportunidades dos fondos NGEU, así como o seu posible impacto económico. O apartado 6 conclúe.

2 DESCRICIÓN DO PROGRAMA NEXT GENERATION EU

O programa NGEU foi deseñado pola Comisión Europea³ a petición dos xefes de Estado e de Goberno dos Estados membros co fin de lograr a “converxencia, resiliencia e transformación na Unión Europea” a partir das consecuencias socioeconómicas derivadas da pandemia causada pola COVID-19⁴.

O sustento legal do NGEU está baseado no terceiro parágrafo do artigo 175 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (en diante, TFUE), segundo o cal é posible lograr os obxectivos de cohesión máis alá dos fondos enumerados no parágrafo primeiro do citado artigo, sempre e cando o Parlamento Europeo e o Consello adopten estas accións conforme o procedemento lexislativo ordinario e consultando previamente o Comité Económico e Social e o Comité de Rexións.

Destaca a forma de financiamento e obtención dos recursos necesarios que posteriormente se transformarán en investimentos. Segundo se establece no punto A3 do EUCO 10/20, o Consello Europeo autoriza a Comisión para contraer “empréstitos nos mercados de capitais en nome da Unión”, ou o que é o mesmo, a Comisión Europea acudirá aos mercados financeiros e de capitais en nome da Unión Europea para captar os fondos necesarios para dotar de recursos os distintos programas englobados dentro dos distintos plans de investimento que se vaian enmarcar dentro do NGEU.

Isto supón algo excepcional, xa que a interpretación mantida historicamente do artigo 310 do TFUE foi a de non equilibrar o orzamento de ingresos e gastos mediante a emisión de débeda, aínda que a súa prohibición non é explícita. De feito, a excepcionalidade do momento permite realizar unha lectura moito máis flexible do TFUE; en concreto, do seu artigo 311, cando se indica que “a Unión se dotará dos medios necesarios” para alcanzar os seus obxectivos e para levar a cabo as súas políticas”.

Deste xeito, fíxanse límites cuantitativos e temporais, en tanto en canto as circunstancias que xustifican a citada operación de empréstito se circunscriben de xeito exclusivo a un momento particular do tempo. Así, o importe máximo que é posible obter a través desta fonte será de 750.000 millóns de euros. O límite temporal do endebedamento neto será o exercicio 2026, mentres que o reembolso terá unha programación “constante e previsible” que deberá finalizar o 31 de decembro de 2058. A distribución dos 750.000 millóns de euros dividirase en, por un lado, 360.000 millóns de euros para a concesión de préstamos, e, por outro lado, 390.000 millóns de euros para a concesión de transferencias a fondo perdido.

Dentro do marco NGEU inclúense distintos programas que xiran arredor de tres piares: (i) axudarlles aos Estados membros a recuperarse; (ii) relanzar a economía e apoiar o investimento privado; e (iii) aprender da experiencia da crise. Na táboa seguinte

recóllense os recursos asignados a cada programa tanto pola proposta da Comisión como o acordado finalmente polo Consello.

Táboa 2. Programas incluídos no marco *Next Generation EU*

| Programa | Proposta Comisión* (millóns de euros) | | Acordo Consello (millóns de euros) | |
|---|--|-----------|---------------------------------------|-----------|
| | Transferencias | Préstamos | Transferencias | Préstamos |
| Mecanismo de Recuperación e Resiliencia | 310.000 | 250.000 | 312.500 | 360.000 |
| REACT-EU | 50.000 | | 47.500 | |
| Horizonte Europa | 13.500 | | 5.000 | |
| InvestEU | 30.300 | | 5.600 | |
| Desenvolvemento Rural | 15.000 | | 7.500 | |
| Fondo de Transición Xusta | 30.000 | | 10.000 | |
| RescEU | 2.000 | | 1.900 | |
| Total | 450.800 | 250.000 | 390.000 | 360.000 |

Fonte: Consello Europeo.

** Na proposta da Comisión dotábanse recursos a programas por valor de 49.200 millóns de euros que no acordo final adoptado polo Consello quedan sen financiamento, como é o caso do Instrumento de Apoio á Solvencia, o EU4health, e dous programas destinados á axuda humanitaria de cooperación internacional en países non membros.*

O Mecanismo de Recuperación e Resiliencia é o máis importante de todos eles, supondo un apoio financeiro para o investimento orientado á transformación ecolóxica e dixital dos Estados membros. O 46,47% dos 672.500 millóns de euros terán forma de subvencións, dos cales o 70% se comprometerá nos exercicios 2021 e 2022, mentres que o restante 30% será asignado ao longo do ano 2023. Créase unha fórmula para a determinación da súa repartición, a cal terá en conta a poboación de 2019, a inversa do PIB per cápita do ano 2019 e a taxa media de desemprego do período 2015-2019 comparada coa media da Unión Europea, sendo substituída esta última en 2023 pola perda real do PIB producida en 2020 e a acumulada no período 2020-2021.

Para evitar a excesiva concentración de recursos, os indicadores establecidos para a súa asignación estarán limitados do seguinte xeito:

- A inversa do PIB per cápita terá como límite o 150% da media da Unión Europea.
- A desviación da taxa de desemprego con respecto á media da Unión Europea estará limitada ao 150%.
- Establécese un límite inferior para a desviación da taxa de desemprego con respecto á media da UE para favorecer os mercados laborais máis estables dos Estados membros máis ricos, sendo este do 75%.

O volume máximo dos préstamos será do 6,8% da Renda Nacional Bruta para cada Estado membro, sendo un complemento das axudas non reembolsables, polo que a cantidade total dos empréstitos non poderá ser superior aos recursos finalmente

asignados aos plans de recuperación e resiliencia para cada Estado membro menos as transferencias recibidas.

Para desbloquear os fondos, os Estados membros deberán presentar plans de recuperación e resiliencia. Estes deberán ser avaliados pola Comisión, atendendo ao grao de coherencia entre estes e as recomendacións específicas para cada país, así como o “potencial de crecemento, creación de emprego e resiliencia económica e social”. Fíxase un prefinanciamento dun máximo do 10%, e os pagamentos realizaranse en forma de cotas, a medida que se cumpran os obxectivos dos investimentos, o cal será ditaminado polo Comité Económico e Financeiro.

No artigo 16 parágrafo 3 da proposta remitida pola Comisión especificanse os criterios que serán avaliados para aceptar os plans de investimento dos Estados membros:

1. Abordarán as recomendacións realizadas dentro do contexto do Semestre Europeo.
2. Contribuirán aos procesos de transición ecolóxica e dixital.
3. Terán un impacto duradeiro.
4. Axudarán a reforzar o potencial de crecemento, de creación de emprego e a resiliencia económica e social, mitigando o impacto social e económico da crise. Todo iso debe considerar a mellora da cohesión territorial, social e económica.
5. Deberán ser razoables, plausibles e proporcionais ao impacto esperado sobre a economía e o emprego.
6. Incluirán medidas para a implementación de proxectos de reformas e de investimento público que representen accións coherentes.
7. Asegurarán unha implementación efectiva, cun calendario previsto, unhas metas e obxectivos e uns indicadores para medir o seu cumprimento.

Así mesmo, será posible cancelar a axuda se non se cumpren os obxectivos marcados para os proxectos de destino dos investimentos. Para avaliar o grao de cumprimento das metas fixadas, a Comisión monitorizará os resultados específicos esperados de cada plan, ao mesmo tempo que os Estados membros deberán remitir informes trimestrais sobre o avance na consecución dos fins acordados sobre as bases do Semestre Europeo. A data límite de conclusión dos pagamentos en función dos obxectivos logrados será o ano 2026.

Con respecto á monitorización particular dos proxectos, xuntamente coa solicitude de fondos, os Estados membros deberán reportar os progresos na consecución das metas definidas, polo menos de xeito bianual. De forma global, os países terán que informar da evolución anual dos plans de recuperación e resiliencia. Algúns dos indicadores clave para ter en conta serían os mostrados na táboa seguinte:

Táboa 3. Indicadores para a monitorización anual dos plans de recuperación e resiliencia

| Obxectivo | Indicador |
|----------------------|---|
| Recuperación | Investimento público como porcentaxe de PIB comparada coa media 2017-2019 |
| Resiliencia | Número de reformas relacionadas coas recomendacións específicas para o Estado membro que progresaron de xeito substancial |
| | Número de obxectivos e metas logrados polas reformas implementadas |
| Transición ecolóxica | Número de construcións renovadas asociadas a plans de redución de consumo de enerxía, por tipo de construción |
| | Incremento da capacidade de enerxía renovable |
| | Número de puntos de carga habilitados |
| Transición dixital | Número de persoas beneficiarias de actividades de formación en habilidades dixital |
| | Porcentaxe de fogares conectados a través de rede fixa de moi alta capacidade ou 5 G |

Fonte: Comisión Europea.

Os controis *ex post* implican a revisión do logro de obxectivos por parte da Comisión. É destacable o feito de que é posible que os Estados membros deberán devolver parte dos recursos percibidos se son detectadas irregularidades e fraude no uso destes. A forma de devolución pode ser ou ben a través da recuperación directa por parte do Estado membro dos investimentos a través dos seus beneficiarios directos; ou ben se a primeira opción non é posible, a través da devolución temperá da parte correspondente aos préstamos reembolsables.

O resto dos programas poden funcionar como complemento do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia. Por exemplo, Horizonte Europa e InvestEU poderían ser unha forma de canalizar financiamento privado cara a proxectos incluídos nos plans de recuperación e resiliencia. Programas que teñen como destino administracións públicas tamén poden sumar recursos a estes plans, aínda que é necesario auditar e supervisar os desembolsos realizados de xeito que un mesmo gasto non reciba un dobre financiamento; en esencia, isto require definir diferentes obxectivos e metas avaliábeis para cada programa. A Comisión só publicou a metodoloxía para a asignación de fondos para o REACT-EU, para o Fondo de Transición Xusta e para as axudas ao desenvolvemento rural, algo que será discutido no apartado catro.

O REACT-EU inclúese dentro das políticas de cohesión ofrecendo financiamento e apoio ás rexións máis castigadas pola crise causada polo coronavirus. As áreas de gasto circunscribíranse ao ámbito sanitario, ás políticas de creación e mantemento de emprego, así como a dar soporte aos autónomos, aos servizos básicos dos cidadáns e á transición ecolóxica e dixital.

Horizonte Europa supón o reforzo do financiamento en investigación en ámbitos de saúde, resiliencia e nas transicións ecolóxica e dixital. Así mesmo, realízase unha aposta polas zonas rurais, de modo que nestas se poidan producir cambios estruturais coherentes co Pacto Verde Europeo.

InvestEU é o mecanismo polo cal se financiarán proxectos de investimento en sectores estratéxicos clave vencellados á transición ecolóxica e dixital, a través do Grupo do Banco Europeo de Investimentos nacionais de fomento. A transición ecolóxica verase apoiada polo Fondo de Transición Xusta, cuxo destino é o de axudarlles aos Estados membros a lograr a neutralidade climática.

Finalmente, e co obxectivo de crear infraestruturas de resposta fronte a emerxencias e crises que precisen asistencia urgente, dótase con 1.900 millóns de euros o programa RescEU, cuxa capacidade pretende ser permanente no tempo.

3 A CONDICIONALIDADE PARA O DESBLOQUEO DE RECURSOS PARA FINANCIAR OS PLANS DE RECUPERACIÓN E RESILIENCIA

Como se desenvolveu no apartado 2, o investimento nos distintos programas integrados dentro do NGEU debe estar ligada a plans de investimento que teñan como obxectivo o desenvolvemento económico e social dos Estados membros, facendo fincapé nas áreas da economía dixital e verde. O 17 de setembro de 2020 a Comisión Europea fixo pública a súa proposta de guía para a elaboración dos plans de recuperación e resiliencia en que se detallan os condicionantes para a obtención dos recursos postos á disposición para facer fronte á crise económica causada pola COVID-19⁵. O 30 de abril de 2021 é a data límite para que os Estados membros remitan os seus plans de recuperación e resiliencia, aínda que deben entregar antes do 15 de outubro de 2020 un primeiro borrador de proposta de investimentos.

As ditas propostas deben recoller os principais retos a que se enfronta cada país e como o plan de recuperación e resiliencia pode axudar no seu logro tendo en conta os seguintes catro obxectivos:

- Promoción da cohesión económica, social e territorial da Unión Europea.
- Reforzar a resiliencia económica e social.
- Mitigar o impacto económico e social da crise.
- Apoiar a transición ecolóxica e dixital.

Polo tanto, é posible falar de dous tipos de condicionantes: un primario, relativo a detectar as debilidades económicas estruturais de cada Estado membro, e un secundario que se referiría a como abordar as citadas debilidades, que se resumirían nos anteriores catro puntos.

Os dous tipos de condicionantes estarían interconectados e serían mutuamente dependentes. A Comisión Europea exige reformas que teñan un impacto a longo prazo sobre o funcionamento dos mercados, sobre a política e sobre as institucións, de tal maneira que cambie a estrutura económica en áreas onde é necesario eliminar obstáculos que dificulten a consecución dun crecemento sustentable e o benestar dos cidadáns. Nunhas ocasións, as reformas estruturais solicitadas son un requisito necesario para que os investimentos ligados aos plans de recuperación e resiliencia sexan eficientes e eficaces; noutras ocasións, os investimentos serían o causante das reformas estruturais.

Na proposta inicial remitida pola Comisión Europea xa se detallaba a importancia de que os proxectos de investimento gardasen coherencia coas prioridades en materia de política económica recomendadas no contexto do Semestre Europeo. Deste xeito, a condicionalidade primaria existente para a obtención dos fondos de recuperación e resiliencia para España estará suxeita ás recomendacións particulares de política económica indicadas pola Comisión.

En particular, a Comisión fixo públicas as recomendacións para cada Estado membro no mes de maio de 2020 condicionadas ao contexto actual excepcional. Non obstante, tanto na proposta da Comisión como na guía de elaboración dos plans de recuperación e resiliencia especificase a necesidade de pór atención de igual xeito ao ciclo de 2019 do Semestre Europeo.

No relativo ás recomendacións ligadas ao ciclo do Semestre Europeo de 2019, téñanse en conta as específicas para a Zona Euro de xeito máis xeral, sendo estas a aplicación de políticas conducentes á mellora da produtividade, a minoración do volume de endebedamento público e o apoio ao investimento e facilitación da empregabilidade⁶.

Así mesmo, a Comisión Europea detectaba nese mesmo exercicio como principais debilidades o alto nivel de endebedamento interno e externo, tanto público como privado; a segmentación do mercado laboral e a falta de mobilidade laboral que axudan a explicar a elevada taxa de desemprego; ademais, o impulso reformista producido entre os anos 2012 e 2015 foi paralizado debido ao contexto político. A sustentabilidade do sistema de pensións, abordar a reforma educativa e a conexión entre a formación e a empregabilidade, ou a cohesión territorial supoñen retos igualmente importantes para a economía española⁷.

Neste contexto, as recomendacións realizadas para España en 2019⁸ englóbanse nas seguintes áreas principais:

- Administración pública: redución do endebedamento público e lograr a estabilidade orzamentaria. Fortalecemento da contratación pública para reducir a ratio de interinidade. Asegurar a sustentabilidade do sistema de pensións na liña das reformas aprobadas en 2011 e 2013.
- Mercado laboral e educación: mellora dos servizos sociais e de emprego. Desenvolver mellores coberturas de asistencia ao desemprego e de renda mínima. Mitigar a dualidade do mercado laboral. Reducir o abandono escolar e mellora de resultados educativos. Incrementar a cooperación entre os sectores educativo e empresarial.
- Políticas de investimento: centrar o investimento público e privado cara á innovación, a eficiencia enerxética e de uso de recursos, as infraestruturas ferroviarias para o transporte de mercadorías, e a ampliación de interconexións enerxéticas co resto dos Estados membros. Maior eficacia das políticas de apoio á investigación e á innovación.
- Cohesión territorial: impulso da Lei de garantía da unidade de mercado. Aumentar a cooperación entre administracións.

En febreiro de 2020 a Comisión publicou, dentro do ciclo do ano 2020 do Semestre Europeo, a avaliación dos avances sobre as reformas estruturais e corrección de desequilibrios macroeconómicos para España⁹. No citado documento vólvense constatar as mesmas debilidades que no ciclo anterior, destacando só avances na cooperación entre os servizos públicos de emprego e os servizos sociais, aínda que non en todas as comunidades autónomas.

Táboa 4. Avaliación dos avances nas recomendacións para España do ciclo 2020 do Semestre Europeo

| Área | Avaliación de avances |
|-----------------------------|---|
| Administración pública | Sen avances á hora de fortalecer o marco orzamentario |
| | Sen avances á hora de preservar a sustentabilidade do sistema de pensións |
| | Avances limitados á hora de fortalecer o marco orzamentario |
| Mercado laboral e educación | Algúns avances á hora de reforzar a capacidade dos servizos sociais e de emprego |
| | Avances limitados á hora de impulsar a contratación indefinida e simplificar o sistema |
| | Avances limitados á hora de abordar a fragmentación das axudas nacionais ao desemprego e as brechas de cobertura dos réximes de garantía de ingresos e mellorar o apoio ás familias |
| | Avances limitados á hora de abordar o abandono escolar prematuro e as disparidades rexionais en canto a resultados educativos |
| | Algúns avances á hora de aumentar a cooperación entre a educación e as empresas |
| Políticas de investimento | Avances limitados en materia de investimento en investigación e innovación |
| | Avances limitados en materia de eficiencia no uso de recursos |
| | Algúns avances en materia de eficiencia enerxética |
| | Algúns avances en materia de interconexións eléctricas |
| | Avances limitados na avaliación das políticas de investigación e innovación |
| Cohesión territorial | Avances limitados na aplicación da Lei de garantía de unidade de mercado |

Fonte: Comisión Europea.

Polo tanto, non é sorprendente que as recomendacións realizadas pola Comisión dentro do ciclo do Semestre de 2019 se manteñan como condicionantes para o uso dos recursos procedentes do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia. Non obstante, o contexto actual causado pola crise do coronavirus tamén obriga a realizar recomendacións adicionais.

En definitiva, en España existen importantes desequilibrios macroeconómicos aos que se unen as consecuencias económicas negativas derivadas da perturbación que supuxo a pandemia mundial da COVID-19. Deste xeito, as recomendacións realizadas pola Comisión dentro do Semestre de 2020 e que actúan, igual que as de 2019, como condicionante primario para desbloquear os recursos destinados ao plan de recuperación e resiliencia serían as seguintes¹⁰:

- Administración pública: malia a activación da salvagarda do Pacto de Estabilidade e Crecemento¹¹ segundo a cal se permite aos Estados membros adoptar medidas

orxamentarias para facer fronte a situacións de crises económicas como a actual, apartándose de xeito temporal da senda de axuste e estabilidade orxamentaria, debe manterse como obxectivo a sustentabilidade orxamentaria a medio prazo, polo que, no momento en que as condicións económicas o permitan, España deberá aplicar políticas fiscais conducentes á sustentabilidade da débeda. Requírese, así mesmo, o fomento do investimento, en especial o destinado a reforzar a capacidade e resiliencia do sistema sanitario.

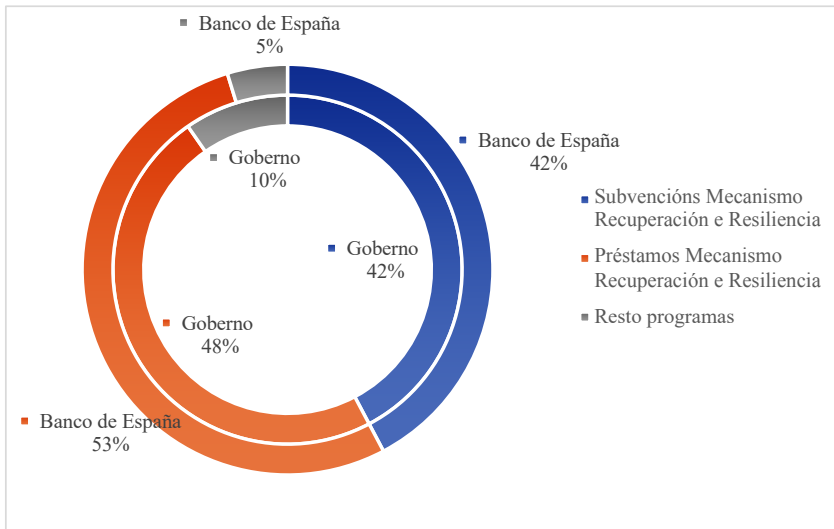
- Mercado laboral e educación: asegurar e preservar os postos de traballo; incentivar a contratación; reforzar a protección por desemprego; mellorar a cobertura e adecuación dos programas de renda mínima e de apoio á familia; aumentar o acceso á aprendizaxe dixital.
- Políticas de investimento: proporcionar liquidez a pequenas e medianas empresas e a autónomos, especialmente a través da redución do período medio de pagamento a provedores por parte da Administración; anticipar os proxectos de investimento público que se atopen nunha situación avanzada e facer promoción do investimento privado; promover o investimento na transición ecolóxica e dixital.
- Cohesión territorial: mellorar a coordinación entre niveis de goberno; reforzar o marco de contratación pública.

4 DISTRIBUCIÓN DOS FONDOS NEXT GENERATION EU

Desafortunadamente, existen poucas cifras oficiais acerca da distribución final dos fondos que compoñen a ferramenta NGEU. Tendo en conta o acordo final a que chegou o Consello, a Comisión fixo públicas as estimacións da repartición das transferencias do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia. Dos 312.500 millóns de euros asignados, a España corresponderíanlle 59.168 millóns de euros, o 18,93 % do total.

O Goberno de España e o Banco de España cifran o importe total que recibirá España arredor dos 140.000 millóns de euros, aínda que os cálculos que realizan as dúas institucións difiren entre si no relativo ás cantidades que serán percibidas en forma de préstamos e en forma de transferencias non reembolsables, como se aprecia no gráfico seguinte¹².

Gráfico 4. Estimacións do Goberno de España e do Banco de España sobre a distribución de recursos do fondo *Next Generation EU*



Fonte: elaboración propia a partir do Goberno de España e Banco de España.

Polo tanto, para coñecer os préstamos incluídos dentro do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia como para o resto das subvencións ligadas ao resto de programas, cómpre realizar estimacións baixo supostos que terán unha maior ou menor similitude coa distribución final co fin de poder avaliar as cantidades totais que recibirá cada país durante o próximo lustro. A metodoloxía empregada para a realización do dito exercicio está baseada na desenvolvida por Darvas¹³.

En relación cos préstamos, no apartado segundo indicábase que a cantidade máxima que podería obter cada país sería o 6,8% da súa Renda Nacional Bruta en prezos de 2018. Se se usa a Renda Nacional Bruta estimada pola Comisión Europea para o ano 2020 a prezos de 2018, utilizando o deflactor de prezos do PIB, a cantidade total de préstamos que poderían solicitar os Estados membros supera de xeito notable a cantidade máxima acordada para tal fin dentro do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, que é de 360.000 millóns de euros. Isto podería deberse a que a Comisión non espera que todos os países fagan uso por completo das cantidades postas á súa disposición baixo esta modalidade. Tal como se indicou anteriormente, os empréstitos supoñen un complemento ás transferencias non reembolsables para financiar os plans de recuperación e resiliencia; ademais, debe ser tido en conta que o custo do endebedamento da Unión Europea podería superar o dalgúns países, polo que é plausible pensar que non todos os Estados farán uso desta ferramenta, realizando, de ser necesario, operacións de crédito pola súa conta.

De acordo con Darvas¹⁴, España sería un dos países que teñen un diferencial positivo entre o custo do seu financiamento e o da Unión Europea. A evidencia histórica sitúa o custo da emisión de débeda por parte da Unión Europea en preto de 50 puntos básicos inferior ao da emisión do Tesouro de España¹⁵. Polo tanto, non é descartable que España solicite parte ou a totalidade dos recursos a que ten acceso en forma de préstamos, que roldarían os 76.000 millóns de euros. No plan orzamentario para o exercicio 2021 faise referencia a que os préstamos serían usados en todo caso como complemento máis alá de 2023 para financiar os proxectos postos en marcha.

O criterio de asignación do REACT-EU foi descrito pola Comisión Europea¹⁶, sendo un sistema complexo debido aos múltiples indicadores tidos en conta para a súa distribución, así como os seus límites tanto inferiores como superiores para tratar de favorecer os Estados máis castigados pola crise causada pola pandemia:

- A caída do PIB entre o primeiro semestre de 2019 e o período de referencia¹⁷ terá un peso do 66,7%, axustado pola porcentaxe de Renda Nacional Bruta de cada país con relación á media da UE-27.
- O 22,2% distribúese en función do desemprego. Máis especificamente, o 16,7% en función da proporción sobre o total de desempregados do Estado membro en xaneiro de 2020, e o 5,6% restante en función do incremento do nivel de desemprego entre xaneiro de 2020 e o período de referencia¹⁸.
- O 11% restante é asignado en función do desemprego xuvenil, que se expresa en $\frac{3}{4}$ partes en función da media do total de persoas novas desempregadas en xaneiro de 2020 con respecto ao total de todos os Estados membros, e en $\frac{1}{4}$ parte en función do incremento do número de mozos desempregados entre xaneiro de 2020 e o período de referencia, o cal é o mesmo que no caso do factor de desemprego.

En caso de que algún país tivese un crecemento positivo do seu nivel de PIB entre o primeiro semestre de 2019 e o período de referencia, será excluído do cálculo da repartición do fondo en función da caída do produto. O mesmo sucedería tanto para o factor de desemprego como para o do desemprego xuvenil se se rexistran descensos nos dous indicadores, no relativo á parte correspondente ao aumento do desemprego global e xuvenil.

Os límites impostos serán os seguintes:

- Países cun nivel de Renda Nacional Bruta por enriba do 109% da media da UE-27 entre 2015 e 2017, o 0,07% do PIB real de 2019.
- Países cun nivel de Renda Nacional Bruta por debaixo do 90% da media da UE-27 entre 2015 e 2017, o 2,6% do PIB real de 2019.
- Países cuxa Renda Nacional Bruta se sitúa entre as dúas bandas indicadas nos puntos anteriores para o período 2015-2017, realízase unha interpolación lineal entre o 0,07% e o 2,60% do seu PIB real de 2019.

As cantidades excedentarias unha vez aplicados os citados límites distribuiranse de xeito proporcional a todos os Estados membros cuxa Renda Nacional Bruta fose inferior á media da UE-27 entre 2015 e 2017. Asumiuse que a distribución proporcional

se realizará segundo a proporción dos fondos obtidos atendendo aos criterios primeiramente definidos.

Con carácter previo á distribución segundo os valores de 2020 asignaráselles 30 € por habitante ás rexións ultraperiféricas da NUTS nivel 2, e soamente se repartirá a cantidade restante de acordo cos criterios antes mencionados. Para os anos 2021 e 2022 non existe proposta de asignación de fondos para estas rexións. A Illas Canarias recibirían, polo tanto, 66 millóns de euros.

Así mesmo, é necesario ter en conta a repartición anual dos fondos. A Comisión¹⁹ estimou o calendario de pagamentos global tanto para o REACT-EU como para os recursos adicionais integrados dentro do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional e o Fondo Social Europeo, os cales teñen obxectivos similares. Asumindo ese calendario, o 8,6 % dos fondos asignaríanse en 2020, o 72,8 % en 2021 e o 18,6 % restante en 2022.

España recibiría a través deste instrumento máis de 13.000 millóns de euros, o 27,7 % do total. O recurso PIB supón a maior achega a esta cantidade, co 41,8 % do total; así mesmo, a repartición entre países con niveis de renda per cápita por debaixo da media da UE-27 ten un peso do 33,87 %.

Con respecto ao reforzamento ao Fondo Europeo Agrícola para o Desenvolvemento Rural (FEADER), o anexo do documento publicado pola Comisión de propostas lexislativas sobre a política agrícola común (PAC)²⁰ inclúe unha estimación da distribución dos fondos totais. Deste xeito, a partir desta información é posible asumir como se distribuirían os recursos adicionais incluídos dentro do programa NGEU. España recibiría 670 millóns de euros para o reforzo do desenvolvemento rural.

Os criterios para a repartición do Fondo de Transición Xusta tamén foron publicados pola Comisión²¹. A proporción correspondente a cada Estado membro calcularase como a suma ponderada do peso que ten sobre o total da media comunitaria para os seguintes factores:

- As emisións de gases de efecto invernadoiro nas instalacións industriais nas rexións de nivel 2 da NUTS. O seu peso é do 49 %.
- Contará un 25 % a ocupación na minaría de carbón e lignito.
- O nivel de emprego nas industrias referidas no primeiro punto terá un peso do 25 %.
- A produción de turba e de petróleo de xisto estarán ponderados polo 0,95 % e o 0,05 %, respectivamente.

Establécese un límite á cantidade que pode recibir cada país de 8.000 millóns de euros. Os recursos sobrantos distribúense de xeito proporcional realizando un axuste segundo a media da Renda Nacional Bruta de cada Estado con respecto á media da UE-27. Tamén se inclúe un límite inferior de 32 euros por habitante²². A España corresponderíanlle 450 millóns de euros.

O fondo InvestEU supón unha actualización da proposta presentada en 2018²³. Consiste nunha garantía orzamentaria da Unión Europea para facilitar as políticas de investimento en sectores estratéxicos tales como as infraestruturas sustentables, o apoio da investigación, innovación e dixitalización, facilitar financiamento a pequenas

e medianas empresas, ou o reforzo do investimento social, nun contexto de crise provocada pola COVID-19; é dicir, a pesar de non fixar cotas xeográficas, pódese intuír que os fondos poderían ter como destino aqueles Estados membros máis prexudicados pola pandemia e cunha menor capacidade de mobilización de recursos²⁴. Deste modo, óptase por empregar unha fórmula similar á usada por Darvas²⁵:

- Obtense a caída media do PIB entre o primeiro semestre de 2020 e de 2021 con respecto ao do primeiro semestre de 2019, igual que no caso do fondo REACT-EU.
- De acordo coas estimacións da Comisión Europea, realízase a media do endebedamento público sobre o PIB para os anos 2020 e 2021 con relación á media da UE-27.
- Faise a media dos dous resultados e transfórmase en base 100.

De acordo coa metodoloxía aplicada, España recibiría 350 millóns de euros, o que supón o 6,2% do total de recursos. Como era de esperar, países cun nivel de endebedamento elevado como Grecia ou Portugal recibirán moitos máis fondos, para compensar a súa falta de capacidade fiscal para mobilizar investimentos orientados aos plans estratéxicos fixados na proposta da Comisión Europea.

Para o cálculo da asignación do Fondo Horizonte Europa tampouco existen cotas de distribución, polo que se decidiu usar a porcentaxe de recursos que os Estados membros obtiveron a través do programa predecesor, Horizonte 2020, con obxectivos similares á hora de financiar proxectos de investigación e innovación. Por este motivo, tomáronse as porcentaxes da contribución neta da Unión Europea²⁶ deste último para cada Estado membro sobre o total recibido polo conxunto de Estados membros^{27, 28}.

É plausible pensar que os países que foron capaces de xerar máis proxectos de investigación financiados pola Unión Europea sexan os mesmos que dentro do marco NGEU captan máis transferencias con este obxectivo. Así, as estimacións establecen que, despois de Alemaña e Francia, España sería o país que máis fondos procedentes de Horizonte Europa obtería, co 11,6% do total, é dicir, 580 millóns de euros.

Finalmente, o Fondo RescEU tampouco fixa criterios de distribución, xa que ten o obxectivo de transferir recursos para facer fronte a desastres naturais, dotando de maior capacidade a resposta común europea de protección civil. Por esta razón, igual que Darvas²⁹, úsase como criterio de repartición o peso da Renda Nacional Bruta de cada Estado membro sobre o total da Unión Europea³⁰.

España ten un peso do 8,75% na Renda Nacional Bruta comunitaria, polo que, dos 1.900 millóns de euros de que está dotado o Fondo RescEU, recibiría 166 millóns de euros.

A distribución final de recursos aparece reflectida na táboa seguinte. España podería chegar a obter 150.000 millóns de euros procedentes do total de fondos que conforman o NGEU, unha cifra similar á estimada por outras institucións públicas, aínda que a cifra máis probable é a que se achegue aos 74.200 millóns de euros, que é a cantidade considerada de axuda en forma de transferencias que recibiría.

Táboa 5. Distribución final dos fondos *Next Generation EU*, millóns de euros

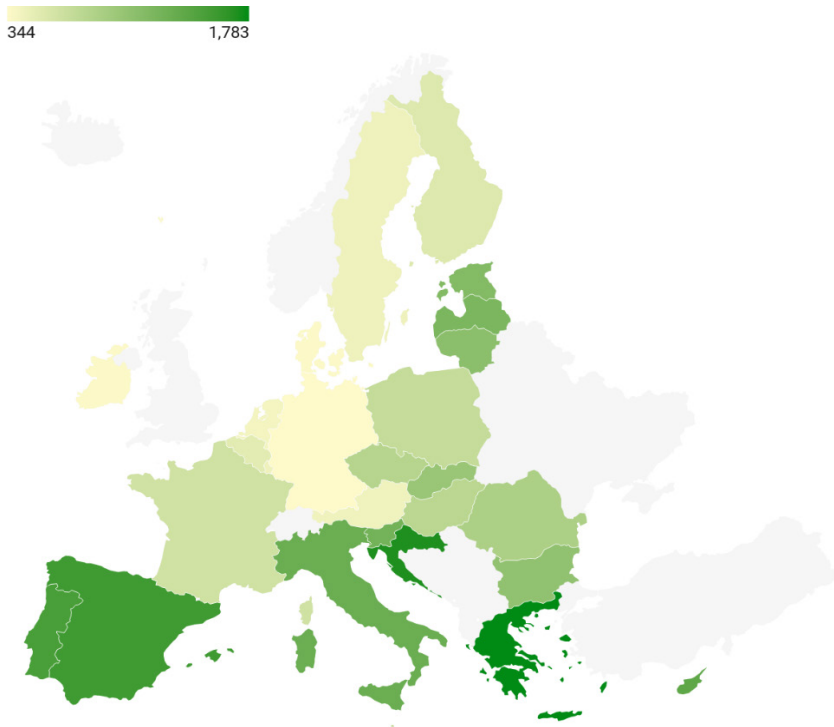
| País | Préstamos e garantías | Transferencias | Total |
|-----------------|-----------------------|----------------|------------|
| Bélxica | 30.095,36 | 6.000,54 | 36.095,89 |
| Bulgaria | 3.746,38 | 7.488,56 | 11.234,93 |
| República Checa | 13.039,10 | 8.785,04 | 21.824,15 |
| Dinamarca | 20.367,89 | 2.080,61 | 22.448,50 |
| Alemaña | 218.870,32 | 28.524,90 | 247.395,22 |
| Estonia | 1.743,20 | 1.542,06 | 3.285,26 |
| Irlanda | 16.344,79 | 1.763,01 | 18.107,80 |
| Grecia | 12.146,04 | 19.118,13 | 31.264,18 |
| España | 76.456,33 | 74.194,61 | 150.650,93 |
| Francia | 152.128,22 | 43.973,65 | 196.101,87 |
| Croacia | 3.476,20 | 7.009,49 | 10.485,69 |
| Italia | 110.116,41 | 80.224,60 | 190.341,01 |
| Chipre | 1.612,97 | 1.230,09 | 2.843,06 |
| Letonia | 1.995,73 | 2.341,94 | 4.337,66 |
| Lituania | 2.963,25 | 3.101,28 | 6.064,53 |
| Luxemburgo | 2.867,99 | 274,81 | 3.142,80 |
| Hungría | 8.826,04 | 7.804,57 | 16.630,60 |
| Malta | 946,04 | 390,30 | 1.336,34 |
| Países Baixos | 49.859,34 | 7.117,42 | 56.976,76 |
| Austria | 25.299,71 | 3.898,22 | 29.197,92 |
| Polonia | 32.207,56 | 27.731,05 | 59.938,61 |
| Portugal | 13.261,37 | 15.751,89 | 29.013,27 |
| Romanía | 13.607,48 | 17.357,12 | 30.964,60 |
| Eslovenia | 3.140,84 | 2.119,70 | 5.260,54 |
| Eslovaquia | 5.863,38 | 6.924,84 | 12.788,22 |
| Finlandia | 15.172,96 | 3.114,32 | 18.287,28 |
| Suecia | 31.253,75 | 4.536,61 | 35.790,36 |
| Total | 365.600,00 | 384.400,00 | 750.000,00 |

Fonte: elaboración propia a partir da Comisión Europea e Darvas (2020).

Para poder facer unha comparativa con respecto ao resto de países, nestes momentos só é posible ter en conta as transferencias, posto que supoñen uns recursos para

os cales existe unha maior certeza. Deste xeito, España sería un dos países máis beneficiados, ao recibir 1.580 euros por habitante. Pode comprobarse que, de acordo coas estimacións realizadas, serán os países do sur os que máis axudas non reembolsables recibirán, como Italia, Grecia, Portugal ou Chipre. É dicir, os fondos NGEU parece que poden cumprir a súa función á hora de facer fronte aos custos causados pola crise da COVID-19, ao mesmo tempo que reforza aqueles Estados membros con estruturas económicas máis débiles.

Figura 2. Transferencias *Next Generation EU* por habitante (€/hab.)



Fonte: elaboración propia a partir da Comisión Europea e Darvas (2020).

A parte máis importante de recursos que recibiría España sería a correspondente ao Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, aínda que tamén ten certa importancia relativa a cantidade procedente do REACT-EU. Así mesmo, destacaría o Fondo Horizonte 2020, sempre e cando se manteñan os niveis de investigación de anos precedentes.

Táboa 6. Estimación dos recursos asignados a España por tipo de fondo *Next Generation EU*

| Fondo | Cantidade (millóns de €) |
|--|--------------------------|
| Mecanismo de Recuperación e Resiliencia - Transferencias | 59.168,00 |
| Mecanismo de Recuperación e Resiliencia - Préstamos | 76.107,21 |
| REACT-EU | 13.160,10 |
| FEADER | 668,62 |
| Transición Xusta | 451,67 |
| InvestEU | 349,11 |
| Horizonte 2020 | 579,93 |
| RescEU | 166,28 |

Fonte: elaboración propia a partir da Comisión Europea e Darvas (2020).

5 OPORTUNIDADES, RETOS E POSIBLE IMPACTO ECONÓMICO

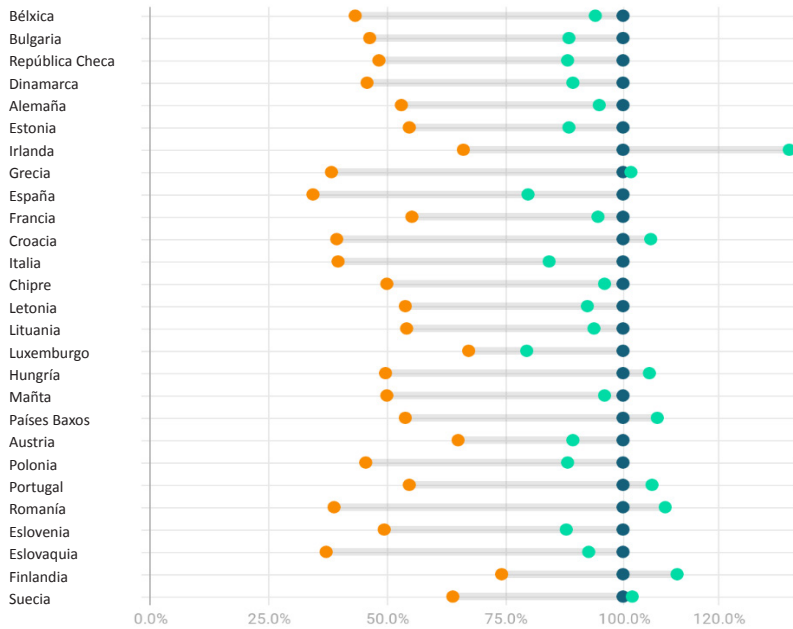
O impacto económico que poderían ter os fondos NGEU en España dependen de varios factores. Primeiro, a discusión, e aprobación e desbloqueo final dos fondos no seo das institucións europeas poderían facer atrasar a súa chegada. Segundo, as cantidades finalmente recibidas representan un papel relevante, e estas están supeditadas á capacidade de absorción por parte das institucións españolas dos recursos procedentes da Unión Europea. Terceiro, do multiplicador do gasto público, é dicir, canto valor é capaz de xerar cada euro investido. Cuarto e último, os efectos multiplicadores no tempo, que serán maiores se os investimentos veñen acompañadas de reformas estruturais que axuden a aumentar o PIB potencial.

Aínda que os fondos NGEU suscitaron certo entusiasmo no seo das institucións europeas e dos Estados membros, algúns condicionantes de tipo non económico provocaron que a súa aprobación final se vise comprometida. Máis concretamente, nas Conclusións emitidas polo Consello Europeo³¹ destacábase a importancia de respectar o Estado de dereito. Nas negociacións posteriores entre o Consello, a Comisión e o Parlamento Europeo para definir o marco e as bases xurídicas que regularán os distintos programas do NGEU estableceuse a necesidade de protexer e reforzar os intereses financeiros e orzamentarios da Unión Europea ante incumprimentos dos principios do Estado de dereito, tales como a liberdade de prensa, a democracia, os dereitos humanos ou a independencia da xustiza. Este acordo implica a posibilidade de bloquear as transferencias aos Estados membros incumplidores da condicionalidade do Estado de dereito a través dunha maioría cualificada por parte do Consello³².

O Coreper II aceptou por maioría cualificada a citada condicionalidade; non obstante, tamén se someteron a votación os instrumentos de recuperación e o Marco Financeiro Plurianual 2021-2027, para os que era necesaria a unanimidade dos Representantes Permanentes dos 27 Estados membros, sendo rexeitados ambos os dous debido ao veto de Hungría e Polonia. O artigo 7 do TFUE é de aplicación xustamente nestes dous países como forma de garantir que se respectan os valores comunitarios e o Estado de dereito. Esta situación podería atrasar a chegada das transferencias a España e acabar afectando ao impacto final que puidesen ter, sobre todo a curto prazo, xa que serán necesarias novas negociacións para lograr, ou ben a aprobación final por parte de todos os países, ou ben a busca de novas fórmulas que permitan o seu desbloqueo.

Os fondos procedentes da Unión Europea, como indica Hidalgo³³, supoñen tanto unha oportunidade como un reto. Unha oportunidade debido a que, sumados os recursos procedentes do Marco Financeiro Plurianual 2021-2027, España podería recibir nesta década un 2,2% do seu PIB de forma anual e, se se ten en conta a necesidade de comprometer o 70% do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia antes de finalizar 2022, é esperable que esta porcentaxe se sitúe por enriba do 3% do PIB durante algúns exercicios. Se se relativizan estes datos, a formación bruta de capital fixo do conxunto de administracións públicas situouse nos últimos anos no 2,1% do PIB. Un reto debido a que durante o Marco Financeiro Plurianual 2014-2020 España non foi capaz de xestionar con eficacia 56.000 millóns de euros, tanto para a selección de fondos como para a certificación do gasto executado, é dicir, entre tres e catro veces menos que os recursos que chegarán durante a próxima década.

Gráfico 5. Grao de asignación (en verde) e execución (en laranxa) dos fondos de investimento e estruturais europeos 2014-2020, % sobre planeado (en azul)



Fonte: elaboración propia a partir da Comisión Europea.

Nota: Os datos están actualizados o 30 de xuño de 2020, salvo para o Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural e para o Fondo Europeo Marítimo e de Pesca, para os cales as cifras están actualizadas ata o 31 de decembro de 2019.

A terceira cuestión relevante é a relativa ao posible multiplicador fiscal que podería producir a inxección destes recursos, tendo en conta a actual conxuntura económica. Hernández e Moral-Benito³⁴ calcularon o multiplicador fiscal para España entre 1986 e 2012 para distintos tipos de gasto e distintas situacións (crise económica, contas públicas débiles e crises bancarias). En momentos de recesión, os multiplicadores fiscais son sistematicamente maiores que en momentos de expansión, ademais de que se sitúan por enriba de 1. No modelo central, no cal analizan os períodos de crise (combinando situacións recesivas, de estrés bancario e un estado das contas públicas deficitario) con respecto aos de non crise, os autores atopan que o multiplicador do gasto público se situaría en 1,4, sendo maior a medio e longo prazo para o investimento público (transcorridos dous anos podería situarse por enriba de 4). Datos similares foron atopados por Castro e Hernández³⁵ entre os anos 1980 e 2004, cun multiplicador do gasto público do 1,3, aínda que a partir do cuarto ano se situaría por debaixo de 1.

Finalmente, e tal como se mencionou en apartados anteriores, é un requisito que os plans de recuperación e resiliencia teñan en conta as recomendacións incluídas dentro

do Semestre Europeo. A aplicación de reformas estruturais podería axudar a aumentar a intensidade do impacto positivo no tempo dos investimentos canalizados a través dos fondos NGEU.

A conveniencia da aplicación de reformas estruturais no contexto español foi analizada por Doménech e González Páramo³⁶. Os autores sinalan que aplicar reformas no mercado laboral que reduzan a dualidade e a temporalidade, ademais de mellorar as políticas activas de emprego, de xeito que a taxa de desemprego estrutural pase do 15,5% ao 7,5%, podería levar consigo un notable aumento do PIB potencial e unha redución do endebedamento público cara a niveis sustentables (a longo prazo, o PIB per cápita podería aumentar máis dun 30%, o endebedamento podería caer por debaixo do 40% do PIB, o gasto público per cápita incrementaríase en máis dun 20% e a carga fiscal veríase minorada arredor dun 10%). Varga *et al.*³⁷ tamén atoparon efectos positivos sobre o PIB per cápita derivados da aplicación de reformas estruturais no mercado de produtos, mercado laboral e no sistema educativo, cos cales podería pechase a brecha no ingreso per cápita con respecto á media dos tres mellores países da eurozona³⁸.

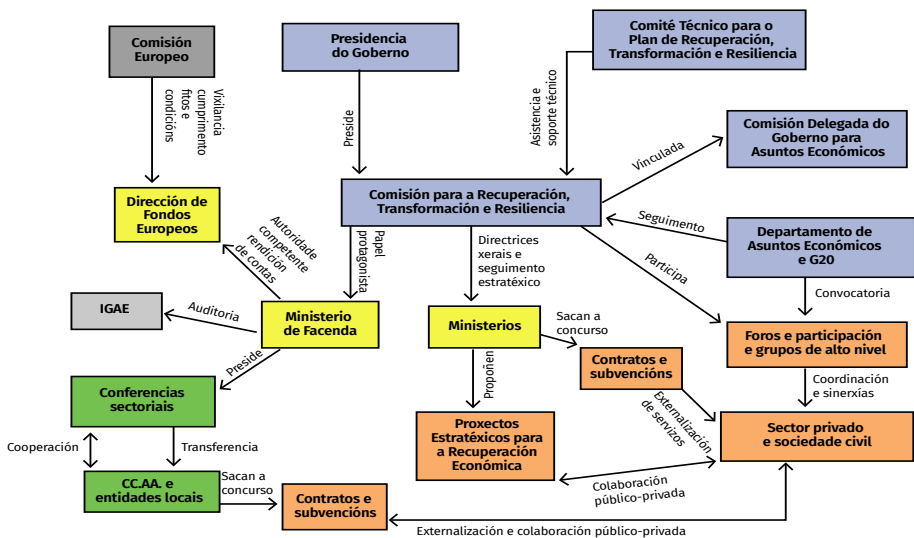
Actualmente, os proxectos destinatarios dos fondos NGEU non foron aprobados, o que dificulta as estimacións do seu posible impacto económico e social durante os próximos anos. A comezos do mes de outubro foi presentado o plan de recuperación, transformación e resiliencia³⁹ no cal se establecen as liñas e obxectivos principais de actuación que orientarán o investimento e recuperación dentro do marco NGEU. Esta folla de ruta está inspirada na Axenda 2030, nos Obxectivos de Desenvolvemento Sustentable da ONU e na Axenda do Cambio.

Co obxectivo de mellorar os procesos de xestión e absorción dos fondos, no plan de recuperación, transformación e resiliencia, artículase o modelo de gobernanza empregado para a “selección, seguimento, avaliación e coordinación” dos proxectos candidatos para a recepción de recursos. A autoridade principal residirá nunha Comisión creada *ad hoc*, presidida polo presidente do Goberno e integrada polos ministros das áreas de maior vinculación coa execución dos instrumentos NGEU. A Comisión manterá contacto coa Comisión Delegada do Goberno para Asuntos Económicos co fin de garantir coherencia entre a política económica e as propostas desenvolvidas. Tamén se constituirá unha Unidade de Seguimento para realizar unha avaliación continua do plan. Para a coordinación interterritorial, reactivarase a Conferencia Sectorial de Fondos Europeos, ao mesmo tempo que nas conferencias de presidentes autonómicos que se celebren nos próximos anos se avaliarán os instrumentos e a implementación dos proxectos. As entidades locais terán un papel relevante nos mecanismos de cogobernanza. Con respecto á sociedade civil, estímase que se mobilicen ata 500.000 millóns de euros de recursos procedentes do sector privado, polo que está prevista a organización de foros e consellos consultivos cos *stakeholders* dos sectores principalmente implicados. Finalmente, será o Ministerio de Facenda, a través da Dirección Xeral de Fondos Europeos, a autoridade responsable ante as institucións europeas para a rendición de contas e a realización dos

controis preceptivos para asegurar a correcta asignación de recursos en coherencia co indicado en apartados anteriores.

Aínda non están definidos de maneira oficial os órganos e as competencias concretas encargadas da gobernanza dos fondos NGEU máis alá do exposto no plan descrito no parágrafo anterior. Non obstante, na figura seguinte móstrase a probable estrutura organizativa de goberno que controlará os investimentos en España a partir da información feita oficial ata o momento e o borrador do real decreto que regulará o funcionamento dos citados mecanismos⁴⁰.

Figura 3. Gobernanza dos fondos Next Generation EU



Fonte: elaboración propia.

Establécense catro grandes eixes transversais que suporán a vertebración das 10 políticas e reformas estruturais pancas que se levarán a cabo durante os próximos anos: a transición ecolóxica, a transformación dixital, a igualdade de xénero e a cohesión social e territorial. Os recursos destinados á mellora do sistema educativo, cuxos obxectivos serán a mellora das capacidades dixitais da poboación, o impulso da Formación Profesional e da educación de 0 a 3 anos, e a flexibilización dos programas docentes, recibirían a maior parte dos recursos. As políticas industriais terán a segunda maior dotación de financiamento, e centraranse en catro sectores estratéxicos (saúde, automoción, turismo e comercio), xirando arredor da dixitalización, innovación, conectividade e axuda á internalización das pequenas e medianas empresas. Incrementar a eficiencia do Sistema Nacional de Saúde, así como a retención e atracción de talento, incentivar a renovación

do parque de vehículos para reducir o impacto ambiental, promover a rehabilitación de vivendas e a rexeneración urbana instalando sistemas enerxéticos menos custosos e contaminantes será outros dos polos de atracción dos fondos europeos.

En canto ás reformas estruturais, as principais estarán orientadas cara ao sistema educativo e o mercado laboral. En relación coa segunda, faise especial fincapé nas recomendacións incluídas dentro do ciclo do Semestre Europeo; en concreto, tratarase de introducir mecanismos de flexibilidade de xeito permanente para facer fronte a procesos de axuste ante *shocks*, e simplificaranse as modalidades de contratación, transformaranse os servizos públicos de emprego de modo que haxa unha maior concordancia entre a oferta e demanda de traballo, e impulsaranse as políticas de inserción laboral, as cales estarán articuladas arredor do ingreso mínimo vital que se acaba de crear. As políticas de cohesión son transversais, polo que os investimentos realizados en cada un dos 10 eixes de actuación prevén actuacións concretas para o peche da brecha de desenvolvemento económico entre diferentes territorios. Con relación ás administracións públicas, dixitalízase a Administración, prestando especial interese á Administración de xustiza, promoverase a rehabilitación enerxética do patrimonio público, e reducirase a temporalidade e a precariedade dos empregados públicos. Finalmente, menciona a necesidade de transformar o sistema fiscal para asegurar a sustentabilidade das contas públicas, pero non espera unha actuación a curto e medio prazo máis alá da creación dunha comisión de expertos; mentres, as medidas de carácter impositivo centranse en reducir a fraude fiscal, a creación do imposto sobre determinados servizos dixitais e do imposto sobre transaccións financeiras, e a remodelación da imposición ambiental; polo lado do gasto, inclúese a mellora da eficiencia do gasto público en consonancia coas recomendacións e avaliacións de gasto realizadas pola Autoridade Independente de Responsabilidade Fiscal. Asegurarase a sustentabilidade do sistema de pensións dentro do marco do Pacto de Toledo, pero fórmulanse incentivos ao atraso da idade de xubilación, á complementariedade do sistema cunha revisión do sistema de previsión social no ámbito da empresa, e a integración e converxencia dos distintos réximes de pensións.

Táboa 7. Asignación de fondos por políticas panca nos próximos tres anos

| Proposta | Fondos asignados (% total)* |
|--|-----------------------------|
| Axenda urbana e rural, loita contra a despoboación e desenvolvemento da agricultura | 16,0 |
| Infraestruturas e ecosistemas resilientes | 12,2 |
| Transición enerxética xusta e inclusiva | 8,9 |
| Unha Administración para o século XXI | 5,0 |
| Modernización e dixitalización do tecido industrial e da peme, recuperación do turismo e impulso a unha España nación emprendedora | 17,1 |
| Pacto pola ciencia e a innovación. Reforzo ás capacidades do Sistema Nacional de Saúde | 16,5 |
| Educación e coñecemento, formación continua e desenvolvemento de capacidades | 17,6 |
| Nova economía dos coidados e políticas de emprego | 5,7 |
| Impulso da industria, da cultura e do deporte | 1,1 |
| Modernización do sistema fiscal para un crecemento inclusivo e sustentable | - |

Fonte: Presidencia do Goberno.

* As porcentaxes están calculadas sobre os fondos do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia e os do REACT-EU.

Segundo se establece no plan orzamentario do ano 2021, está previsto que se desembolsen 27.436 millóns de euros, 25.000 millóns procedentes do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia (en forma de transferencias), mentres que os 2.436 millóns restantes se corresponden con fondos do REACT-EU, os cales se destinarán á adquisición de vacinas, ao reforzamento da atención primaria e á renovación de tecnoloxías sanitarias que serán executadas polas comunidades autónomas. A contía restante do instrumento REACT-EU tamén está programada para 2021, sendo os gobernos rexionais os encargados da súa execución en programas operativos dentro do ámbito do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional e do Fondo Social Europeo.

Algunhas institucións estimaron o posible impacto económico dos fondos NGEU en España. De acordo co Informe de situación da economía española, o PIB inercial crecería nun 7,2%, mentres que no escenario de aplicación das medidas descritas anteriormente o crecemento se elevaría ata o 9,8%, é dicir, un impacto de 2,7 puntos porcentuais, o que supón, segundo a AIReF⁴¹, un multiplicador fiscal de 1,2 puntos, aínda que nalgúns proxectos dixitais e de investimento en I+D podería ser de ao redor de 2. En 2023 o PIB sería 6 puntos porcentuais maior grazas á aplicación do plan de recuperación e resiliencia, e crearíanse 880.000 postos de traballo. Os efectos a longo prazo poderían situar o crecemento potencial por enriba do 2%, é dicir, entre 4 e 5 décimas máis que na situación inercial.

Para reflectir o grao de incerteza existente sobre o impacto económico, o Banco de España⁴² estimou catro escenarios diferentes segundo as principais incógnitas relacionadas cos fondos europeos:

- A contía que se executará, a cal, para os efectos da simulación de diferentes escenarios, normalizou no 0,9 % do PIB.
- O calendario de realización de proxectos. Consideran dúas situacións alternativas: (1) execución temperá, onde o 70 % dos recursos se asignará e executará entre 2021 e 2022; (2) execución tardía, de acordo co cal o calendario de pagamentos variaría para cada exercicio, sendo do 6 % para 2021 e 2026, do 18 % para 2022 e 2025, e un 26 % para 2023 e 2024.
- A repartición entre transferencias e préstamos, na cal se estima tanto un escenario en que a totalidade da cantidade normalizada ten forma de transferencias e outro en que a dita contía son exclusivamente empréstitos. Estes últimos, por requirir un esforzo á hora de realizar a devolución, asúmese que terán un menor impacto positivo que as primeiras ao computarse como déficit para os efectos do exercicio de simulación.
- O tipo de proxectos que recibirán os fondos. De acordo co indicado anteriormente na literatura, o impacto do investimento público sería maior pero máis tardío que o efecto multiplicador doutras partidas como o consumo público ou as transferencias aos fogares. Preséntanse dous escenarios, un en que a totalidade de recursos se destinan a investimento público e outro en que estes teñen como destino gasto corrente.

Baixo os supostos máis optimistas, é dicir, cunha execución temperá en forma de transferencias e de investimento público de xeito exclusivo, o efecto macroeconómico sería dun incremento do PIB de arredor de 0,2-0,35 puntos porcentuais para os anos 2021 e 2022, é dicir, o multiplicador situaríase entre o 1,2 e o 1,4. Noutros escenarios máis pesimistas, o multiplicador sería lixeiramente superior a 1 a curto prazo, mentres que o diferencial entre destinar os recursos a investimento público ou canalizalos a través de gasto corrente sería de entre 0,1 e 0,2 puntos porcentuais do PIB a favor da primeira situación.

O crecemento anual do PIB dependerá tamén en boa medida da aprobación de reformas estruturais. As proxeccións realizadas polo *Spanish and International Economic & Financial Outlook* (SEFO)⁴³ sinalan que os fondos NGEU poderían xerar un crecemento anual do 4,5 % entre 2021 e 2023, e do 1,6 % entre 2024-2027; e, de aplicarse reformas que conduzan ao peche da brecha na produtividade e a redución do desemprego e a precariedade laboral, o crecemento elevaríase a curto prazo ao 4,9 % e a medio prazo ao 1,9 %.

A propia Comisión Europea⁴⁴ estimou no informe sobre España 2020 para a avaliación dos avances nas recomendacións sobre reformas estruturais e a prevención e a corrección de desequilibrios macroeconómicos o efecto que podería ter un paquete de investimento público de 130.000 millóns de euros ao longo de 10 anos, é dicir, un aumento do investimento do 1 % do PIB anual. O dito investimento estaría orientado cara aos campos relacionados coa condicionalidade que require o Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, isto é, potenciar o crecemento e a produtividade en investigación e

innovación e a promoción da transición ecolóxica. As estimacións recollidas na táboa seguinte resaltan un efecto multiplicador na liña dos estudos citados previamente, e aceleraríase cara ao final do período como consecuencia do incremento do PIB potencial.

Táboa 8. Efectos indirectos dun programa de investimento público en España en 10 anos

| Indicador | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 | 2024 | 2025 | 2026 | 2027 | 2028 | 2029 |
|---------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| PIB real | 0,21 | 0,11 | 0,17 | 0,29 | 0,42 | 0,54 | 0,65 | 0,76 | 0,85 | 0,95 |
| Produción por hora | -0,01 | 0,07 | 0,19 | 0,31 | 0,42 | 0,53 | 0,64 | 0,74 | 0,85 | 1,00 |
| Saldo comercial/PIB | 0,08 | 0,17 | 0,32 | 0,45 | 0,53 | 0,56 | 0,56 | 0,54 | 0,51 | 0,46 |
| Débeda pública/PIB | -0,67 | -0,52 | -0,62 | -0,75 | -0,94 | -1,18 | -1,46 | -1,77 | -2,12 | -2,53 |

Fonte: Comisión Europea.

Nota: Os efectos indirectos calcúlanse como a cifra de variación porcentual en niveis en comparación cunha situación en que non se realizase o programa de investimento público.

6 CONCLUSIÓNS

Ata o estalido da pandemia, España acumulaba máis de cinco anos nunha fase alcista do ciclo económico; non obstante, o coronavirus cambiou por completo a situación económica nacional e internacional. As medidas sociosanitarias conducentes a reducir a taxa de contaxio e “aplanar a curva” explican a perda de PIB acumulada durante os dous primeiros trimestres do ano, a cal supera o 10%, mentres que os índices sintéticos de actividade e consumo se reduciron en máis dun 20%, recuperándose timidamente ata o mes de xuño.

Para facer fronte ao *shock* negativo na Unión Europea, o pasado mes de maio a Comisión Europea, a petición dos Estados membros propuxo o denominado programa *Next Generation EU*, que suporá a mobilización de ata 750.000 millóns de euros para facer fronte á crise económica causada pola COVID-19 e promover as transformacións que xa estaban empezando a producirse nos últimos anos: a transición ecolóxica e dixital. O obxectivo é crear unha economía moito máis resiliente ao mesmo tempo que se fomenta a cohesión e a converxencia rexional dentro da Unión Europea.

Neste traballo estimáronse as cantidades que percibiría cada Estado membro por cada un dos fondos integrantes do NGEU, sendo España un dos países máis beneficiados destas axudas, ao poder recibir entre transferencias e préstamos preto de 150.000 millóns de euros. Isto supón poder dobrar o investimento público actual durante a próxima década. Se só se teñen en conta os fondos non reembolsables, calculouse que o posible efecto macroeconómico indirecto podería oscilar entre 1,2 e 2,4 puntos de PIB. Segundo as previsións do Goberno de España, a maior parte dos fondos serán asignados durante os tres primeiros anos de vixencia, é dicir, ata 2023, xerando 880.000 postos de

traballo e 6 puntos de PIB. A longo prazo, o produto potencial podería incrementarse entre 4 e 5 décimas.

Non obstante, foron identificados certos retos e incertezas que deben ser tidos en conta á hora de avaliar a incidencia positiva dos fondos procedentes de Europa. Primeiro, a condicionalidade relativa ao Estado de dereito pode provocar atrasos e, mesmo, modificacións substanciais na forma que finalmente adoptarán os fondos NGEU. Segundo, será crucial mellorar a capacidade de absorción e execución, tendo un papel relevante a gobernanza e coordinación de todos os sectores implicados, debido a que os recursos que se recibirán nos próximos anos poderían multiplicar por tres ou catro os obtidos en anteriores marcos plurianuais de financiamento. Terceiro, o multiplicador fiscal será diferente segundo o tipo de gasto que se realice, polo que será importante a distribución entre os diferentes proxectos candidatos. Cuarto, a intensidade do *shock* positivo no tempo e en cantidade dependerá así mesmo da aplicación de reformas estruturais en coherencia co Semestre Europeo co fin de aumentar o PIB potencial.

7 BIBLIOGRAFÍA

- AIReF. 2020. «Aval de las previsiones macroeconómicas del Proyecto del Plan Presupuestario 2021», en *Informe*, 2/20.
- Banco de España. 2020. «Informe trimestral de la economía española», *Boletín Económico*, 3/2020.
- De Castro, F. e Hernández, P. 2008. «The economic effects of fiscal policy: The case of Spain», en *Journal of Macroeconomics*, 30(3): 1005-1028. <https://doi.org/10.1016/j.jmacro.2007.08.009>.
- Comisión Europea. 2018a. «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing rules on support for strategic plans to be drawn up by Member States under the Common agricultural policy (CAP Strategic Plans) and financed by the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) and by the European Agricultural Fund for Rural development (EAFRD) and repealing Regulation (Eu) No 1305/2013 of the European Parliament and of the Council and Regulation (EU) no 1307/2013 of the European Parliament and of the Council». *COM(2018) 392 final*.
- Comisión Europea. 2018b. «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the InvestEU Programme». *COM(2018) 439 final*.
- Comisión Europea. 2018c. «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing Horizon Europe _ the Framework Programme for Research and innovation, laying down its rules for participation and dissemination». *COM(2018) 435 final*.
- Comisión Europea. 2019a. «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y a la corrección de los desequilibrios macroeconómicos». *SWD(2019) 1008 final*.

- Comisión Europea. 2019b. «Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España». *COM(2019) 509 final*.
- Comisión Europea. 2019c. «Proposal for a decision of the European Parliament and of the Council amending Decision No 1313/2013/EU of the European Parliament and of the Council on a Union Civil Protection Mechanism». *COM(2019) 125 final*.
- Comisión Europea. 2020a. «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility». *COM(2020) 408 final*.
- Comisión Europea. 2020b. «Commission Staff Working Document: Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans». *SWD(2020) 205 final*.
- Comisión Europea. 2020c. «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Informe sobre España 2020 que acompaña al documento comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo. Semestre Europeo 2020: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011». *SWD(2020) 508 final*.
- Comisión Europea. 2020d. «Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2020 de España». *COM(2020) 509 final*.
- Comisión Europea. 2020e. «Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la activación de la cláusula general de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y Crecimiento». *COM(2020) 123 final*.
- Comisión Europea. 2020f. «Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1303/2013 as regards exceptional additional resources and implementing arrangements under the Investment for growth and Jobs goal to provide assistance for fostering crisis repair in the context of the COVID-19 pandemic and preparing a Green, digital and resilient recovery of the economy (REACT-EU)». *COM(2020) 451 final*.
- Comisión Europea. 2020g. «Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Just Transition Fund». *COM(2020) 460 final*.
- Comisión Europea. 2020h. «Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing the InvestEU Programme». *COM(2020) 403 final*.
- Consejo Europeo. 2020. «Special meeting of the European Council (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) – Conclusions». *EUCO 10/20*.
- Consejo de la Unión Europea. 2019. «Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro». *5643/19*.
- Darvas, Z. 2020. «The EU's recovery fund proposals: crisis relief with massive redistribution», en *Bruegel Blog*. Disponible en: <https://www.bruegel.org/2020/06/the-eus-recovery-fund-proposals-crisis-relief-with-massive-redistribution/>.

- Delgado-Téllez, M., Kataryniuk, I., López-Vicente, F. e Pérez, J.J. 2020. «Endeudamiento supranacional y necesidades de financiación en la Unión Europea», en *Banco de España, Documentos Ocasionales*, 2021.
- Doménech, R. e González-Páramo, J.M. 2017. «Budgetary stability and structural reforms in Spain: lessons from the recession and options for the future», en *BBVA Research, Working Papers*, 17/11.
- Parlamento Europeo. 2020. «Rule of law conditionality: MEPs strike a deal with Council». Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20201104IPR90813/rule-of-law-conditionality-meps-strike-a-deal-with-council>.
- FUNCAS. 2020. «Spain's macro outlook: Rising COVID-19 cases dampen economic forecast», en *Economic & Financial Outlook*, 9(5).
- Gutiérrez, E. e Moral-Benito, E. 2020. «Medidas de contención, evolución del empleo y propagación del COVID-19 en los municipios españoles», en *Banco de España, Documentos Ocasionales*, 2022.
- Hernández, P. e Moral-Benito, E. 2016. «Fiscal multipliers in turbulent times: the case of Spain», en *Empirical Economics*, 50: 1589-1625. <https://doi.org/10.1007/s00181-015-0969-0>.
- Hidalgo, M. 2020. «Cinco propuestas para una mejor absorción de los Fondos Europeos», en *EsadeEcPol - Center for Economic Policy & Political Economy, Policy Brief #3*, octubre 2020. Disponible en: <https://www.esade.edu/itemsweb/research/Policy-brief-3-EsadeEcpol-fondos-europeos.pdf>.
- La Moncloa. 2020. «Sánchez: "Europa se ha enfrentado a un reto histórico y ha sabido responder con un acuerdo histórico"», en *La Moncloa*. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/21072020_consejoeuropa.aspx.
- Presidencia del Gobierno. 2020. «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia». Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf.
- Varga, J., Roeger, W. e Veld, J. 2014. «Growth effects of structural reforms in Southern Europe: the case of Greece, Italy, Spain and Portugal», en *Empirica*, 41: 323-363. <https://doi.org/10.2765/5500>.

Anexo I. Distribución de recursos *Next Generation EU*

Táboa 9. Distribución das transferencias do Mecanismo de Recuperación e Resiliencia, millóns de euros

| País | Asignación do 70 % (2021-2022) | Asignación do 30 % (2023) | Total |
|-----------------|-----------------------------------|---------------------------|---------|
| Bélxica | 3.402 | 1.746 | 5.148 |
| Bulgaria | 4.326 | 1.655 | 5.981 |
| República Checa | 3.301 | 3.444 | 6.745 |
| Dinamarca | 1.216 | 338 | 1.554 |
| Alemaña | 15.203 | 7.514 | 22.717 |
| Estonia | 709 | 308 | 1.017 |
| Irlanda | 853 | 420 | 1.273 |
| Grecia | 12.612 | 3.631 | 16.243 |
| España | 43.480 | 15.688 | 59.168 |
| Francia | 22.699 | 14.695 | 37.394 |
| Croacia | 4.322 | 1.628 | 5.950 |
| Italia | 44.724 | 20.732 | 65.456 |
| Chipre | 764 | 204 | 968 |
| Letonia | 1.531 | 342 | 1.873 |
| Lituania | 1.952 | 480 | 2.432 |
| Luxemburgo | 72 | 21 | 93 |
| Hungría | 4.330 | 1.927 | 6.257 |
| Malta | 160 | 44 | 204 |
| Países Baixos | 3.667 | 1.905 | 5.572 |
| Austria | 2.082 | 913 | 2.995 |
| Polonia | 18.917 | 4.143 | 23.060 |
| Portugal | 9.107 | 4.066 | 13.173 |
| Romanía | 9.529 | 4.271 | 13.800 |
| Eslovenia | 1.195 | 363 | 1.558 |
| Eslovaquia | 4.333 | 1.502 | 5.835 |
| Finlandia | 1.550 | 782 | 2.332 |
| Suecia | 2.716 | 985 | 3.701 |
| Total | 218.750 | 93.750 | 312.500 |

Fonte: Comisión Europea.

Táboa 10. Cantidade máxima dispoñible en forma de préstamos para cada país, estimación da repartición de REACT-EU, estimación da distribución dos recursos adicionais FEADER, estimación da distribución do Fondo de Transición Xusta, estimación da distribución do Fondo InvestEU, estimación da distribución do Fondo Horizonte Europa, estimación da distribución do RescEU, en millóns de euros

| Países | Cantidade máxima dispoñible en forma de préstamos | Estimación da repartición de REACT-EU | Estimación da distribución dos recursos adicionais FEADER | Estimación da distribución do Fondo de Transición Xusta | Estimación da distribución do Fondo InvestEU | Estimación da distribución do Fondo Horizonte Europa | Estimación da distribución do RescEU |
|-----------------|---|---------------------------------------|---|---|--|--|--------------------------------------|
| Bélxica | 29.795,37 | 331,16 | 44,86 | 95,0 | 299,99 | 315,59 | 65,93 |
| Bulgaria | 3.678,25 | 622,88 | 188,13 | 673,3 | 68,13 | 14,91 | 8,30 |
| República Checa | 12.932,47 | 938,32 | 172,81 | 853,3 | 106,63 | 47,59 | 27,99 |
| Dinamarca | 20.248,50 | 218,92 | 50,63 | 46,3 | 119,39 | 166,70 | 44,02 |
| Alemaña | 218.618,00 | 2.414,34 | 661,09 | 1.288,0 | 252,32 | 954,97 | 489,50 |
| Estonia | 1.685,81 | 254,23 | 58,69 | 184,0 | 57,39 | 24,34 | 3,80 |
| Irlanda | 16.168,79 | 120,07 | 176,75 | 44,0 | 176,00 | 113,51 | 35,68 |
| Grecia | 11.643,24 | 1.925,88 | 340,32 | 431,3 | 502,80 | 152,75 | 24,86 |
| España | 76.107,21 | 13.160,10 | 668,62 | 451,7 | 349,11 | 579,93 | 166,28 |
| Francia | 151.778,57 | 4.194,56 | 807,57 | 535,3 | 349,65 | 707,43 | 334,75 |
| Croacia | 3.247,55 | 755,60 | 187,89 | 96,7 | 228,65 | 12,36 | 6,98 |
| Italia | 109.656,21 | 12.620,65 | 848,34 | 535,3 | 460,20 | 524,72 | 239,55 |
| Chipre | 1.321,25 | 166,72 | 10,68 | 52,7 | 291,73 | 29,16 | 2,87 |
| Letonia | 1.880,79 | 276,70 | 78,34 | 99,7 | 114,94 | 10,02 | 4,20 |
| Lituania | 2.835,07 | 381,85 | 130,35 | 142,0 | 128,19 | 8,71 | 6,37 |
| Luxemburgo | 2.798,91 | 144,46 | 8,21 | 4,7 | 69,08 | 18,24 | 6,23 |
| Hungría | 8.627,36 | 1.079,96 | 277,95 | 135,7 | 198,68 | 35,63 | 18,35 |
| Malta | 811,72 | 161,13 | 8,15 | 12,0 | 134,32 | 3,33 | 1,69 |
| Países Baixos | 49.697,14 | 567,17 | 48,85 | 324,0 | 162,21 | 494,32 | 111,07 |
| Austria | 25.087,82 | 278,30 | 320,87 | 70,7 | 211,88 | 177,98 | 55,40 |
| Polonia | 32.051,02 | 1.653,40 | 880,11 | 2.000,0 | 156,55 | 68,66 | 68,87 |
| Portugal | 12.916,91 | 1.999,69 | 329,38 | 116,3 | 344,46 | 104,95 | 28,54 |
| Romanía | 13.470,05 | 1.743,47 | 644,78 | 1.112,3 | 137,42 | 26,03 | 30,50 |

| Países | Cantidade máxima disponible en forma de préstamos | Estimación da repartición de REACT-EU | Estimación da distribución dos recursos adicionais FEADER | Estimación da distribución do Fondo de Transición Xusta | Estimación da distribución do Fondo InvestEU | Estimación da distribución do Fondo Horizonte Europa | Estimación da distribución do RescEU |
|------------|---|---------------------------------------|---|---|--|--|--------------------------------------|
| Eslovenia | 2.924,22 | 317,28 | 68,28 | 134,3 | 216,62 | 35,24 | 6,57 |
| Eslovaquia | 5.704,70 | 672,81 | 152,05 | 238,7 | 158,68 | 13,47 | 12,84 |
| Finlandia | 14.986,92 | 168,39 | 195,02 | 242,0 | 186,05 | 143,60 | 33,30 |
| Suecia | 31.134,81 | 331,94 | 141,28 | 81,0 | 118,94 | 215,86 | 65,54 |
| Total | 360.000 | 47.500,00 | 7.500 | 10.000 | 5.600,00 | 5.000,00 | 1.900,00 |

Fonte: elaboración propia a partir de AMECO.

NOTAS

- 1 O Instituto Nacional de Estatística toma como dato de referencia a media dos movementos producidos entre o 18 e o 21 de novembro de 2019.
- 2 Gutiérrez e Moral-Benito, 2020.
- 3 Comisión Europea, 2020a.
- 4 Consello Europeo, 2020.
- 5 Comisión Europea, 2020b.
- 6 Consello da Unión Europea, 2019.
- 7 Comisión Europea, 2019a.
- 8 Comisión Europea, 2019b.
- 9 Comisión Europea, 2020c.
- 10 Comisión Europea, 2020d.
- 11 Comisión Europea, 2020e.
- 12 Banco de España, 2020; A Moncloa, 2020.
- 13 Darvas, 2020.
- 14 Darvas, 2020.
- 15 Delgado-Téllez, *et al.*, 2020.
- 16 Comisión Europea, 2020 f.
- 17 Establécense dous períodos de referencia: por un lado, os anos 2020 e 2021, por outro lado, o ano 2022. Para os dous primeiros anos o período de referencia é o primeiro semestre de 2020, para o último ano é o primeiro semestre de 2021.
- 18 Para os anos 2020 e 2021 o período de referencia é a media de persoas desempregadas nos meses de xuño a agosto de 2020, para 2022 a media destes mesmos meses durante o ano 2021.
- 19 Comisión, 2020f.
- 20 Comisión Europea, 2018a.
- 21 Comisión Europea, 2020 g.
- 22 Os límites foron establecidos tendo en conta unha dotación inicial para o Fondo de 30.000 millóns de euros, polo que a dita cantidade debería ser tomada con cautela, á falta de máis información.
- 23 Comisión Europea, 2018b.
- 24 Comisión Europea, 2020 h.
- 25 Darvas, 2020.
- 26 A contribución neta refírese á cantidade recibida por cada Estado membro, excluídos terceiros que tamén participan nos proxectos que reciben financiamento.
- 27 O Fondo Horizonte 2020 tamén ten como destinatarios Reino Unido e países terceiros.
- 28 Comisión Europea, 2018c.
- 29 Darvas, 2020.
- 30 Comisión Europa, 2019c.
- 31 Consello Europeo, 2020.
- 32 Parlamento Europeo, 2020.
- 33 Hidalgo, 2020.
- 34 Hernández e Moral-Benito, 2016.
- 35 Castro e Hernández, 2008.
- 36 Doménech e González Páramo, 2017.
- 37 Varga *et al.*, 2014.
- 38 Os autores usan como punto de referencia para a aplicación de reformas en cada sector e mercado a media de desempeño dos tres mellores países da eurozona. Para comparar a renda per cápita, utilizan os datos de 2012, polo que Luxemburgo, Austria e Países Baixos serían os países de referencia.

39 Presidencia do Goberno, 2020.

40 É previsible que o contido do citado borrador considere variacións marxinais con respecto á versión definitiva. Aínda así, cómpre ter certa cautela sobre algunhas cuestións, como é o caso da composición da Comisión para a Recuperación, Transformación e Resiliencia, onde aínda non está claro que membros do Executivo formarán parte deste organismo.

41 AIREF, 2020.

42 Banco de España, 2020.

43 FUNCAS, 2020.

44 Comisión Europea, 2020c.



Notas e crónicas



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 205-218
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4658>
© José Ángel Oreiro Romar
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Atribution 4.0 International License

A potestade dos concellos para sancionar os incumprimentos da normativa COVID-19

La potestad de los ayuntamientos para sancionar los incumplimientos de la normativa COVID-19

The authority of town and city councils to sanction breaches of COVID-19 regulations



JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

Letrado da Xunta de Galicia
Secretario xeral do Consello Consultivo de Galicia
secretaria@ccgalicia.es

Resumo: Co gallo da instrución e resolución de expedientes sancionadores por denuncias formuladas a consecuencia das medidas adoptadas para facer fronte à crise sanitaria derivada do virus COVID-19, multiplicáronse as denuncias por infracción das sucesivas normativas ditadas nesta materia por parte do Estado e das comunidades autónomas, e as dúbidas sobre a Administración competente para o exercicio da potestade sancionadora, diante dunha lexislación nova e de urxencia. O presente artigo pretende analizar o marco lexislativo en materia sanitaria, e particularmente se as competencias que neste campo posúen os concellos de Galicia se estenden ao exercicio da potestade sancionadora.

Palabras clave: Potestade sancionadora, estado de alarma, concello, sanidade pública, COVID-19, ordenanza, máscara.

Resumen: Con motivo de la instrucción y resolución de expedientes sancionadores por denuncias presentadas a consecuencia de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria derivada del virus COVID-19, se han multiplicado las denuncias por infracción de las sucesivas normativas dictadas en esta materia por parte del Estado y de las comunidades autónomas, y las dudas sobre la Administración competente para el ejercicio de la potestad sancionadora, ante una legislación nueva y de urgencia. Este artículo pretende analizar el marco legislativo en materia sanitaria, y particularmente si las competencias que en este

campo poseen los ayuntamientos de Galicia se extienden al ejercicio de la potestad sancionadora.

Palabras clave: Potestad sancionadora, estado de alarma, ayuntamiento, sanidad pública, COVID-19, ordenanza, mascarilla.

Abstract: Sanctioning proceedings, as a result of denunciations regarding state and regional government regulations approved to face the COVID-19 sanitary crisis, had experienced a large increase. As a result of these new and urgent regulations, doubts on the Administration in charge –State, Regional or Local– regarding exercise of the sanctioning power, had also increase. The present article tries to analyze the legislative frame in public health affairs, paying special attention to the case of the Galicia’s local and regional government.

Key words: Sanction, state of alarm, municipality, public health, COVID-19, local regulation, mask.

SUMARIO: 1 O estado de alarma e a potestade sancionadora. 2 As relacións competenciais Estado-comunidades autónomas-entidades locais. 3 A distribución competencial da CE en materia de saúde pública. 4 A potestade sancionadora dos concellos en materia sanitaria. 5 A competencia dos concellos para controlar e inspeccionar o cumprimento das medidas de prevención para a loita contra o COVID-19. 6 A preceptividade da ordenanza municipal para o exercicio da potestade sancionadora. 7 A sanción por incumprimento da obriga de uso da máscara como paradigma das sancións COVID-19. 8 A desobediencia ou resistencia á autoridade e aos seus axentes. 9 Conclusións.

1 O ESTADO DE ALARMA E A POTESTADE SANCIONADORA

A *Ley orgánica 4/1981*, do 1 de xuño, habilita o Goberno para declarar o estado de alarma, excepción e sitio, no exercicio das facultades atribuídas polo artigo 116.2 da Constitución española de 1978.

O “*Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2A*” supuxo un fito sen parangón na nosa historia xurídico-lexislativa, por tratarse da segunda vez desde a promulgación da Constitución de 1978 que se declarou un estado de alarma e, en definitiva, que se aplicou o artigo 116 da devandita CE. O único precedente dunha declaración do estado de alarma foi o “*Real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*”, que pouco ou nada ten que ver coa anterior, mais aló da cuestión formal de estar desenvolvendo e aplicando a mesma lei –“*Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*”– e mesmo artigo –116 da CE–.

O carácter innovador da norma, que se manifesta en múltiples aspectos, unido á urxencia desta e da propia situación que a motiva, está dando lugar a múltiples dúbidas en canto á súa aplicación práctica cando se trata de tramitar e impor sancións polo seu incumprimento, xerando unha incerteza incompatible cos principios que disciplinan a potestade sancionadora, tales como a legalidade ou a tipicidade, ou en última instancia coa seguridade xurídica imprescindible cando se están a restrinxir dereitos dos cidadáns nun estado democrático e de dereito.

E nesta situación, nada desexable, tampouco axuda a amálgama normativa existente en materia de sanidade e saúde pública, que desafortunadamente non contribúe a

clarear un asunto esencial, primario e de capital importancia, como é o da competencia para a instrución e resolución dos procedementos sancionadores.

Partindo da base de que unha sanción imposta por un órgano incompetente por razón da materia é nula de pleno dereito, é evidente que os principios de legalidade e tipicidade non son susceptibles de transacción, renuncia ou flexibilización, de xeito que non poden substituírse por argumentos oportunistas ou de mera conveniencia, como a maior dispoñibilidade de recursos humanos ou medios materiais dunha Administración de cara a tramitar estes procedementos. A potestade sancionadora non é discrecional, nin pode traspasarse por razóns de oportunidade, coordinación ou cooperación. Ao contrario, a potestade sancionadora é regrada e os mecanismos de cooperación e coordinación entre as administracións públicas non son instrumentos que permitan eludir as normas atributivas de competencias, senón ao contrario, a súa finalidade é permitir que a competencia sexa exercida plenamente por quen a ten legalmente atribuída.

O presente artigo pretende ofrecer ferramentas para consolidar os cimentos básicos –reiteramos, competencia, seguridade xurídica, legalidade e tipicidade– para instruír e resolver un procedemento sancionador cando o feito a sancionar se atope no eido das competencias dos concellos, sen prexuízo de manifestar con claridade e contundencia que as outras administracións territoriais –comunidade autónoma e Estado– tamén teñen legalmente atribuídas competencias na materia.

2 AS RELACIÓNS COMPETENCIAIS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS-ENTIDADES LOCAIS

O artigo 137 da Constitución española, e a xurisprudencia constitucional que o desenvolve, ao establecer que os municipios gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses, non os enumera ou identifica, senón que opta por deixar a súa determinación aos lexisladores estatal e autonómico, que son os que, dentro do marco da propia CE, os identifican libremente, atribuíndolles ás entidades locais as competencias que estas poden e deben desenvolver para satisfacción daqueles (*Sentenza do Tribunal Constitucional 37/1981, do 16 de novembro*).

O mandato constitucional, formulado dun xeito flexible e en modo *numerus apertus*, permítelles aos poderes lexislativos estatal e autonómico determinar as competencias ás entidades locais. Unha vez realizada esta operación, “*dentro de la esfera de sus competencias, corresponde en todo caso a los municipios*” o exercicio das potestades previamente atribuídas (artigo 4.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, en diante, LBRL), e, dentro delas, a potestade sancionadora (artigo 4.1.f LBRL).

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional é clara no entendemento de que este mandato constitucional non pode limitarse a unha mera definición dun elenco ou catálogo de materias de interese exclusivo municipal cuxa xestión deba quedar reservada ás entidades locais, excluindo o resto das administracións territoriais e conformando un compartimento estanco no que non poden entrar. Ao contrario, a determinación da

competencia dunha entidade local requirirá do lexislador a xustificación e concreción dos aspectos que, pola peculiar idiosincrasia e razón de ser das entidades locais, deben ser xestionados por elas, de acordo co principio de autonomía local e sen prexuízo da cooperación, coordinación e colaboración institucional. Do mesmo xeito, poderán existir aspectos da materia en cuestión que, transcendendo do ámbito local, deban formar parte do ámbito de competencias do Estado ou das comunidades autónomas. É tarefa do lexislador estatal ou autonómico a definición nítida e precisa dos aspectos que corresponden a cada Administración dentro dunha mesma materia, para garantir que cada unha teña a capacidade para decidir autonomamente sobre eles. Se o lexislador non ten éxito nesta tarefa, que, recoñecemos, require precisión cirúrxica, poderán producirse problemas como os que tratamos neste artigo.

As conclusións expostas parten do artigo 2.1 da LBRL, cuxo fin, como recorda a STC do 21 de decembro de 1989, non é outro que o de concretar o alcance da garantía constitucional da autonomía local desde a perspectiva das competencias locais, e consonte o cal *“Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*, disposición legal que atopa encaixe no marco establecido polo artigo 3.1 da Carta europea da autonomía local, expresivo de que *“Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”*. A doutrina pacífica do supremo intérprete da Constitución, exposta, entre outras moitas, na STC do 20 de xullo de 2006, rec. 4546/2020, considera que a autonomía local recoñecida nos artigos 137 e 140 da CE: *«se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 32/1981, FJ 4) (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39)»*.

En consonancia co deseño relatado, o lexislador estatal realiza unha enumeración a nivel de bases dunha serie de competencias e, dentro delas, dunha serie de aspectos que, formando parte destas, deberán ser asumidas polas entidades locais no entendemento de que por razóns organizativas realizarán unha xestión máis eficiente e satisfactoria co

interese público. Esta atribución é realizada “en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas” (artigo 25 LBRL), como corresponde á natureza da lei de bases estatal da norma que a materializa e que como tal require un desenvolvemento autonómico.

A enumeración realízase dun xeito dispar en función da materia. Así, no caso do “tráfico” (artigo 25.1.g LBRL), pormenoriza que os aspectos concretos a xestionar polo municipio serán o “*estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano*”, o que excluiría, por exemplo, outros aspectos como a expedición de títulos administrativos habilitantes para a conducción ou a inspección técnica de vehículos.

Noutros apartados do mesmo precepto, parece optar por especificar o aspecto a xestionar –*protección da salubridade pública*, artigo 25.2.j–, aspecto que pertence a unha competencia máis xenérica e que, ao noso entender, ten como claro e último obxecto a protección da saúde pública.

Existen posturas contrarias á titularidade competencial sancionadora dos concellos en materia de normativa COVID-19, que consideran que a “*protección da salubridade pública*” debe englobarse noutras competencias como o medio ambiente e non na saúde pública, tese que non compartimos, principalmente porque este último xa aparece mencionado no artigo 25.2.b LBRL, que tamén concreta os aspectos que dentro desta materia deben corresponder ao municipio, como son “*parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas*”, e porque parecen querer dulcificar este concepto para rebaxalo á categoría de “ornato público” e a un significado meramente estético.

3 A DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL DA CE EN MATERIA DE SAÚDE PÚBLICA

A saúde pública é un paradigma do deseño exposto. A CE concibe esta materia como un todo, no que os múltiples aspectos que a compoñen deben ser xestionados polas diferentes administracións territoriais –Estado, comunidades autónomas e concellos–, que asumirán competencias sobre eles de acordo cos criterios organizativos, de eficiencia ou interese público expostos nas leis que desenvolven o repartimento constitucional.

O artigo 149.1.16.^a CE recoñécelle ao Estado competencia exclusiva en materia de “*Bases y coordinación general de la sanidad*”. Actuando ese título competencial, o Estado ditou a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, que reparte as competencias entre Estado, comunidades autónomas e as que denomina “corporacións locais”. Do seguinte xeito:

«Artículo cuarenta y uno

1. *Las comunidades autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue.*

2. *Las decisiones y actuaciones públicas previstas en esta ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las comunidades autónomas».*

No relativo aos concellos, o artigo 42.3 atribúe «*sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones públicas, las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales; b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportivas y de recreo; d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte; e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria*».

As previsións expostas deben integrarse e completarse coa competencia recoñecida polo artigo 4.1.f) LBRL, que atribúe aos concellos potestade sancionadora “*dentro de la esfera de sus competencias*”, e na Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, á que deseguido faremos referencia.

Pola súa banda, as comunidades autónomas exercerán as competencias asumidas nos seus estatutos de autonomía e as que o Estado lles traspase ou delegue (artigo 41.1).

O sistema de distribución competencial péchase cunha cláusula residual que lles atribúe ás comunidades autónomas todas as competencias previstas nesa norma e non reservadas expresamente ao Estado (artigo 41.2).

4 A POTESTADE SANCIONADORA DOS CONCELLOS EN MATERIA SANITARIA

O réxime da Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, foi completado pola Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que ten tamén o carácter de norma básica (disposición derradeira cuarta da lei), e que no seu artigo 55 dispón que “*las personas físicas o jurídicas responsables de las acciones u omisiones que constituyan infracciones en salud pública serán sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en este título*”, deixando a salvo os réximes sancionadores establecidos pola normativa sectorial noutros campos.

O título VI, “*infraccións e sancións*”, manifesta que “*son infracciones administrativas en salud pública las acciones y las omisiones que se tipifican en los artículos siguientes, así como las que, en su caso, pueda establecer la legislación autonómica o local*” (artigo 56.1), e finaliza, no artigo 61.1 e baixo o título de órganos competentes para impor sancións en materia de saúde pública, establecendo que “*la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia*”.

Este réxime complétase coas competencias antes mencionadas en relación co obrigado cumprimento das normas e plans sanitarios no ámbito do control sanitario

de industrias, actividades, servizos e transportes e do control sanitario de edificios e lugares de vivenda e convivencia humana (artigo 42 da Lei xeral de sanidade).

Polo tanto, ao noso parecer, resulta evidente que tamén nese ámbito de control do cumprimento das normas sanitarias lles corresponderá aos concellos exercer a potestade sancionadora por aplicación tanto do artigo 4.1.f) LBRL como do artigo 61.1 da *Ley general de salud pública*, e en definitiva a competencia para a incoación, tramitación e resolución dos expedientes sancionadores relativos ás infraccións en materia de saúde pública.

5 A COMPETENCIA DOS CONCELLOS PARA CONTROLAR E INSPECCIONAR O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA A LOITA CONTRA O COVID-19

A situación provocada pola pandemia do virus COVID-19 deu lugar a unha serie de normas, primeiro estatais e posteriormente autonómicas, de carácter urxente e novidoso, e que teñen unha vertente sancionadora para o caso do incumprimento. Esta vertente é esencial, posto que se trata, na súa gran maioría, de normas restritivas de dereitos individuais e que, como calquera norma prohibitiva, serían pouco ou nada se non se puidesen impor coercitivamente os seus mandatos e penalizar as condutas irrespectuosas con elas. Non é obxecto deste artigo o estudo deste conxunto normativo, senón máis en concreto a competencia dos concellos para controlar e inspeccionar o cumprimento das medidas de prevención aprobadas pola Administración autonómica galega para a loita contra o virus, que imos denominar xenericamente “normativa COVID-19”.

O Estado, actuando na súa competencia exclusiva en materia de “*Bases y coordinación general de la sanidad*”, ditou, entre outros, o *Real decreto-lei 21/2020, de 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada polo COVID-19* (disposición derradeira sexta.1 “Título competencial” do real decreto-lei).

O capítulo II dese real decreto-lei recolle un grupo de medidas de prevención e hixiene, de obrigado cumprimento para os cidadáns aos cales afectan e cuxa vixilancia, inspección e control se encomenda, no segundo parágrafo dese artigo 31.1, aos órganos competentes do Estado, das comunidades autónomas e das entidades locais no ámbito das súas respectivas competencias, establecendo así mesmo no primeiro parágrafo do artigo 31.1 que o incumprimento destas, “*cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, será sancionado en los términos previstos en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública*”.

Esa remisión concreta aos termos previstos para os efectos sancionadores na Lei xeral de saúde pública, que non aos previstos en ningunha outra normativa estatal ou autonómica, sitúa de novo a cuestión no campo do réxime sancionador deseñado pola Lei xeral de saúde pública, a cal, como xa quedou dito, ademais de establecer un cadro de infraccións na materia e as súas correspondentes sancións, prevé, como vimos e cabe reiterar, que “*La incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores*

corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia”, é dicir, corresponderalles aos concellos cando os incumprimentos que constitúan infracción administrativa en saúde pública se poñan de manifesto no ámbito da súa competencia, como é o control sanitario de industrias, actividades, servizos e transportes e de control sanitario de edificios e lugares de vivenda e convivencia humana.

Do mesmo xeito, o propio Real decreto-lei 21/2020, no segundo parágrafo do seu artigo 31.1 e con referencia ás medidas de prevención e das obrigacións establecidas nel, dispón que *“la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan corresponderá a los órganos competentes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ámbito de sus respectivas competencias”*.

Deberá considerarse, por tanto, se os incumprimentos das medidas de prevención e hixiene recollidas no capítulo II do Real decreto-lei 21/2020 son subsumibles nalgún dos supostos-tipo de infracción definidos legalmente como infraccións administrativas en saúde pública, e se tales incumprimentos se poñen de manifesto no ámbito ao que alcanza a competencia sanitaria dos concellos –o control sanitario de industrias, actividades, servizos e transportes e o control sanitario de edificios e lugares de vivenda e convivencia humana–. De cumprirse estas premisas, corresponderalles a eses concellos *“la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan”*.

Igualmente, os concellos poderán sancionar incluso no caso de incumprimentos das medidas recollidas no capítulo II do Real decreto-lei 21/2020 que poidan ser tamén subsumidos, ademais de na norma estatal, nos supostos-tipo de infracción contemplados na Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, xa que para a sanción deses comportamentos non pode operar o réxime desa lei autonómica, senón, por expresa disposición do Real decreto-lei 21/2020, o réxime sancionador previsto na Lei xeral de saúde pública.

Finalmente, e na cuestión relativa ao órgano competente dentro da estrutura organizativa municipal, o Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, non lle atribúe a un determinado órgano a competencia para a incoación, tramitación e resolución dos oportunos expedientes sancionadores, agás, neste último caso, para o ámbito da Administración xeral do Estado, senón que llas atribúe á *“Administración”*. Polo tanto, e na medida en que aquela normativa non identifica o órgano titular da competencia, cumprirá observar o disposto na distribución competencial da LBRL (artigos 21 e ss. ou 122 e ss.), nas cláusulas residuais para as competencias non atribuídas a outro órgano da corporación (ex. artigo 21.1.s ou artigo 124.4.ñ LBRL) e no réxime interno de delegación de competencias de cada corporación municipal.

6 A OBRIGATORIEDADE DA ORDENANZA MUNICIPAL PARA O EXERCICIO DA POTESTADE SANCIONADORA

O principal argumento esgrimido polos defensores da tese da incompetencia municipal para impor sancións con base na “normativa COVID-19” radica na necesidade dunha

ordenanza para tal efecto, tal como parece exixir o artigo 45 da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.

Como consideración previa, cabe lembrar que a ordenanza local, na súa configuración institucional pola normativa básica estatal e a normativa galega, non é, obviamente, un título atributivo de competencias locais. Conforme a LBRL, tal atribución de competencias locais ten que efectuarse por lei.

O papel da ordenanza en materia sancionadora é o de colaboración na posible tipificación de infraccións e sancións sempre que exista a base mínima legal exixida para cumprir co principio de legalidade sancionadora segundo o artigo 139 da LBRL e a doutrina do Tribunal Constitucional (por todas, STC 132/2001), así como a posible regulación de aspectos procesuais e organizativos de exercicio da potestade sancionadora municipal.

Sobre a base do exposto, cómpre analizar polo miúdo o contido do artigo 45.2 da Lei de saúde de Galicia, que manifesta que *“os concellos da comunidade autónoma, ao abeiro das súas respectivas ordenanzas municipais, poderán sancionar as infraccións previstas nesta lei”*.

Formúlase entón a cuestión de se a aprobación desta ordenanza é requisito *sine qua non* para sancionar, e neste sentido as dúbidas parecen lóxicas perante a claridade do precepto, e, á marxe das interpretacións voluntaristas, somos da opinión de que é necesaria –ou, se se prefire, imprescindible– a aprobación desta ordenanza para sancionar ao abeiro da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.

Pero tal e como expuxemos, e temos que reiterar, a norma autonómica non é a única norma que regula o exercicio da potestade sancionadora na materia.

A *Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad*, é unha norma atributiva de competencias entre as diferentes administracións territoriais, e regula no seu título VI as *“Infracciones y sanciones”*.

A exposición de motivos da lei sinala que *“muchas de las acciones que perfilan la salud de la población son competencia de las comunidades autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y los municipios”*.

O artigo 12.4 establece que *“las entidades locales asegurarán en el ámbito de sus competencias que los respectivos sistemas de vigilancia en salud pública cumplen en todo momento con las previsiones de esta ley”*. O artigo 13.1 manifesta que *“corresponde a la Administración local, en el ámbito de sus competencias, la organización y gestión de la vigilancia en salud pública”*.

Pois ben, non existe forma de “asegurar” e “vixiar” o cumprimento dunha lei sen capacidade para impola obrigatoriamente, de acordo co requisito de coercibilidade que se predica de toda norma polo feito de selo.

A lei define como infraccións administrativas en saúde pública tanto as accións ou omisións que ela mesma tipifica como *“las que, en su caso, pueda establecer la legislación autonómica o local”* (artigo 56.1), referencia que en ningún caso pode entenderse equiparable a unha ordenanza, xa que o principio de legalidade impide a tipificación dunha infracción nunha norma de rango regulamentario e en consecuencia establece a reserva de lei na materia.

En relación con todas esas infraccións administrativas en saúde pública, atribúe “a *la Administración competente por razón del territorio y la materia*” (artigo 61.1) a competencia para a incoación, tramitación e resolución dos expedientes sancionadores. Pero engade no seu artigo 55 que “*las personas físicas o jurídicas responsables de las acciones u omisiones que constituyan infracciones en salud pública serán sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en este título*”.

Polo tanto, os concellos que non teñan aprobada a súa ordenanza poderán exercer as súas competencias sancionadoras en materia de saúde pública atendendo ao réxime sancionador establecido na lei estatal, a *Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública*, e particularmente no título VI as “*Infracciones y sanciones*”. Con este proceder, serán perfectamente respectuosos cos principios de legalidade e tipicidade, sen necesidade dunha ordenanza que pouco máis podería facer que precisar algún tipo ou graduar sancións sempre dentro do marco legal.

Deste xeito, se a razón esgrimida por algúns concellos para non sancionar, manifestada nalgúns casos publicamente polos seus alcaldes, é a inexistencia de ordenanza municipal, a lei estatal, ao atribuír aos concellos a potestade sancionadora en materia de saúde pública, non condiciona o exercicio desa potestade á existencia dunha ordenanza, polo que a razón –ou escusa– desaparece. Cuestión ben diferente é que o tipo infractor se atopase tipificado unicamente na lei autonómica, suposto no que, ao noso entender, sería necesaria a existencia dunha ordenanza municipal para proceder a sancionar, por estar así previsto no citado artigo 45.2 da Lei de sanidade de Galicia.

7 A SANCIÓN POR INCUMPRIMENTO DA OBRIGA DE USO DA MÁSCARA COMO PARADIGMA DAS SANCIÓNS COVID-19

O feito de que os concellos teñan atribuídas competencias en materia de actividades, locais e establecementos abertos ao público, na vía pública ou parques ou espazos públicos municipais e no transporte urbano, edificios da súa titularidade –nos que de ordinario se atopan instalacións docentes e deportivas, recintos feirais, equipamentos culturais, deportivos, cemiterios, tanatorios, espazos multiúsos, etc.–, en definitiva servizos e lugares de uso público continuado e de convivencia humana, determina que a obrigatoriedade do uso da máscara –norma COVID-19– incida directamente en ámbitos de competencias materiais –e por suposto territoriais– propio deles, e constitúe un paradigma do que pretendemos expor neste artigo.

En relación co control e sanción polo incumprimento da obriga de uso da máscara, a competencia para o exercicio dese control nos espazos enumerados anteriormente e noutros de competencia municipal vén atribuída aos concellos polo artigo 42.3 da lei estatal e números 2 e 3 do artigo 80 da lei autonómica, e que para a sanción dos incumprimentos desa obriga, como así mesmo para a incoación e tramitación dos procedementos sancionadores que procedan, cando eses incumprimentos se poñan de manifesto naqueles mesmos espazos, claramente correspondentes ao ámbito ao que

alcanza a competencia de control sanitario dos concellos, tamén son estes quen posúen tales competencias sancionadoras.

O artigo 31 “Infraccións e sancións” do “*Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*”, é claro no relativo á competencia de todas as administracións para a imposición de sancións, e por “todas” non debe entenderse “todas menos os concellos”. En concreto, manifesta que “*La vigilancia, inspección y control del cumplimiento de dichas medidas, así como la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan, corresponderá a los órganos competentes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ámbito de sus respectivas competencias*”.

Por se quedasen dúbidas, o artigo 31.2 establece que o incumprimento da obriga de uso da máscara establecido nese real decreto-lei será considerado infracción leve para os efectos “*de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y sancionado con multa...*”.

Do exposto, podemos concluir que os concellos, no seu respectivo ámbito competencial, son competentes para instruír, tramitar e sancionar pola infracción derivada do incumprimento da obriga de uso de máscaras, e esta competencia, na medida en que vén tipificada na lei estatal –*artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre*–, non depende da existencia ou non dunha ordenanza, xa que a devandita ordenanza, reiteramos, só resultaría preceptiva para sancionar infraccións tipificadas exclusivamente na norma autonómica.

8 A DESOBEDIENCIA OU RESISTENCIA Á AUTORIDADE E AOS SEUS AXENTES

Unha problemática que non resulta nova, pero que volve pórse de actualidade por mor da “normativa COVID-19”, é a tipificación das condutas de incumprimento ou desatención das ordes das Forzas e Corpos de Seguridade en relación coas medidas de prevención aprobadas no marco das devanditas normas, como por exemplo desatender unha orde directa para o uso da máscara.

O artigo 36.6 da Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá, tipifica como infracción grave “*la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito*”.

Non resulta discutible que as condutas que impliquen o incumprimento ou desatención das ordes das Forzas e Corpos de Seguridade relativas ao necesario cumprimento das medidas aprobadas para a loita contra o COVID-19 atopan o seu primario acomodo no artigo 36.6 da Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá, que tipifica como infracción grave “*la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones*” e cuxa comisión leva aparellada unha sanción sempre que, evidentemente, concorran os requisitos exixidos polas normas, singularmente o artigo 25 CE, e a xurisprudencia que as interpreta.

De acordo con iso, é ineludible a concorrencia de dous elementos para que unha conduta de desobediencia ou desatención aos axentes da autoridade mereza o correspondente reproche administrativo: a) debe existir un requirimento persoal previo, expreso e individualizado, realizado polos axentes da autoridade no exercicio das súas funcións, que no caso que nos ocupa serían as relativas ao control de cumprimento das medidas de prevención e obrigacións establecidas para a loita contra o COVID-19; e, b) debe o antedito requirimento ser desatendido pola persoa a quen persoalmente vai destinado. Só de darse ambas as circunstancias, a conduta, por acción ou por omisión, merece ser cualificada como de desobediencia ou resistencia e só así pode afirmarse que se produciu un descoñecemento do principio de autoridade que converte o seu autor en presunto infractor. Este desvalor adicional que implica descoñecer o principio de autoridade ante un requirimento persoal, expreso, determinado e individualizado atopa a súa razón de ser tradicionalmente tanto no correcto desenvolvemento dos servizos e funcións públicos como na garantía do bo funcionamento destes.

Chegamos así a unha primeira conclusión: a simple transgresión das medidas de prevención antes mencionadas, se non vai acompañada dunha desatención ou desobediencia ao ordenado por un axente da autoridade nos termos apuntados, non sería por si mesma constitutiva dunha infracción de desobediencia ou desatención prevista no artigo 36.6 da Lei de protección da seguridade cidadá.

No caso de que o cidadán desatenda o requirimento expreso e concreto do axente da autoridade e membro das Forzas e Corpos de Seguridade do Estado, negándose de forma aberta, clara ou manifesta a cumprir as súas ordes no exercicio das súas funcións, ou manteña de feito unha conduta que finalmente quebre a acción ou omisión ordenada polos axentes actuantes ou lles impida o desenvolvemento das súas funcións, pode entenderse que concorre unha infracción de desobediencia ou resistencia á autoridade que debe ser sancionada pola Administración do Estado –e, dentro dela, a Delegación do Goberno–, como órgano competente en materia de seguridade pública, sen prexuízo de que o incumprimento da medida de prevención deba ser denunciado polo axente para a súa sanción pola autoridade competente por razón da materia.

Igual razoamento pode ser realizado, para o caso dos axentes da policía local, correspondendo neste caso a sanción por desobediencia ou resistencia ao alcalde ou alcaldesa, nos termos do artigo 32.3 da Lei de protección da seguridade cidadá.

9 CONCLUSIÓNS

A declaración do estado de alarma a consecuencia da crise sanitaria producida polo COVID-19 ten un impacto normativo inxente, e especialmente intenso no relativo á potestade sancionadora das administracións públicas. Todas as administracións territoriais teñen competencias en materia de saúde pública, e cada unha delas, no eido das súas atribucións, competencia para sancionar posibles incumprimentos das medidas de

prevención aprobadas lexislativamente para combater a pandemia e garantir a saúde colectiva e individual dos cidadáns.

Particularmente, os concellos da Comunidade Autónoma de Galicia poden e deben actuar nas súas competencias sancionadoras, que teñen sustento legal na “*normativa COVID-19*”, e nas leis estatais e autonómicas sobre saúde pública. Aqueles concellos que teñan aprobada unha ordenanza exixida pola normativa autonómica, poden actuar ao abeiro da lei estatal –*Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública*–, ou lei autonómica –*Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia*–, en función do encaixe legal do tipo infractor. Aqueles que, pola contra, carezan da ordenanza só poderán sancionar os tipos e infraccións previstos na normativa estatal –e normativa COVID-19–.

Dentro de cada concello, será a normativa local básica –LBRL– e o réxime interno de delegacións da corporación o que determine o órgano competente para instruír e resolver os procedementos sancionadores.

Finalmente, a transgresión das medidas de prevención establecidas na normativa COVID-19 ten que ir acompañada dunha desatención ou desobediencia a un requirimento ou orde dun axente da autoridade para ser constitutiva dunha infracción de desobediencia ou desatención prevista no artigo 36.6 da Lei de protección da seguridade cidadá.



A ditadura e a Constitución española de 1978

La dictadura y la Constitución española de 1978

The dictatorship and the Spanish Constitution of 1978

FRANCISCO VILA-CONDE

Contratado predoutoral FPU de Filosofía do Dereito
Universidade Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0003-3024-4287>

francisco.vila@uam.es

Resumo: A ditadura é un tabú nos réximes liberal-positivistas. Neles, o substantivo ditadura só é empregado para designar e deostar o inimigo político. No entanto, esta vulgarización do termo en nada contribúe ao estudo da ditadura como institución xenuinamente xurídica. Neste traballo, analizamos a ditadura desde a súa dimensión xurídica en relación cun tema de actualidade –o COVID-19– e o seu posible encaixe ou non dentro do sistema constitucional de 1978 en situacións de excepcionalidade. Para iso, pátense da tipoloxía schmittiana e da diferenza entre ditadura comisaria e ditadura soberana.

Palabras clave: Ditadura soberana, ditadura comisaria, decisionismo, positivismo, Constitución española, estado de alarma, estado de excepción, estados excepcionais.

Resumen: La dictadura es un tabú en los regímenes liberal-positivistas. En ellos, el sustantivo dictadura solo es empleado para designar y denostar al enemigo político. Empero, esta vulgarización del término en nada contribuye al estudio de la dictadura como institución genuinamente jurídica. En este trabajo, analizamos la dictadura desde su dimensión jurídica en relación con un tema de actualidad, el COVID-19, y su posible encaje o no dentro del sistema constitucional de 1978 en situaciones de excepcionalidad. Para ello, se parte de la tipología schmittiana y de la diferencia entre dictadura comisaria y dictadura soberana.

Palabras clave: Dictadura soberana, dictadura comisaria, decisionismo, positivismo, Constitución española, estado de alarma, estado de excepción, estados excepcionales.

Abstract: The dictatorship is a taboo in liberal-positivist regimes. In these regimes, the word «dictatorship» is only used to name the political enemy. However, this vulgarization of the word dictatorship does not allow to understand the dictatorship as legal institution. In this paper, we analyze the dictatorship in its legal dimension in relation with COVID-19 pandemic and its possible framing in the Spanish Constitution of 1978 in exceptional situations. We use the Carl Schmitt's typology and the different between commissarial dictatorship and sovereign dictatorship.

Key words: Sovereign dictatorship, commissarial dictatorship, decisionism, positivism, Spanish Constitution, state of alarm, state of exception, exceptional states.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Precisións terminolóxicas. Ditadura soberana e ditadura comisaria. 2.1 O substantivo «ditadura». 2.2 Ditadura soberana e ditadura comisaria. 3 Análise constitucional e legal dos estados excepcionais de alarma e de excepción na pandemia do COVID-19. 3.1 Artigo 116 da Constitución española e Lei orgánica 4/1981, de 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio. 3.1.1 Estado de alarma: artigo 116.2 CE e lexislación de desenvolvemento. 3.1.2 Estado de excepción: artigo 116.3 CE e lexislación de desenvolvemento. 3.2 Aporía positivista e decisionismo. 3.3 Artigo 116.2 CE: límite temporal e control parlamentario. 3.3.1 Duración temporal. 3.3.2 Control parlamentario. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

É un tópico falar do baixo nivel da clase política en xeral e do ínfimo nivel das clases dirixentes en España en particular. Todo suxeito que non sufra un proceso de alienación –cada vez son menos as excepcións– ou que non forme parte da cúpula dun partido coincide nese lugar común: o nivel político español é moi baixo. Non obstante, como diría García-Pelayo, «o feito da súa vulgaridade non exclúe o da súa verdade». Os políticos, pola súa banda, son contumaces á hora de darlle a razón ao cidadán non aliñado nin partidista que contempla o quefacer político desde unha perspectiva *etic* ou ecuánime¹.

O botón de mostra do pouco coñecemento político das clases dirixentes é a afirmación do presidente do Goberno o pasado mércores 28 de outubro de 2020 na sesión de control ao Goberno. O presidente, ante unhas afirmacións pasadas do líder da oposición en que o acusaba de querer establecer unha ditadura constitucional mediante o uso da ferramenta constitucional do estado de alarma², sentenciou: «Ou é ditadura ou é constitucional». Estas seis palabras tiveron como contrapunto dúas reaccións. Por unha banda, o vicepresidente do Goberno –politólogo de profesión– asentiu con xesto serio e aplaudiu emotivamente; por outra banda, o líder opositor, quen falara había meses da ditadura constitucional, non soubo replicar e limitouse a dar a calada por resposta.

Pretendemos analizar neste breve traballo a compatibilidade ou incompatibilidade da institución xurídica da ditadura no marco legal existente en España, a saber, o artigo 116 da Constitución española de 1978 e a Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio.

Quizais esta análise contribúa –é o noso obxectivo– a elevar xuridicamente o discurso político. Non se trata de proporcionar argumentos ideolóxicos nin demagóxicos,

senón de analizar desde o plano teórico-conceptual dun xeito diáfano os fenómenos e verdades políticas. Convén advertir que é espiñento e nada recomendable tratar estes temas, auténticos tabús no noso tempo, e, ademais, existe o risco notable de ser malinterpretado. Pero o científico do dereito público non pode ser alleo á realidade do seu tempo³. Debido á epidemia do COVID-19, a dita realidade política vive na excepcionalidade. Por iso, é imperiosa unha análise xurídica serena e clara da presente situación de anormalidade. Debemos internarnos cautelosamente neste estudo so pena de ser acusado, anos vista, como teórico da ditadura ou expresión similar por lectores superficiais ou polos censores dominantes de cada época.

2 PRECISIÓNS TERMINOLÓXICAS. DITADURA SOBERANA E DITADURA COMISARIA

2.1 O substantivo «ditadura»

Ningún concepto político escapa á súa historicidade. Nace, desenvólvese e morre dentro dunhas coordenadas histórico-políticas concretas. Só así é aprehensible que determinados vocábulos gocen dun gran prestixio en determinadas épocas e, en cambio, sexan deostados noutras. Dá igual que a palabra teña un significado situado a anos luz da súa concepción orixinaria; o certo é que goza de boa saúde na linguaxe⁴. Mentres que outras, pola contra, outrora estimadas, son hoxe rexeitas por se asociaren negativamente; son algo digno de ser evitado e combatido. Exemplo do primeiro tipo é a palabra «democracia»; mostra do segundo é o substantivo «ditadura». Malia que non teña nada que ver a democracia ateniense coa democracia liberal-representativa do século XIX⁵ ou coa democracia de partidos instalada en Europa tras a Segunda Guerra Mundial, o vocábulo goza de aceptación practicamente unánime. Mesmo réximes tan dispares como o cubano, o chinés, a extinta URSS, etc., autodenominábanse e autodenomínanse democracias. En fin, ninguén discute o termo.

Non obstante, sucede todo o contrario coa ditadura. Durante séculos, desde Roma ata as revolucións liberais, é dicir, ata finais de século XVIII, a institución xurídica da ditadura gozou de grande aceptación. Era unha *ultima ratio* para superar as situacións de anormalidade. Na antiga República romana, cando esta pasaba por momentos de dificultade, nomeábase un militar como ditador por un período determinado –co límite máximo de seis meses– para que superase a referida dificultade. O ditador suspendía a aplicación do dereito durante a situación excepcional, e garantía, dese xeito, a integridade da república e a aplicación do dereito no futuro. Nos autores modernos: Maquiavelo, Bodino, Hobbes, etc., como expón Schmitt no seu libro *A ditadura*, a palabra seguiu gozando de boa consideración. Neles, a ditadura é a cláusula de peche do sistema ante situacións de anormalidade. O rei, que era o soberano, nomeaba un militar para que se fixese cargo da situación excepcional e, unha vez superada, as cousas seguían

segundo a súa orde normal aplicándose as normas xurídicas que, durante a excepción, se deixaran de aplicar.

A visión da ditadura cambiou coas revolucións liberais de finais do XVIII e os seus epígonos do XIX e do XX, que son os autores positivistas. O pensamento liberal, fillo do racionalismo ilustrado, trata de prever taxativamente todas as situacións de anormalidade no dereito positivo. Sen prexuízo de ocuparnos disto máis adiante, baste con deixar apuntado aquí que, para este pensamento, predominante desde hai dous séculos, a ditadura é un mal que cómpre evitar. Non se concibe que durante un período de tempo determinado deixen de aplicarse as normas xurídicas. A prol dos principios de legalidade e de seguridade xurídica, só se pode suspender a aplicación do dereito se, pola súa vez, o mesmo dereito contempla explicitamente as excepcións á súa aplicación⁶.

Enténdese así o porqué da denigración da ditadura. Tras dous séculos de hexemonía liberal, o substantivo «ditadura» converteuse en tabú. Só é empregado para deostar o inimigo político. Así pois, os corenta anos do réxime autoritario e iliberal do xeneral Franco foron unha ditadura, a Hungría de Viktor Orbán é unha ditadura, Putin é un ditador, Nicolás Maduro outro ditador, etc. Todos os que se opoñen á hexemonía liberal son designados igual: ditadores; e o seu réxime, ditadura⁷. Pero, do lado contrario, pasa exactamente o mesmo. A saber, para os marxistas os réximes liberais son ditaduras burguesas, ditaduras do capitalismo, ditaduras reaccionarias⁸, etc. Esta confusión nos termos, iniciada co pensamento liberal e da que é fillo fiel o pensamento socialista, chega ao seu clímax simplificador coa oposición entre ditadura e democracia tan habitual na linguaxe política do noso tempo. Uns, á vez que se proclaman auténticos demócratas e os seus réximes verdadeiras democracias, acusan os outros de ditadores e de ditaduras os seus sistemas, e á inversa. Este antagonismo permanente permite que saia á superficie unha das verdades políticas que adoitan permanecer ocultas: a distinción amigo e inimigo⁹. Pero, polo demais, non contribúe en nada ao estudo da ditadura.

Entendida no sentido clásico antes exposto, a institución da ditadura non se opón nin á forma democrática de goberno, nin á aristocrática, nin á monárquica. Tampouco se trata dunha forma de Estado. A ditadura é meramente un medio (xurídico) para superar unha situación de anormalidade concreta compatible con calquera forma de goberno. A ditadura consiste no exercicio do poder sen estar limitado polas normas e as garantías previstas para o caso de normalidade, as cales, mentres dura a excepcionalidade, quedan en suspenso, pero que, superada a anormalidade, as ditas normas e garantías xurídicas volven á súa aplicación. Non obstante, coa Revolución Francesa e a Convención, xorde outro uso da ditadura como instauradora dunha nova orde política; pero, unha vez que se institucionaliza a nova orde, as normas aplícanse en situación de normalidade no novo réxime. En todo caso, xa sexa en sentido clásico, xa sexa no segundo dos sentidos, a transitoriedade ou temporalidade é a nota común ás dúas. Noutras palabras, non hai ditaduras permanentes nin ditadores eternos¹⁰ que operen totalmente á marxe do dereito; iso ten outro nome: despotismo¹¹.

2.2 Ditadura soberana e ditadura comisaria

A popularización desta distinción débese a Carl Schmitt¹². Adxectiva como soberana aquela ditadura «onde a totalidade do ordenamento xurídico queda en suspenso, servindo a ditadura para a produción dunha orde completamente nova»¹³. A ditadura soberana supón, pois, a ruptura xurídica co réxime anterior, xa fose este democrático, monárquico ou de calquera tipo, co fin de establecer unha nova orde xurídica propia, xa sexa esta nova orde democrática, monárquica, etc. A ditadura soberana relaciónase, nas democracias, co poder constituínte da nación. Por exemplo, no intervalo que vai desde o 14 de abril de 1931 ao 9 de decembro do mesmo ano, o poder constituínte español exerceu unha ditadura soberana mentres non se promulgou a nova Constitución republicana. Os constituíntes exerceron o «poder estatal sen barreiras xurídicas»¹⁴ co fin de establecer unha nova orde tras romper o modelo establecido pola Constitución de 1876 sen seguir procedemento de reforma ningún. Outro exemplo de ditadura soberana foi a exercida polo xeneral Franco entre outubro de 1936 e as primeiras leis fundamentais que foron institucionalizando o Estado xurdido da Guerra Civil. Unha vez institucionalizado este, a ditadura soberana desapareceu e empezaron a operar as normas da nova orde¹⁵. O Estado soviético xurdido da Revolución de 1917, tras a ditadura do proletariado do partido bolxevique capitaneado por Lenin, é outro exemplo de ditadura soberana¹⁶. Ata que se instaurou o novo réxime, os bolxeviques actuaron libres de toda barreira xurídica¹⁷, pero, unha vez instaurada a nova orde, comezou a operar a nova legalidade xurdida da revolución e, por conseguinte, finalizou a ditadura soberana. En resumo: a ditadura soberana implica o exercicio libre do poder estatal co fin de establecer unha orde xurídica nova sen seguir os procedementos de reforma establecidos; a orde xurídica anterior suspéndese na súa integridade ata que xorde a nova orde e empezan a operar as institucións e normas xurdidas desta, momento no cal desaparece a ditadura soberana.

A ditadura adxectivada como «comisaria» engarza co sentido clásico xa exposto. O ditador comisario é un simple mandatario que debe facer o que o mandante ou comitente lle encomenden sen saír do contido do mandato. Entre os exemplos históricos, temos a vella ditadura romana ou os comisarios do rei absoluto. Estes últimos actuaban á marxe do dereito, é dicir, libres de barreiras xurídicas, e tiveron, no inicio da estatalidade, a misión –o mandato– de debilitar os corpos intermedios (Igrexa, principalmente) para fortalecer o poder do monarca, ou sexa, do Estado¹⁸. Exemplo máis recente é a ditadura comisaria do xeneral Primo de Rivera (1923-1930), quen, por mandato do rei Afonso XIII, tratou –sen éxito– de tranquilizar a continua violencia e restablecer o correcto funcionamento da orde constitucional nos últimos anos do decadente sistema da Restauración Canovista. Tamén podería citarse a ditadura inglesa de Churchill, quen tivo plenos poderes durante a Segunda Guerra Mundial co fin de gañar a contenda. A clave da ditadura comisaria é actuar dentro do marco do mandato sen poder empregar a situación de excepcionalidade para instaurar unha nova orde ou derogar partes da

orde da que o ditador é mero mandatario. O ditador comisario actúa por, para e de acordo co mandato. É un simple comisario ou mandatario. Pode deixar en suspenso a aplicación do dereito nalgún punto concreto, pero non ten a potestade de subverter –de derrogar– a orde da cal recibe o mandato e establecer unha orde nova. Noutras palabras, a ditadura comisaria actúa dentro da orde establecida para superar unha situación de excepcionalidade durante a cal pode suspender, *in concreto*, a aplicación do dereito vixente mentres dure a anormalidade, pero, unha vez solucionado o trámite, restablécese o normal funcionamento da orde e das normas.

A distinción entre ditadura comisaria e ditadura soberana é esencial para chegar a unha primeira conclusión. No caso de caber a institución xurídica da ditadura dentro dunha estrutura constitucional como a española de 1978, é evidente que nunca poderá ser unha ditadura soberana. Esta última implica romper coa orde xurídico-política vixente para instaurar unha nova sen seguir os procedementos de reforma preestablecidos. O ditador soberano actúa no intervalo transitorio entre a orde xurídica conculcada e a nova orde por el establecida. Polo tanto, a ditadura dentro dunha orde constitucional soa pode ser comisaria. O ditador comisario é mandatario do poder constituínte; este terá establecido as condicións da ditadura no texto constitucional. O comisario pode empregar o enorme poder que recibe grazas á Constitución para superar a excepcionalidade, pero non pode establecer unha nova orde constitucional.

3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL E LEGAL DOS ESTADOS EXCEPCIONAIS DE ALARMA E DE EXCEPCIÓN NA PANDEMIA DO COVID-19

3.1 Artigo 116 da Constitución española e Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio

O constituínte español de 1978 regulou os estados de excepcionalidade no artigo 116 da Constitución. O artigo establece unha tripla clasificación: estado de alarma (art. 116.2), estado de excepción (art. 116.3) e estado de sitio (art. 116.4). Así mesmo, o apartado primeiro sinala que «unha lei orgánica regulará os estados de alarma, de excepción e de sitio, e as competencias e limitacións correspondentes» (art. 116.1). A realidade política está marcada pola crise do coronavirus nos últimos meses. Por conseguinte, co fin de comprender os últimos acontecementos, exporemos soamente os dous primeiros estados de excepcionalidade.

3.1.1 Estado de alarma: artigo 116.2 CE e lexislación de desenvolvemento

O artigo 116.2 da CE sinala:

«O estado de alarma será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros por un prazo máximo de quince días, dando conta ao Congreso

dos Deputados, reunido inmediatamente para o efecto e sen a autorización do cal non poderá ser prorrogado ese prazo. O decreto determinará o ámbito territorial a que se estenden os efectos da declaración».

Este precepto está desenvolvido no artigo catro da LO 4/1981, o cal dita:

«O Goberno, en uso das facultades que lle outorga o artigo cento dezaseis, dous, da Constitución poderá declarar o estado de alarma, en todo ou parte do territorio nacional, cando se produza algunha das seguintes alteracións graves da normalidade. (...)

b) Crises sanitarias, tales como epidemias e situacións de contaminación graves».

Ao regular a situación excepcional do estado de alarma –o mesmo veremos a continuación respecto do estado de excepción–, o texto constitucional establece meramente os mecanismos procedementais, é dicir, que o competente para declaralo é o Goberno, que adoptará a forma de decreto, que terá unha duración inicial de quince días e que para prorrogalo cómpre a aprobación do Congreso, pero non establece –o precepto constitucional– nada respecto do contido, senón que deixa enteiramente o seu desenvolvemento á lei. Esta última, pola súa banda, é clarividente ao tipificar as situacións que *si ou si* serán obxecto de estado de alarma. Entre elas, as «crises sanitarias, tales como as epidemias». O legislador non deixa lugar a dúbidas: ante unha crise sanitaria ou epidemia, o instrumento xurídico axeitado é o estado de alarma.

No caso de declarar o estado de alarma, segundo o artigo once da LO 4/1981, poderase «limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos en horas e lugares determinados, ou condicionalas ao cumprimento de certos requisitos» (art. 11.a). Este precepto non é menos diáfano que o anterior, a saber, o legislador prevé que, en caso de declararse o estado de alarma, se poida limitar o dereito constitucional á liberdade de movementos (art. 19 CE) pero nunca *suspender* ou *prohibir*.

3.1.2 Estado de excepción: artigo 116.3 CE e lexislación de desenvolvemento

O artigo 116.3 da CE sinala:

«O estado de excepción será declarado polo Goberno mediante decreto acordado en Consello de Ministros, logo de autorización do Congreso dos Deputados. A autorización e proclamación do estado de excepción deberá determinar expresamente os efectos deste, o ámbito territorial a que se estende e a súa duración, que non poderá exceder os trinta días, prorrogables por outro prazo igual, cos mesmos requisitos».

O precepto é desenvolvido polo artigo trece da LO 4/1981, o cal establece no seu primeiro apartado:

«Cando o libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o normal funcionamento das institucións democráticas, o dos servizos públicos esenciais para a comunidade, ou calquera outro aspecto da orde pública, resulten tan gravemente alterados que o exercicio das potestades ordinarias fose insuficiente para restablecelo e mantelo, o Goberno, de acordo co apartado tres do artigo cento dezaseis da Constitución, poderá solicitar do Congreso dos Deputados autorización para declarar o estado de excepción».

Igual que no caso excepcional do estado de alarma, a Constitución, no apartado terceiro do artigo 116, limitábase ao procedemento que cómpre seguir no caso de declararse o estado de excepción (declarado polo Goberno tras ser autorizado polo Congreso, etc.), pero este artigo non establece contido material ningún, senón que deixa todo o seu desenvolvemento á Lei orgánica 4/1981. Esta última enumera unha serie de supostos en que cabería a declaración de excepción. Entre eles, cando se produza unha grave alteración nos «servizos esenciais para a comunidade». É dicir, cando os servizos fundamentais para o mantemento da orde política se vexan «gravemente alterados», o Goberno, tras autorización do Congreso, debe declarar o estado de excepción. A pregunta que debemos facernos é se, ante a crise sanitaria provocada polo COVID-19, o Goberno debeu ter declarado o estado de excepción en vez do estado de alarma. A resposta é negativa. No caso de «crises sanitarias, tales como pandemias», a *ferramenta xurídica axeitada*, tal como se prevé na regulación actual, é o *estado de alarma* (art. 4 LO 4/1981), nunca o estado de excepción.

Malia non ser adecuado o estado de excepción nunha situación de crise sanitaria ou epidémica, si se debe chamar a atención sobre as medidas que coubese adoptar en caso de estado de excepción. A Constitución sinala no seu artigo 55 e a LO 4/1981 desenvolve no seu artigo 20 que, no caso de declararse o estado de excepción, «a autoridade gobernativa poderá *prohibir* a circulación de persoas e vehículos nas horas e lugares que se determine, e exixirlles aos que se despracen dun lugar a outro que acrediten a súa identidade, sinalándolles o itinerario que deben seguir» (art. 20 LO 4/1981). O Goberno poderá deixar en suspenso o dereito á liberdade ambulatoria consagrado no artigo 19 da norma fundamental durante a vixencia do estado de excepción (art. 55.1 CE). Por conseguinte, adoptar unha medida como o toque de queda –a prohibición de circular pola rúa entre as once da noite e as seis da mañá¹⁹– debe ser *inequivocamente* unha *consecuencia xurídica do estado de excepción*, pero nunca do estado de alarma. Este último só permite «limitar» o dereito á liberdade de movementos, pero non deixalo en suspenso ou prohibilo.

3.2 Aporía positivista e decisionismo

O estado de alarma é a ferramenta xurídica axeitada ante as «crises sanitarias, tales como pandemias», pero, pola súa vez, a declaración deste estado de excepcionalidade non permite prohibir o dereito a circular libremente por todo o territorio nacional. O estado de excepción, pola súa banda, non pode declararse en casos de crises sanitarias. O lexislador fixo unha excepción explícita ao caso xenérico de graves alteracións «dos servizos públicos esenciais» no suposto das crises sanitarias. Estas crises deben ser obxecto de estado de alarma (*lex specialis derogat generali*). Non obstante, soamente o estado de excepción permite a prohibición ou suspensión do dereito fundamental á liberdade ambulatoria. En resumo, débese declarar o estado de alarma cando esteamos ante «crise sanitarias, tales como pandemias», mais o devandito estado non permite prohibir dereitos; se se queren suspender dereitos, débese declarar o estado de excepción, pero

non cabe declaralo no caso de crises sanitarias. Achámonos ante unha imposibilidade lóxica do dereito positivo: unha aporía.

Para o positivista consecuente son inconstitucionais tanto a declaración do estado de alarma como a declaración do estado de excepción nesta pandemia. A inconstitucionalidade do estado de alarma viría dada por que ese estado non permite a prohibición do dereito a circular libremente. A inconstitucionalidade do estado de excepción viría dada por que a súa declaración carecería de causa, xa que, en caso de crise sanitaria, a ferramenta prevista é o estado de alarma. Isto demostranos que nin o lexislador máis racional da historia poderá calcular exhaustivamente o comportamento humano²⁰ nin, menos aínda, poderá contemplar todas as posibilidades existentes no ambiente.

A crise do coronavirus pon de manifesto a incapacidade positivista ante situacións excepcionais. Porén, aquí, na excepción, é onde recobra forza outra visión do dereito máis realista: o decisionismo. O decisionismo vive da excepción, pois esta «debe confirmar a forza da regra»²¹. Se para o positivismo é imposible comprender os estados de excepcionalidade que non están expresamente explícitos, o decisionismo, que vive da excepción e confirma nela o vigor da norma, ten unha solución. Non é unha solución de pura forza, senón que é unha solución xurídica. Para os positivistas, o dereito comeza na norma e remata con ela. Para os decisionistas, o dereito, antes que norma, é decisión. Toda norma xurídica, sobre todo a norma fundamental, é froito dunha decisión política, a cal constitúe a norma. A norma non existe antes da decisión. Non hai nada máis xurídico que a decisión que constitúe a norma²². Desta maneira, débese deixar unha marxe de manobra no dereito –non moi ampla para evitar abusos– para que opere a decisión en casos excepcións e se imponha sobre o dereito positivo. García-Pelayo sinala:

«É imposible encerrar na rixidez do dereito positivo todas as posibles continxencias que poidan formularse no desenvolvemento dos acontecementos, pois a excepción é un momento competente tanto para a vida individual como para a vida colectiva; non cabe dúbida de que toda normatividade ten como suposto necesario unha normalidade, pois non hai norma que se poida aplicar a un caos, de onde se desprende que é sempre preciso deixar unha marxe de decisión persoal ás instancias supremas do poder político»²³.

É un intento de racionalización notable tratar de tipificar, de enumerar, exhaustivamente todos os supostos de excepcionalidade. Cando o poder se institucionaliza en normas, máis seguridade hai para os gobernados e menos abusos por parte do poderoso. Pero débese admitir que sempre haberá un caso excepcional que non encaixa en ningunha previsión do dereito positivo. Nestes casos, o doado é afirmar que toda conduta, se faga o que se faga, é antixurídica ao non subsumirse dentro das categorías do dereito positivo existente. O difícil, porén, é recoñecer que sempre haberá supostos de anormalidade non previstos. Aí é onde o poder político debe ter certa marxe de decisión para superar a situación de anormalidade suspendendo a aplicación normal do dereito ante unha situación concreta e salvando, deste xeito, a aplicación do dereito no futuro. Esta é a institución da ditadura comisaria. «A ditadura comisarial suspende a Constitución *in concreto*, para protexer a mesma Constitución na súa existencia concreta»²⁴. O

presidente do Goberno suspendendo, *in concreto*, o dereito á libre circulación mediante a declaración do estado de alarma salva, deste modo, o conxunto da Constitución para a súa aplicación futura. Prohibir a libre circulación garantida polo artigo 19 da CE non supón suspender totalmente a aplicación do resto da Constitución; porque, nese caso, non estaríamos ante unha ditadura comisaria, senón ante un cambio de réxime, é dicir, ante unha ditadura soberana. Suspender un artigo concreto da Constitución é unha das posibilidades que, en casos de excepcionalidade, debe ter o poder político para garantir a aplicación das normas no futuro. Como di García-Pelayo, «toda normatividade ten como suposto necesario unha normalidade, pois non hai norma que se poida aplicar a un caos, de onde se desprende que é sempre preciso deixar unha marxe de decisión persoal ás instancias supremas do poder político»²⁵. Polo tanto, «a Constitución pode ser suspendida [*in concreto*] sen deixar de ter validez, pois a suspensión soamente significa unha excepción concreta»²⁶.

Por conseguinte, a figura da ditadura comisaria aparece no texto constitucional grazas ao artigo 116 da norma fundamental. Xa que logo, é preclaro que, en contra das palabras do presidente do Goberno, a ditadura comisaria é perfectamente compatible coa Constitución. Logo, a disxuntiva por el formulada –«ou é ditadura ou é constitucional»– é errónea. A Constitución española de 1978 permite, ante casos sumamente excepcionais, o establecemento dunha ditadura constitucional; mero medio ao servizo dun fin: superar a situación de anormalidade.

A grande obxección a todo isto é a formulada máis arriba. A saber, debeuse ter declarado o estado de excepción posto que este si permite a suspensión do dereito á liberdade ambulatoria (art. 55.1 CE)²⁷. Dado é contrapor dous argumentos a esta obxección. Primeiro, o artigo 55.1 da Constitución choca frontalmente co artigo 116.1 da norma fundamental. Este último remite a regulación dos tres estados de excepcionalidade (alarma, excepción e sitio) a «unha lei orgánica» que regulará «as competencias e limitacións correspondentes». Esta remisión total á lei, que poderá ser discutible, pero é a que é, obriga a ler o desenvolvemento legal como parte inescindible do precepto constitucional. E o dito desenvolvemento sentencia que, en caso de «crises sanitarias, tales como epidemias», a ferramenta constitucional é o estado de alarma. Noutras palabras, se se declarase o estado de excepción, el mesmo carecería de todo sustento legal e constitucional ao faltarlle a causa. A maiores, a prol da alarma e en contra da excepción, poderíase dicir que non se está a suspender a libre circulación ao preverse supostos específicos onde si cabería desprazarse. É dicir, o límite entre limitar moito un dereito e a prohibición é sumamente fino. Pero, máis que á delgada liña que separa a limitación severa da prohibición²⁸, a nosa argumentación está encamiñada non a defender un ou outro estado de excepcionalidade desde as categorías do dereito positivo existente, senón a defender e recoñecer que ese dereito positivo, por moi exhaustivo e racional que sexa, é incapaz de prever todas as excepcións. E, se iso é así, hai que recoñecer certa marxe de manobra para que opere a decisión. Agora ben, ao dereito sonlle esenciais as formas²⁹ e, no caso do coronavirus, a decisión debe operar dentro do estado de alarma,

e non de excepción, posto que as «crises sanitarias, tales como pandemias», están citadas expresamente no dito estado e, por iso, se se declara o estado de excepción, non habería forma de revestilo xuridicamente ao faltar a causa. Unha vez recoñecido que o Goberno debe declarar o estado de alarma –e non o estado de excepción–, débese recoñecer, ademais, que, ante falta de regulación no dereito positivo, debe ter certa marxe de manobra para superar a situación de excepcionalidade suspendendo *in concreto* algún precepto constitucional para, superada a anormalidade, garantir a aplicación da Constitución no seu conxunto no futuro.

Cabe opor un segundo argumento á obxección daqueles que afirman que debe declararse o estado de excepción. Trátase dun argumento de prudencia política. É, digamos, metaxurídico. Mentres que o estado de alarma permite «delegación» deste nos presidentes das comunidades autónomas (art. 7 LO 4/1981), o estado de excepción só lle permite ao presidente do Goberno «coordinar» o dito estado excepcional co goberno autonómico (art. 31 LO 4/1981). Este argumento é unha arma de dobre fío. Por un lado, dirase que hai unha falta absoluta de liderado por parte do Goberno, que delega todo nos respectivos gobernos autonómicos. Pero, por outro lado, non debe esquecerse o nivel de cainismo que se está alcanzado na España dos últimos quince anos. A unidade política está ou rota ou moi próxima a quebrarse. Durante o primeiro estado de alarma (marzo-xuño de 2020) as respectivas taifas ou gobernos autonómicos insistiron en que, se eles estivesen á fronte da excepcionalidade, todo tería ido mellor³⁰. Neste novo estado de alarma, o Goberno decidiu –por razóns de prudencia política, preguiza ou mera falta de mando– delegar nas comunidades autónomas o estado de alarma. Sexa como for, a posibilidade de delegación, so pena de convulsionar máis –aínda– a unidade política, é unha razón de peso a considerar a favor do estado de alarma e en contra da excepción.

3.3 Artigo 116.2 CE: límite temporal e control parlamentario

Ante unha situación de excepcionalidade, o presidente do Goberno pode facer uso do artigo 116.2 da Constitución, o cal permite, de acordo coa lexislación de desenvolvemento, establecer unha ditadura comisaria co fin de superar a anormalidade en casos de «crises sanitarias, tales como epidemias». O presidente suspende, *in concreto*, o dereito á liberdade ambulatoria durante certas horas para, deste xeito, garantir a efectividade da Constitución unha vez que volva a normalidade. Non obstante, a ditadura comisaria do presidente do Goberno ten límites infranqueables. O máis obvio é que non podería empregar o artigo 116.2 da norma fundamental para cambiar o sistema constitucional. Suspende, *in concreto*, non significa derrogar os preceptos constitucionais. Para derrogar ou cambiar os dereitos fundamentais hai un procedemento de reforma establecido (art. 168 CE). Sería inconstitucional cambiar a Constitución por un procedemento de reforma distinto do previsto. Noutras palabras, non se pode empregar un artigo constitucional do que se recibe un mandato ou comisión (art. 116.2 CE) para cambiar a Constitución no seu conxunto, pois, nese caso, non estaríamos ante unha ditadura comisaria, única compatible co texto constitucional, senón ante unha ditadura soberana incompatible

coa Constitución. Como Schmitt sinala: «Ou ditadura soberana ou Constitución; unha cousa exclúe a outra»³¹. Os outros límites, que non poden ser mutados ou derogados pola vía de feito, son a duración temporal do estado de excepcionalidade e o control parlamentario.

3.3.1 Duración temporal

Segundo o artigo 116.2 da Constitución, a duración do estado de alarma terá un «prazo máximo de quince días». Mais, conforme ao artigo 6.2 da LO 4/1981, aínda que o estado de alarma «non poderá exceder os quince días» cando se declare, si poderá, no entanto, prorrogarse coa autorización do Congreso e «neste caso poderá establecer o alcance e as condicións vixentes durante a prórroga». É dicir, a prórroga, segundo este precepto legal tremendamente aberto, poderá ter unha duración superior aos quince días. Por unha banda, débese destacar que, ao noso xuízo, este artigo é un dos miles de preceptos inconstitucionais que operan no noso ordenamento pero que, como non foron impugnados en prazo ante o Tribunal Constitucional, gozan de plena vixencia. Foi unha grande omisión do constituínte de 1978 non establecer expresamente no precepto constitucional a duración das prórrogas por igual prazo de quince días. Por outra banda, establecer unha prórroga de seis meses, como a aprobada o 29 de outubro de 2020 polo Congreso dos Deputados, é dubidosamente constitucional. Supón unha mutación constitucional pola vía de feito, algo que non permite a institución da ditadura comisaria. A excepción convértese en norma se, pola vía fáctica, logra imporse; pero converter a excepcionalidade en norma implica cambiar a Constitución; e cambiar a Constitución sen o procedemento de reforma establecido nela (título X, arts. 166 e ss.) supón unha ditadura soberana.

3.3.2 Control parlamentario

O máis grave da prórroga do estado de excepcionalidade aprobada o pasado 29 de outubro é, sen dúbida ningunha, a non fiscalización do Goberno polo Parlamento. Certo é que nos Estados de partidos a fiscalización ao Goberno é «verbalista ou escasamente eficaz»³², posto que o partido no Goberno posúe a maioría parlamentaria. É dicir, o control ao Goberno é máis formal que real. Pero ao dereito sonlle esenciais as formas. De aí que o artigo 116.5 da Constitución, como garantía aos estados excepcionais, diga:

«Non se poderá proceder á disolución do Congreso mentres estean declarados algúns dos estados comprendidos neste artigo, quedando automaticamente convocadas as Cámaras se non estivesen en período de sesións. *O seu funcionamento, así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non poderán interromperse durante a vixencia destes estados*».

Aprobar un estado de excepcionalidade por seis meses para non ter que someterse ao Parlamento durante ese prazo supón derogar, pola vía dos feitos, este precepto constitucional. Ao respecto, Aragón Reyes sentencia:

«A declaración do estado de alarma non pode lexitimar a anulación do control parlamentario do Goberno, como parece que está a suceder, porque a Constitución establece que o funcionamento das Cámaras non poderá interromperse durante a vixencia de calquera dos estados excepcionais³³».

Dixemos e repetimos ao longo do artigo que a institución da ditadura comisaria é compatible coa Constitución española de 1978. Pero nunca se insistirá bastante en que este tipo de ferramenta xurídica para superar unha situación de anormalidade soamente permite suspender a aplicación do dereito, *in concreto*, para garantir aplicación deste no futuro. Habilita o Goberno para suspender certos dereitos fundamentais (por exemplo, liberdade ambulatoria) durante a situación excepcional, pero é contrario á ditadura comisaria derrogar artigos constitucionais. Iso suporía un cambio, unha mutación, constitucional sen seguir o procedemento de reforma previamente establecido. Iso significa establecer unha ditadura soberana; e esta é incompatible co texto constitucional. Por conseguinte, establecer un estado de alarma por un prazo de seis meses para non someterse ao control parlamentario consagrado no artigo 116.5 do texto constitucional supón derrogar o precepto. Implica un cambio constitucional sen seguir o procedemento de reforma establecido. O Goberno foi máis alá da ditadura comisaria permitida pola Constitución para superar a excepcionalidade causada pola epidemia do coronavirus; e isto, repítamos unha vez máis, é inconstitucional.

4 CONCLUSIÓN

Por moi racionalista que sexa o lexislador, e canto máis racionalista máis o esquece, sempre existen factores de incerteza, xa sexa no obrar humano, xa sexa no ambiente, que impiden a aplicación normal e efectiva do dereito positivo. «A normatividade ten como suposto necesario a normalidade», como García-Pelayo apuntou. Na situación excepcional de pandemia que marcou os últimos meses de convivencia colectiva, as normas establecidas son insuficientes. Polo tanto, débese deixar certa marxe para que, mediante decisións políticas, se supere a situación de anormalidade e, suspendendo certos preceptos constitucionais no caso concreto, se garanta a efectividade do dereito e da orde no futuro. Este libre exercicio do poder estatal ante a excepcionalidade, que lle permite suspender dereitos fundamentais *concretos* durante a anormalidade, recibe o nome de ditadura comisaria. Así pois, móstrase a compatibilidade da institución xurídica da ditadura cunha Constitución moderna e democrática. A mesma Constitución, no apartado segundo do artigo 116, habilita a iso. É dicir, permite o establecemento dunha ditadura constitucional.

Non obstante, é incompatible co texto constitucional español –e con calquera outro– o establecemento dunha ditadura soberana. A Constitución establece uns procedementos de reforma. Por conseguinte, tratar de derrogar, coa escusa do estado de excepcionalidade, calquera precepto constitucional é inconstitucional. Por iso, é incompatible coa Constitución establecer unha prórroga do estado de alarma durante seis meses co fin

de evitar o control parlamentario, pois implica unha derogación do artigo 116.5 CE. O control do Parlamento é o control xenuíno establecido polo constituínte de 1978, do cal o presidente do Goberno é un mero comisario, para controlar o Executivo nos estados de excepcionalidade previstos na Constitución.

Establecer unha prórroga da excepcionalidade durante seis meses ten dúas consecuencias xurídicas contrarias á Constitución. Por un lado, supón converter a excepcionalidade en norma, e, se a situación anormal –suspensión do dereito fundamental á liberdade de circulación por todo o territorio nacional– deixa de ser unha suspensión *in concreto* da Constitución durante a excepción e devén en regra, estaríamos ante unha derogación, que non suspensión, dun dereito fundamental establecido no texto constitucional. Por outro lado, evitar someterse ao Parlamento durante seis meses conculca o mandato constitucional do control parlamentario ao Goberno durante a situación de excepcionalidade; ou sexa, derroga, pola vía fáctica, o artigo 116.5 da Constitución. As dúas consecuencias xurídicas supoñen mutación do texto constitucional. Son contrarias á ditadura comisaria compatible coa Constitución. Implican unha ditadura soberana e, como dixo Carl Schmitt e debeu ter repetido o presidente do Goberno se o tivese lido, «ou ditadura soberana ou Constitución; unha cousa exclúe a outra».

5 BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. 2020. «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País (Tribuna)*, 10 de abril de 2020. Dispoñible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html.
- Baño León, J.M. 2013. «Estudio preliminar», en C. Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Bueno, G. 1990. *Nosotros y ellos*. Madrid: Pentalfa.
- Conde, F.J. 1957. *El hombre, animal político*. Madrid: Artes Gráficas Clavileño.
- Duverger, M. 1970. *Introducción a la política*. Madrid: Ariel.
- Fernández de la Mora, G. 1977. *La partitocracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Fuertes, M. 2020. «Estado de excepción, no de alarma», en *El Mundo*, 20 de abril de 2020. Dispoñible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2020/04/20/5e9c34aff-dddff85378b45eb.html>.
- García, L.B. 2020. «Budó: “Con la independencia habríamos actuado antes y no tendríamos tantos muertos ni tantos infectados”», en *La Vanguardia*, 20 de abril de 2020. Dispoñible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200420/48623821222/meritxell-budo-govern-independencia-coronavirus-muertos-infectados.html>.
- García-Pelayo, M. 2009a. «Idea de la política y otros escritos», en *Obras Completas II*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Pelayo, M. 2009b. «Las transformaciones del Estado contemporáneo», en *Obras Completas II*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- García-Pelayo, M. 2009c. «Comunismo y fascismo», en *Obras Completas III*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Pelayo, M. 2009d. «Estado», en *Obras Completas III*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Pelayo, M. 2009e. «Estado y Constitución», en *Obras Completas III*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Pelayo, M. 2009f. «La más grande revolución de nuestro tiempo es la de la liberalización de la mujer; a su lado, la Revolución rusa es una pequeña crisis ministerial», en *Obras Completas III*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gracián, B. 1938. *El Criticón*. Philadelphia: University of Pennsylvania.
- Manin, B. 1998. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Molina, J. 2009. «El verdadero golpismo», en *Libertad Digital*, 7 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.libertaddigital.com/opinion/ideas/el-verdadero-golpismo-1276236779.html>.
- Montesquieu, C.-L.S. 1984. *Del espíritu de las leyes (I)*. Madrid: Ediciones Orbis.
- Schmitt, C. 1975. *Estudios políticos*. Madrid: Doncel.
- Schmitt, C. 2013a. *La dictadura en Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. 2013b. «Dictadura», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. 2013c. «La dictadura del presidente el Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar», en *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. 2014. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial.

NOTAS

- 1 Sobre as perspectivas *emic* e *etic*, véxase Bueno, 1990. Respecto da ecuanimidade, o Nobel galego Camilo José Cela dicía que é «imparcialidade serena do xuízo» (García-Pelayo, 2009f: 3277).
- 2 O xefe da oposición limitábase a repetir o dito polo ilustre xurista Aragón Reyes: «A Nosa Constitución ponlle límites ao dereito de excepción, establecendo, no seu artigo 116, os supostos habilitantes, as medidas a adoptar, os seus límites e o seu control, político e xurisdiccional. Por iso, en España, as situacións de excepción non permiten o establecemento, para intentar resolvelas, dunha ditadura constitucional, senón só un reforzamento dos poderes do Estado que non autoriza, non obstante, a derogación completa das garantías constitucionais» (Aragón Reyes, 2020).
- 3 Cf. Schmitt, 2013a: 56.
- 4 Ao respecto, García-Pelayo sinala: «En cada conxuntura histórico-política hai uns vocábulos cargados de prestixio que tendencias políticas diversas poden tratar de atraer para si, aínda que iso sexa contrario ao sentido orixinario e á formulación clara e distinta dos seus conceptos» (García-Pelayo, 2009b: 1619).
- 5 Como demostrou Manin, os pais fundadores dos EE. UU. concibiron o seu sistema, que denominaron representativo ou republicano, en oposición á democracia ateniense. «Vían unha diferenza fundamental entre a democracia e o sistema que defendían, un sistema ao que lle chamaban "representativo" ou "republicano"». Eles considerábanse unha «aristocracia natural» (Manin, 1998: 11; 141 e ss.).
- 6 «A ditadura é un problema intratable no pensamento liberal-democrático. (...) Nel só pode recoñecerse temporalmente un dereito de excepción» (Baño León, 2013: xxix).
- 7 Unha rápida ollada á notaría da lingua española, isto é, ao dicionario da RAE, é exemplificadora. Os notarios da linguaxe levantan a seguinte acta respecto da ditadura: «1. f. Réxime político que, pola forza ou violencia, concentra todo o poder nunha persoa ou nun grupo ou organización e reprime os dereitos humanos e as liberdades individuais. (...) 5. f. Réxime autoritario en calquera ámbito». Se nos atemos ao primeiro uso lingüístico («Réxime político que... reprime os dereitos humanos e as liberdades individuais»), todo réxime político do pasado é unha ditadura segundo varíen os «dereitos humanos»: a España dos Reis Católicos ou a Inglaterra de Cromwell, pois non había liberdade relixiosa; o Reino Unido posterior á Segunda Guerra Mundial ou a Francia do xeneral De Gaulle, xa que estaba tipificada a homosexualidade, etc. A quinta acepción non é máis clarividente, posto que equipara réxime autoritario e ditadura; é dicir, réximes tan dispares como o Portugal de Salazar, a España de Franco, a Cuba dos irmáns Castro ou a China de serían todos -malia as diferenzas abismais- ditaduras. En conclusión, a inanidade do uso actual do termo é absoluta para a comprensión da ditadura como institución xurídica.
- 8 Duverger, 1970: 133.
- 9 «Todos os conceptos, ideas e palabras que posúen un sentido *polémico* formúlanse de cara a un antagonismo concreto, están vinculados a unha situación concreta cuxa consecuencia última é unha agrupación segundo amigos e inimigos (que se manifesta en guerra ou revolución), e convértese en abstraccións baleiras e fantasmais en canto perde vixencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedade, clases, ou tamén soberanía, estado de dereito, absolutismo, ditadura, plan, estado neutral, estado total, etc., resultan incompreensibles se non se sabe a quen en concreto se trata en cada caso de afectar, de combater, negar e refutar con tales termos» (Schmitt, 2014: 63).
- 10 «Todas as ditaduras son iguais nun punto esencial: todas fracasan, dado o seu carácter constitutivamente temporal» (Molina, 2009).

- 11 Cf. Montesquieu, 1984: 36.
- 12 Schmitt, 2013b: 356.
- 13 *Ibidem*.
- 14 *Ibidem*.
- 15 Velaquí o absurdo de cualificar o réxime autoritario de Franco e o Estado xurdido da Guerra Civil como «ditadura». O primeiro presidente do Tribunal Constitucional, nada sospeitoso de franquismo, sinala: «O Estado xurdido como consecuencia da guerra civil (1936-1939) pasou por distintas etapas e vicisitudes históricas para configurarse finalmente como Estado autoritario» (García-Pelayo, 2009d: 2966).
- 16 Schmitt trata a ditadura do proletariado á parte da ditadura soberana. No plano teórico é correcto, xa que, tal como a concibiron Engels e Marx, tratábase dun réxime transitorio á sociedade comunista –sen Estado–. Non obstante, a realidade política, como sinalou Schmitt anos despois, é que a revolución bolxevique e a súa ditadura do proletariado non trouxo consigo a desaparición o Estado, senón que instaurou un Estado poderosísimo (Schmitt, 2014: 163).
- 17 Mentres non se instaurou a súa propia orde, Lenin desprezou a legalidade (García-Pelayo, 2009c: 3150).
- 18 Cf. García-Pelayo, 2009e: 3101. Tamén Schmitt, 2013a: 147-148.
- 19 É unha das medidas adoptadas polo Goberno no Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2. Véxase o artigo quinto.
- 20 O home como ente puro de razón é un erro intelectual ilustrado. As persoas, ademais de razón, teñen vontade. E esta última fai moi imprevisible o comportamento humano (Cf. Conde, 1957: 26). Como Gracián sinala en *El Criticón*: «Visto un león, están vistos todos, e vista unha ovella, todas; pero visto un home, non está visto senón un, e aínda ese non ben coñecido. Todos os tigres son crueis, as pombas sinxelas, e cada home da súa natureza diferente» (Gracián, 1938: 318).
- 21 Schmitt, 2013c: 311.
- 22 Cf. Schmitt, 1975: 40 e ss.
- 23 García-Pelayo, 2009a: 1780.
- 24 Cf. Schmitt, 2013a: 214.
- 25 García-Pelayo, 2009a: 1780.
- 26 Cf. Schmitt, 2013a: 215.
- 27 Ilustres autores están entre os defensores do estado de excepción, véxase unha mestra do dereito público como Fuertes (2020) ou como Aragón Reyes (2020).
- 28 Non crin oportuno defender este argumento, porque me parece un exercicio de retórica sofista de primeira orde. O meu único obxectivo é expor de xeito claro e aberto a compatibilidade da ditadura comisaria coa Constitución.
- 29 Cf. Schmitt, 2013a: 263.
- 30 O exemplo paradigmático constitúe a conselleira de presidencia e voceiro do Goberno catalán, quen afirmou: «[se Cataluña fose independente] non teríamos nin tantos mortos nin tantos infectados, e probablemente se tería podido controlar mellor esta pandemia» (García, 2020).
- 31 Schmitt, 2013c: 326.
- 32 Fernández de la Mora, 1977: 161.
- 33 Aragón Reyes, 2020.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 235-252

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4606>

© Hernán Alejandro Olano García

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Legalidade e precedentes xurisprudenciais nacionais e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia



Legalidad y precedentes jurisprudenciales nacionales e interamericanos sobre coronavirus tipo COVID-19 en Colombia

Legality and national and inter-American jurisprudential precedents on COVID-19 type coronavirus in Colombia

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Director do Grupo de Investigación en *Historia das Institucións e*

DDHH “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmeque”

Colexio Xurídico e de Ciencias Sociais

Institución Universitaria Colexios de Colombia - UNICOC

Investigador sénior ante Minciencias

<https://orcid.org/0000-0001-7662-4504>

hernanolano@gmail.com

www.hernanolano.org.co

Resumo: Ante a aparición en Colombia o 6 de marzo de 2020 do primeiro caso de enfermidade polo COVID-19 (coronavirus), as autoridades comezaron a desenvolver protocolos de continxencia de acordo coas tres fases desta pandemia, prevención, contención e mitigación, seguindo as recomendacións da Organización Mundial da Saúde (OMS), así como a remisión a normas legais e xurisprudenciais para o manexo da pandemia en Colombia.

Palabras clave: Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidade, sistema interamericano, Colombia.

Resumen: Ante la aparición en Colombia el 6 de marzo de 2020 del primer caso de enfermedad por el COVID-19 (coronavirus), las autoridades comenzaron a desarrollar protocolos de contingencia de acuerdo con las tres fases de esta pandemia, prevención, contención y mitigación, siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como la remisión a normas legales y jurisprudenciales para el manejo de la pandemia en Colombia.

Palabras clave: Pandemia, COVID-19, coronavirus, legalidad, sistema interamericano, Colombia.

Abstract: Given the appearance in Colombia on March 6, 2020 of the first case of COVID-19 disease (coronavirus), the authorities begin to develop contingency protocols in accordance with the three phases of this pandemic, prevention, containment and mitigation, following the recommendations of the World Health Organization (WHO), as well as the referral to legal and jurisprudential norms for the management of the pandemic in Colombia.

Key words: Pandemic, COVID-19, coronavirus, legality, inter-american system, Colombia.

SUMARIO: 1 Desenvolvemento. 2 Medidas económicas. 3 Precedente xurisprudencial. 4 A pandemia no sistema interamericano. 5 Bibliografía.

1 DESENVOLVEMENTO

As implicacións xurídicas do coronavirus levaron, primeiro, a que o Ministerio de Saúde e Protección Social ditase a Resolución 0380 do 10 de marzo, tomando en consideración o artigo 49 da Constitución; os artigos 5 e 10 da Lei 1751 de 2015 que regula o dereito fundamental á saúde; a Lei 9 de 1979 ou Código Sanitario, que dita medidas sanitarias, así como as disposicións necesarias para asegurar a axeitada situación de hixiene e seguridade en todas as actividades para asegurar o seu cumprimento a través das autoridades de saúde; seguidos do Decreto Único Regulamentario 780 de 2016 do Sector Saúde e Protección Social, así como a Sentenza do 6 de abril de 2000, radicación número 5397 da sección primeira do Consello de Estado, acerca da posibilidade de adoptar medidas preventivas, sancionadoras e de seguridade cando se presentan situacións de vulnerabilidade coa transmisión de enfermidades.

Nesa primeira Resolución 0380 do 10 de marzo, fíxose un claro chamamento a non desobedecer as recomendacións do ministro de Saúde e Protección Social, o cal, para o efecto, actúa en Colombia como autoridade de policía, dentro do que concirne á policía administrativa, establecendo como medida correctiva a aplicación do artigo 368 do Código Penal, que establece: “quen viole a medida sanitaria adoptada pola autoridade competente para impedir a introdución ou propagación dunha epidemia incorrerá en prisión de catro a oito anos”, tipo penal que causou polémica neste país, sumado ás citacións aos que non observaron a reclusión, así como ante a primeira medida policial que se estableceu en Colombia, a obrigatoria autorreclusión, á súa custa, durante 14 días, de toda persoa que chegase a Colombia, proveniente de países como a República Popular China, Italia, Francia e España.

Por outra banda, en Bogotá, a alcaldesa, como primeira autoridade de Policía do Distrito, podendo ditar os regulamentos, impartir as ordes, adoptar as medidas e utilizar os medios de policía necesarios para manter a orde pública, así como para garantir a seguridade, salubridade e tranquilidade cidadás, regulou inicialmente a alerta amarela polo coronavirus, ao teor do Código Nacional de Policía e Convivencia, Lei 1801 de 2016 e do Acordo 079 de 2003 - Código de Policía de Bogotá, onde se lle asignan deberes no artigo 5, así como a observancia, segundo o título III, de comportamentos

que favorecen a saúde pública das persoas, así como o título IV sobre a protección da poboación vulnerable.

A nivel nacional, o presidente da República, Iván Duque Márquez, o primeiro que fixo foi anunciar medidas económicas para os sectores afectados pola pandemia do coronavirus, pero logo virían outras medidas máis graves que, a teor da Constitución Política de Colombia, son alteracións da orde que o Constituínte de 1991 considerou que debían ser conxuradas por medio do estado de emerxencia (art. 215 superior), que regula tres tipos de estados de excepción: (i) guerra exterior; (ii) conmoción interior e (iii) emerxencia na súa orde: a económica, a social, a ecolóxica e a grave calamidade pública, na cal se axusta a pandemia e, ao declararse o dito estado, as facultades do presidente serán excepciónais por un prazo calendario non superior a 90 días durante o ano, malia que a situación indica que o virus permanecerá no ambiente mesmo durante anos.

Como é sabido, en Colombia, a autoridade competente para declarar e expedir os decretos de desenvolvemento do estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública, é o presidente da República, coa sinatura de todos os ministros. En canto ao ámbito temporal, o artigo 215 da Constitución sinala que a declaración do estado de emerxencia é por períodos de ata 30 días, en cada caso, que sumados non poderán exceder os 90 días no ano calendario. E, respecto ao ámbito territorial, a Corte utilizou de maneira analóxica a regra sobre a súa aplicación en todo o territorio ou parte del, pero na pandemia as medidas mesmo transcenden case ao ámbito internacional, xa que se pecharon fronteiras terrestres, marítimas, fluviais e aéreas para evitar que entre o virus.

Así, os presupostos para a declaración do estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública, establecidos no artigo 215 da Constitución, en concordancia coa Lei estatutaria dos estados de excepción, que adiante citarei, son os seguintes: (i) O presuposto fáctico alude a feitos que xurdan distintos dos previstos nos artigos 212 e 213 da Constitución, que alteren a orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúan grave calamidade pública. Ademais, deben ser de carácter extraordinario. (ii) O presuposto valorativo refírese á perturbación ou a ameaza de perturbación en forma grave e inminente da orde económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública. (iii) O xuízo sobre a suficiencia dos medios ordinarios de que dispón o Estado para conxurar a perturbación ou ameaza da orde económica, social e ecolóxica, ou de grave calamidade pública.

Ademais das normas constitucionais sobre os estados de excepción, Colombia ten unha Lei estatutaria, a 137 de 1994, que regula as ditas medidas, buscando a prevalencia dos tratados internacionais, os dereitos intanxibles, garantindo a prohibición de suspender os dereitos (arts. 1 ao 22); normas particulares para o estado de guerra exterior (arts. 22 ao 33); disposicións acerca do estado de conmoción interior (arts. 34 a 45); as propiamente aplicables no estado de emerxencia económica, social e ecolóxica (arts. 46 a 50), así como o réxime procedementa e de aplicación do control constitucional por parte da Corte Constitucional (arts. 51 a 58).

Como o que se quixo normativamente é contrarrestar co estado de excepción feitos que non fora posible prever e que o presidente non os poida controlar nas súas funcións ordinarias, as normas deben ser de inmediata e directa aplicación para calmar a emerxencia, e non se pode aproveitar a ocasión para tramitar proxectos de lei de índole distinta ante o Congreso, ou afectar os dereitos fundamentais da cidadanía, tanto os constitucionais como os que integran o bloque de constitucionalidade e no que corresponde ao principio de intanxibilidade dos dereitos.

A Corte Constitucional, na Sentenza C-252 de 2010, expresou sobre ese particular e nun caso que analizou unha declaración de emerxencia segundo a cal:

«O principio de intanxibilidade de dereitos tamén se estende a outros distintos dos consagrados nos artigos 27 da Convención e 4.º do Pacto Internacional, o cal se orixina por tres vías:

- A primeira, cando o contido dos dereitos expresamente excluídos de restrición excepcional implica non un, senón un conxunto de prerrogativas que gardan relación entre si, todas estas quedan amparadas pola salvagarda.

- A segunda, dada a prohibición que teñen os Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con outras normas internacionais, amplíase tamén o número de dereitos excluídos, a menos que nos instrumentos subscritos existan previsións sobre a súa suspensión nos mesmos termos dos artigos 27 da Convención e 4.º do Pacto.

- E a terceira, dada a vixencia das garantías xudiciais nos estados de excepción, elas, en especial os recursos de amparo e de *habeas corpus*, tamén están excluídas da restrición do seu exercicio. No que atinxe a este punto, aínda que a Convención Americana, ao enumerar no artigo 27 os dereitos intanxibles durante os estados de excepción, non fixo referencia expresa aos artigos 7.6 e 25.1, o seu exercicio tampouco pode restrinxirse por tratarse de garantías xudiciais indispensables para a protección efectiva dos dereitos. Por último, é igualmente importante anotar como aquelas normas que teñen o carácter de imperativas no dereito internacional, malia non figuraren entre os dereitos e as garantías intanxibles, tampouco poden ser inobservadas en uso das facultades derivadas do estado de excepción. Así sucede co respecto da dignidade humana; a prohibición da tortura, os tratos crueis e degradantes, o secuestro e a toma de reféns e o respecto das normas do dereito internacional humanitario».

O efecto principal da declaración do estado de emerxencia en Colombia consiste en que o presidente da República poida ditar decretos con forza de lei destinados exclusivamente a conxurar a crise e a impedir a extensión dos seus efectos. Cada decreto lexislativo presidencial pasa pola revisión automática de exequibilidade (axuste ou non á Constitución Política) á Corte Constitucional, onde se recibe igualmente, de forma obrigatoria concepto do procurador xeral da nación e se outorga un prazo para as intervencións dos cidadáns, para que así o establecido polo xefe do Estado nas súas normas non atente contra a Carta Política, sexan oportunas coa situación e non se vulneren os dereitos.

E é que da Carta Política de 1991 se infire a competencia da Corte Constitucional para realizar o control de constitucionalidade, tanto formal como material, tanto dos decretos legislativos declaratorios dos estados de excepción como dos decretos legislativos de desenvolvemento. Tal competencia é corroborada ademais polas deliberacións a que tiveron lugar na Asemblea Nacional Constituínte; polo modelo do dereito constitucional de excepción polo que optou o Constituínte de 1991; pola regulación que aquel fixo da natureza, límites e sistema de control do estado de conmoción interior; pola natureza xurídica do decreto declaratorio de tal estado de excepción e pola concepción actual da xurisdición constitucional e da súa función.

Neste tipo de decretos, pódense decretar novos tributos ou modificar os actuais, só de forma transitoria, para axudar no saneamento económico, aliviar as cargas das pequenas, medianas e grandes empresas, así como das débedas dos colombianos. Nestes últimos casos, as medidas deixan de rexer ao termo da seguinte vixencia fiscal (que en Colombia coincide co calendario gregoriano), salvo que o Congreso da República (Senado da República e Cámara de representantes en conxunto), durante o ano seguinte, lles outorgue carácter permanente a esas disposicións se o considera xusto e necesario para o país.

A declaración de emerxencia deuse, posto que o presidente da República considerou que as autoridades estatais non contaban coas atribucións suficientes para facer fronte ás circunstancias imprevistas e detonantes da crise económica e social xerada pola pandemia do novo coronavirus COVID-19.

Non é de pouca importancia o coronavirus tipo COVID-19 e cómpre observar obrigatoriamente as disposicións dos decretos legislativos, case 80 nun mes, xunto coas disposicións do Regulamento Sanitario Internacional, así como as da Organización Mundial da Saúde, que forman parte do noso *soft law* e integran con tal categoría o noso bloque de constitucionalidade.

As primeiras medidas do Goberno nacional foron, loxicamente, as restritivas, ou de corentena, despois de que a alcaldesa de Bogotá e outros alcaldes e gobernadores suxerisen unha reclusión pedagóxica voluntaria do 19 ao 23 de marzo; non obstante, o xefe do Estado, nesa condición superior, anunciou o 17 de marzo a declaración do estado de emerxencia económica e social, mediante o Decreto 417, polo termo de 30 días calendario e unha corentena, inicialmente das cero horas (00.00 a.m.) do 25 de marzo (o 24 foi un día de transición entre a xornada pedagóxica local e a corentena nacional) ata as cero horas (00.00 a.m.) do día 13 de abril; logo, con ese rango, do 13 de abril ao 27 de abril e, ante a gravidade das circunstancias, do día 27 de abril ata as cero horas (00.00 a.m.) do día 11 de maio, manifestando o presidente as medidas de “distanciamento social”, polas que reunións de máis de vinte persoas, unha vez que remate a corentena, non poderán celebrarse no país, polo menos ata que remate o ano 2020, incluídos partidos de fútbol, espectáculos artísticos, manifestacións populares ou o exercicio da liberdade de cultos.

2 MEDIDAS ECONÓMICAS

O presidente da República de Colombia, avogado Iván Duque Márquez, anunciou a diario, cun programa institucional de televisión, as medidas económicas, sanitarias e sociais para enfrontar a pandemia do coronavirus (COVID-19) no país, que resumimos nalgunhas como as seguintes:

- Adopción de medidas extraordinarias que permitan descapitalizar entidades financeiras con participación accionaria estatal.

- Adoptar as accións necesarias para garantir o permanente funcionamento do sistema de abastecemento e seguridade alimentaria en todo o territorio nacional.

- Adopción de liñas especiais de crédito por parte da Comisión Nacional de Crédito Agropecuario para os produtores agropecuarios afectados polas causas que orixinaron a declaración de emerxencia económica; poderán cubrir os custos e gastos financeiros asociados ás operacións de crédito agropecuario.

- Adopción de medidas laborais encamiñadas a promover a conservación do emprego e brindar alternativas a traballadores e empregadores dentro da emerxencia económica, aplicables a “empregadores e traballadores, pensionistas connacionais fóra do país, administradoras de riscos laborais (ARL) de orde privada, administradoras de fondos de pensións e de cesantías de carácter privado que administren cesantías e caixas de compensación familiar”.

- Ampliación dos prazos para prorrogar as concesións portuarias, e os portos privados poden habilitarse para recibir carga que teña como propósito “garantir o abastecemento de bens de primeira necesidade ás poboacións que se atopen dentro da área da zona portuaria correspondente, independentemente do tipo de carga autorizada”.

- Análise de todas as medidas tributarias que procedan.

- Autorizacións loxísticas: “Durante o estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, as empresas que prestan servizos de comercio electrónico, envíos e os operadores loxísticos deberán dar prioridade ao envío de produtos e servizos solicitados en liña que sexan de alimentación, de bebidas, de produtos e bens de primeira necesidade, de produtos farmacéuticos e médicos, ópticas, de produtos ortopédicos, de produtos de aseo e hixiene, de alimentos e medicinas para mascotas, e de terminais que permitan o acceso ás telecomunicacións (teléfonos, computadores, tabletas, televisores)”.

- Buscar os mecanismos legais para facilitar e axilizar os procesos de reorganización e insolvencia empresarial.

- Creación de patrimonio autónomo para atender efectos xerados pola pandemia.

- Declarar como servizos públicos esenciais os de telecomunicacións, incluídos os servizos de radiodifusión sonora, os de televisión e os servizos postais. Polo tanto, non se suspenderá a súa prestación durante o estado de emerxencia. Os provedores de redes e servizos de telecomunicacións e postais non poderán suspender os labores de instalación, mantemento e adecuación das redes requiridas para a operación do servizo.

- Dispor dos recursos que estean a cargo da nación e das entidades territoriais.

- O Goberno nacional ofrecerá garantías, a través do Fondo Nacional de Garantías, para que as pequenas e medianas empresas teñan facilidade de acceso a distintas liñas de créditos co sistema financeiro.

- Expedir normas de orde legal que flexibilicen a obriga de atención personalizada ao usuario e que permitan mesmo a suspensión de termos legais nas actuacións administrativas e xurisdicionais.

- Facultades aos gobernadores e alcaldes para que reorienten as rendas de destino específico das súas entidades territoriais co fin de levar a cabo as accións necesarias para facer fronte ás causas que motivaron a declaración do estado de emerxencia, sen necesidade de autorización previa de asembleas ou concellos. Igualmente, poderán sumar, modificar ou facer traslados e operacións orzamentarias con ese fin. Tamén se lles faculta para reducir as tarifas dos impostos territoriais. Estas facultades só se outorgan para o termo de duración da emerxencia sanitaria.

- Flexibilización do réxime laboral en canto aos requisitos dos traballadores a contratar.

- Fortalecemento do Fondo Nacional de Garantías (FNG).

- Garantir o servizo de transporte de carga no territorio nacional, que sexa estritamente necesario para previr, mitigar e atender a emerxencia sanitaria.

- Habilitar actuacións xudiciais e administrativas mediante a utilización de medios tecnolóxicos.

- Desenvolver medidas de importación e comercialización de combustibles co fin de non afectar ao abastecemento.

- Liberalidade para dispor das cesantías por retiro do emprego, mesmo traballando: “O traballador que presentase unha diminución do seu ingreso mensual, certificada polo seu empregador, poderá retirar cada mes da súa conta de cesantías o importe que lle permita compensar a dita redución, co fin de manter o seu ingreso constante. Esta disposición aplícase unicamente para retiros dos fondos administrados por sociedades administradoras de fondos de pensións e de cesantías de carácter privado”.

- Modificar disposicións normativas do Sistema Xeral de Regalías.

- Permitir que o Goberno nacional acuda ao procedemento de contratación directa seguindo os principios de transparencia e legalidade para que as entidades competentes dos sectores de saúde, prosperidade social, educación, defensa e todos aqueles sectores que requiran para pór atención na poboación afectada adquiren a subministración de bens, a prestación de servizos ou a execución de obras no futuro inmediato.

- Programa de devolución do IVE para a poboación máis vulnerable do país.

- Prover os recursos para o sistema de saúde, de maneira que poida atender os requirimentos en materia hospitalaria, tras a emerxencia provocada polo coronavirus (COVID-19). Con estes recursos e a simplificación de trámites, acelerarase a implementación do programa de Punto Final do Acordo de Paz.

- Reconexión do servizo de acueduto a preto dun millón de persoas (200.000 familias) que o teñen suspendido por falta de pagamento.

- Redución e optimización do capital das entidades financeiras con participación accionaria estatal.
- Poderase solicitar un alivio consistente nun aprazamento do pagamento das cotas de créditos hipotecarios, de consumo, tarxeta de crédito, crédito de vehículo e comerciais.
- Simplificar o proceso administrativo sancionador contido na Lei 9 de 1979 e na Lei 1437 de 2011, garantindo o debido proceso e o dereito á defensa.
- Suspensión do cobramento de peaxes a vehículos que transiten polo territorio nacional, cos cales se realicen as actividades de que trata o Decreto 457 do 22 de marzo de 2020, tales como servizos de saúde, transporte de bens de saúde, de primeira necesidade e de consumo ordinario da poboación; transporte aéreo nos casos autorizados, portos de carga, entre outros.
- Suspensión de contraprestacións aeroportuarias, de arrendamentos de espazos en aeroportos, de cobramentos por infraestrutura aeroportuaria; igualmente, dispónse que, “nos eventos en que as aeroliñas reciban solicitudes de retracto, desistencia e outras circunstancias relacionadas coa solicitude de reembolso, poderán realizar, durante o período que dure a emerxencia e ata por un ano máis, reembolsos aos usuarios en servizos prestados pola mesma aeroliña”.
- E un longo etcétera.

3 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Mentres a Corte Constitucional de Colombia se pronuncia acerca dos decretos expedidos en desenvolvemento do estado de emerxencia pola pandemia, debemos retrotraernos aos precedentes máis próximos, xa cunha década de antigüidade, co anterior estado de emerxencia por situacións de saúde, que levou a que ese corpo constitucional se expresase na Sentenza C-252 de 2010, na cal se estableceu que, en casos como este, cómpre valorar os feitos sobrevidos e extraordinarios (presuposto fáctico), porque cando a situación reviste gravidade resulta inminente (presuposto valorativo) recoñecer o exercicio das funcións do Goberno, que habitualmente, en situacións de normalidade, dispón de medios ordinarios para afrontar a problemática que se expón nunha declaración que busque protexer o dereito á saúde (xuízo de suficiencia).

A Corte, na citada decisión, definiu a “orde pública”, fundamento das medidas que se tomaron, que non se desprenden dun feito interno, senón que corresponden a unha afectación mundial; polo tanto, paga a pena mencionar que “orde pública”, para o alto Tribunal Constitucional colombiano, “se trata dun suceso do mundo fenomenolóxico, dun punto de partida empírico que parte da ocorrencia de feitos concretos, perceptibles e, en consecuencia, verificables, que obxectivamente xeran unha alteración das condicións de seguridade e tranquilidade requiridas para o exercicio dos dereitos”. Nada máis claro que esa definición para axustala á pandemia do COVID-19 e verificar que as normas expedidas non teñen un nesgo político, senón que teñen que ver con esa citada “orde pública”, para procurar a vida e a integridade das persoas.

Ademais, na citada decisión, a Corte sostén que “os estados de excepción non exceptúan a Constitución e non son nin poden ser un Estado *de facto*. A pesar de que a Carta Política lle confire ao presidente da República poderes extraordinarios, estes non revisten un grao absoluto, ao atoparse limitados por diversos tipos de controis que buscan impedir os excesos e á vez garantir os principios fundamentais que soportan o Estado de dereito”.

Así mesmo, paga a pena mencionar o desenvolvemento do denominado “principio democrático”, que rexe as normas expedidas no estado de excepción:

«A Corte denotou a importancia que reviste o principio democrático ao sinalar que constitúe un valor fundamental e fin esencial, o principio de maior transcendencia institucional, a directriz que rexe o ordenamento no seu conxunto e a columna vertebral da Constitución xa que garante e asegura que os individuos e cidadáns poidan participar de xeito permanente nos procesos decisorios e de poder político e social que repercutirán de xeito significativo no rumbo da vida institucional, no desenvolvemento persoal e na propia comunidade».

En consecuencia, o principio democrático é universal e expansivo, que explica esa Corporación así:

«É universal, na medida en que compromete variados escenarios, procesos e lugares tanto públicos como privados e tamén porque a noción de política que o sustenta se nutre de todo o que vitalmente lle poida interesar á persoa, á comunidade e ao Estado e sexa polo tanto susceptible de afectar á distribución, control e asignación do poder social. E é expansivo porque súa dinámica, lonxe de ignorar o conflito social, o canaliza a partir do respecto e constante reivindicación dun mínimo de democracia política e social que, de conformidade co seu ideario, debe ampliarse progresivamente conquistando novos ámbitos e afondando permanentemente a súa vixencia, o que demanda por parte dos principais actores públicos e privados un denodado esforzo para a súa efectiva construción».

A Corte analizou e serven como criterios para a análise que, con ocasión da norma de declaración da pandemia como ameaza e os seus decretos complementarios, establecen os requisitos formais que deben cumprir os decretos legislativos que se expidan en virtude do estado de emerxencia:

«i) a sinatura polo presidente da República e todos os seus ministros; ii) os motivos que conduciron á súa expedición; e iii) a indicación do ámbito temporal e territorial da declaración. Para o caso dos decretos de desenvolvemento examínase, ademais, se se ditaron dentro do límite temporal previsto.

Estado de emerxencia - Requisitos materiais

A declaración do estado de emerxencia debe fundamentarse substancialmente nos presupostos establecidos polo artigo 215 da Constitución, isto é: i) a ocorrencia de feitos sobrevidos que perturben ou ameacen perturbar a orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúan grave calamidade pública; ii) a explicación de por que a perturbación ou a ameaza de perturbación á orde económica, social e ecolóxica é grave e inminente, ou

os feitos constitúen unha grave calamidade pública; e iii) a indicación das razóns polas cales a perturbación ou ameaza de perturbación grave e inminente de orde económica, social e ecolóxica, ou que constitúa grave calamidade pública, non pode ser conxurada mediante o uso das atribucións ordinarias das autoridades estatais.

Estados de excepción - Prohibición de suspensión dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais

Dentro dos controis ao exercicio das facultades extraordinarias que exerza o Executivo, o artigo 5.º da Lei estatutaria dos estados de excepción establece a prohibición de suspender os dereitos humanos e as liberdades fundamentais, o cal atopa correspondencia co artigo 214-2 da Constitución, ao sinalar que non poderán suspenderse os dereitos humanos nin as liberdades fundamentais (arts. 212 e 213 C.P.). Os dereitos humanos e as liberdades fundamentais cuxa suspensión se prohibe nos estados de excepción comprenden os establecidos na Constitución Política e os tratados internacionais de dereitos humanos que forman parte do bloque de constitucionalidade (art. 93 superior). Aínda que os dereitos humanos e as liberdades fundamentais non poden ser suspendidos baixo os estados de excepción, algúns deles poden ser restrinxidos na medida en que satisfagan os requirimentos esenciais previstos na Constitución, nos tratados internacionais de dereitos humanos e na Lei estatutaria dos estados de excepción - LEEE».

Polo tanto, entre as regras que delimitan a restrición dos dereitos e liberdades poden sinalarse, de acordo coa xurisprudencia citada:

«i) a limitación debe ser necesaria para alcanzar os fins que deron lugar á declaración do estado de excepción (art. 6, LEEE); ii) non poderá ser afectado o núcleo esencial e débense establecer garantías e controis para o seu exercicio (arts. 6 e 7, LEEE); iii) cómpre xustificar expresamente a restrición dos dereitos para os efectos de demostrar a relación de conexión coas causas da perturbación e os motivos polos cales se fai necesaria (art. 8, LEEE); e iv) a restrición dos dereitos e liberdades só se fará no grao estritamente necesario para buscar o retorno á normalidade (art. 13, LEEE)».

Quedan claras as normas que se deben seguir, pois, segundo a nosa Carta Política, non se permite desmellorar, mediante os decretos lexislativos ditados con fundamento no estado de emerxencia económica, social e ecolóxica, os dereitos fundamentais, nin os sociais que o Estatuto lles confire aos asociados.

4 A PANDEMIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

A Comisión Interamericana de Dereitos Humanos (CIDH), co apoio das súas Relatorías Especiais sobre os Dereitos Económicos, Sociais, Culturais e Ambientais e sobre Liberdade de Expresión, en exercicio do seu mandato, adoptou a Resolución 01/2020, do 10 de abril de 2020, denominada “Pandemia e Dereitos Humanos nas Américas”, con estándares, e recomendacións baixo a convicción de que as medidas adoptadas polos Estados na atención e contención da pandemia deben ter como centro o pleno respecto dos dereitos humanos.

En exercicio das funcións que lle son conferidas polo artigo 106 da Carta da Organización dos Estados Americanos e en aplicación do artigo 41.b da Convención Americana sobre Dereitos Humanos e o artigo 18.b do seu Estatuto, a Comisión Interamericana sobre Dereitos Humanos propúxolles 85 recomendacións aos gobernos dos Estados membros, en relación con xeneralidades; estados de excepción, restricións ás liberdades fundamentais e Estado de dereito; grupos en especial situación de vulnerabilidade; persoas maiores; persoas privadas de liberdade; mulleres; pobos indíxenas; persoas migrantes, solicitantes de asilo, persoas refuxiadas, apátridas, vítimas de trata de persoas e persoas desprazadas internas; nenos, nenas e adolescentes; persoas LGBTI; persoas afrodescendentes; persoas con discapacidade; dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais e cooperación internacional e intercambio de boas prácticas, xa que a pandemia ten efectos diferenciados nos grupos que se atopan en especial situación de vulnerabilidade.

As medidas de restrición de dereitos humanos que se adoptaron para afrontar a pandemia tiñan que cumprir con certos requisitos, como ser temporais, estritamente necesarias e proporcionais.

En relación cos dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais, que é o que nos reúne, a Comisión Interamericana de Dereitos Humanos estableceu nos números 4 ao 19 da citada Resolución 01/2020 o seguinte:

«4. Garantir que as medidas adoptadas para afrontar as pandemias e as súas consecuencias incorporen de xeito prioritario o contido do dereito humano á saúde e os seus determinantes básicos e sociais, os cales se relacionan co contido doutros dereitos humanos, como a vida e a integridade persoal e doutros DESCAs, tales como acceso a auga potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpeza, vivenda axeitada, cooperación comunitaria, soporte en saúde mental, e integración de servizos públicos de saúde, así como respostas para a prevención e atención das violencias, asegurando protección social efectiva, incluíndo, entre outros, o outorgamento de subsidios, rendas básicas ou outras medidas de apoio económico.

5. Protexer os dereitos humanos, e particularmente os DESCAs, das persoas traballadoras en maior situación de risco pola pandemia e as súas consecuencias. É importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos e medios de subsistencia de todas as persoas traballadoras, de maneira que teñan igualdade de condicións para cumprir as medidas de contención e protección durante a pandemia, así como condicións de acceso á alimentación e outros dereitos esenciais. As persoas que deban proseguir realizando as súas actividades laborais deben ser protexidas dos riscos de contaxio do virus e, en xeral, débese dar axeitada protección aos traballos, salarios, á liberdade sindical e negociación colectiva, ás pensións e demais dereitos sociais interrelacionados co ámbito laboral e sindical.

6. Asegurar o deseño dun plan de actuación que guíe os procedementos que adecuados para a prevención, detección, tratamento, control e seguimento da pandemia con

base na mellor evidencia científica e no dereito humano á saúde. Estes procedementos deben ser transparentes, independentes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espazos oportunos de participación social para a avaliación dos impactos e resultados das medidas adoptadas, que permitan xestionar os axustes necesarios desde un enfoque de dereitos humanos. Así mesmo, establecer espazos de diálogo nacionais con participación de persoas expertas independentes, as institucións nacionais de dereitos humanos e o sector privado.

8. Velar por unha distribución e acceso equitativos ás instalacións, bens e servizos de saúde sen discriminación ningunha, sexan públicos ou privados, asegurando a atención das persoas con COVID-19 e os grupos desproporcionalmente afectados pola pandemia, así como persoas con enfermidades preexistentes que as fan especialmente vulnerables ao virus. A escaseza de recursos non xustifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples ou interseccionais.

9. Asegurar o acceso a medicamentos e tecnoloxías sanitarias necesarias para enfrontar os contextos de pandemia, particularmente prestando atención ao uso de estratexias como a aplicación de cláusulas de flexibilidade ou excepción en esquemas de propiedade intelectual, que eviten restricións a medicamentos xenéricos, prezos excesivos de medicamentos e vacinas, abuso de uso de patentes ou protección exclusiva aos datos de proba.

10. Asegurar a dispoñibilidade e provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridade, insumos e suplementos médicos esenciais de uso do persoal de saúde, fortalecer a súa capacitación técnica e profesional para o manexo de pandemias e crises infecciosas, garantir a protección dos seus dereitos, así como a disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrontar este tipo de situacións de emerxencia sanitaria.

11. Mellorar a dispoñibilidade, accesibilidade e calidade dos servizos de saúde mental sen discriminación ante os efectos dos contextos de pandemia e as súas consecuencias, o que inclúe a distribución equitativa de tales servizos e bens na comunidade, particularmente das poboacións que se ven máis expostas ou en maior risco a verse afectadas, tales como persoas profesionais de saúde, persoas maiores ou persoas con condicións médicas que requiren atención específica da súa saúde mental.

12. Garantir o consentimento previo e informado de todas as persoas no seu tratamento de saúde no contexto das pandemias, así como a privacidade e protección dos seus datos persoais, asegurándolles un trato digno e humanizado ás persoas portadoras ou en tratamento por COVID-19. Está prohibido someter as persoas a probas médicas ou científicas experimentais sen o seu libre consentimento.

13. Dispor e mobilizar o máximo dos recursos existentes, incluíndo accións de busca permanente dos ditos recursos a nivel nacional e multilateral, para facer efectivo o dereito á saúde e outros DESCAs co obxecto de previr e mitigar os efectos da pandemia sobre os dereitos humanos, mesmo tomando medidas de política fiscal que permitan

unha redistribución equitativa, incluíndo o deseño de plans e compromisos concretos para aumentar substantivamente o orzamento público para garantir o dereito á saúde.

14. Asegurar que, nos casos excepcionais en que fose inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCAs, os Estados deben velar por que tales medidas estean plena e estritamente xustificadas, sexan necesarias e proporcionais, tendo en conta todos os dereitos en xogo e a correcta utilización dos máximos recursos dispoñibles.

15. Integrar medidas de mitigación e atención enfocadas especificamente na protección e garantía dos DESCAs dados os graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia e crises sanitarias infecciosas lles poden xerar. As medidas económicas, políticas ou de calquera índole que sexan adoptadas non deben acentuar as desigualdades existentes na sociedade.

16. Asegurar a existencia de mecanismos de rendición de contas e acceso á xustiza ante posibles violacións dos dereitos humanos, incluídos os DESCAs, no contexto das pandemias e as súas consecuencias, incluídos abusos por parte de actores privados e actos de corrupción ou captura do Estado en prexuízo dos dereitos humanos.

17. Asegurar que as institucións multilaterais de financiamento e investimento de que os Estados forman parte implementen garantías específicas para protexer os dereitos humanos nos seus procesos de avaliación de risco e sistemas de operación relativos a proxectos de investimento ou préstamos monetarios que se dean no contexto de resposta á pandemia e as súas consecuencias sobre os dereitos humanos, en particular dos DESCAs.

18. Suspender ou aliviar a débeda externa e as sancións económicas internacionais que poden ameazar, debilitar ou impedir as respostas dos Estados para protexer os dereitos humanos fronte a contextos de pandemia e as súas consecuencias. Iso co fin de facilitar a adquisición oportuna de insumos e equipo médico esencial e permitir o gasto público de emerxencia prioritario noutros DESCAs, sen pór en maior risco todos os dereitos humanos e os esforzos avanzados por outros Estados nesta conxuntura, dada a natureza transnacional da pandemia.

19. Exixir e vixiar que as empresas respecten os dereitos humanos, adopten procesos de debida dilixencia en materia de dereitos humanos e rendan contas ante posibles abusos e impactos negativos sobre os dereitos humanos, particularmente polos efectos que os contextos de pandemia e crises sanitarias infecciosas adoitan xerar sobre os DESCAs das poboacións e grupos en maior situación de vulnerabilidade e, en xeral, sobre as persoas que traballan, as persoas con condicións médicas sensibles e as comunidades locais. As empresas teñen un rol clave que desempeñar nestes contextos e a súa conduta debe guiarse polos principios e regras de dereitos humanos aplicables».

Paga a pena indicar que estas medidas recomendadas pola Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, malia non seren obrigatorias, forman parte do noso *soft law*, entendido como tal *soft law* o termo acuñado por Lord McNair e coñecido como “dereito suave”, polo que eu entendo e defino o numeroso conxunto de instrumentos, resolucións ou recomendacións, códigos de conduta, declaracións, catálogos ou orientacións non obrigatorios ou non vinculantes de diferentes organismos internacionais.

Noutro nivel do Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Dereitos Humanos, como órgano de protección dos dereitos humanos, consciente dos problemas e desafíos extraordinarios que os Estados americanos, a sociedade no seu conxunto, e cada persoa e familia están a afrontar como consecuencia da pandemia global causada polo coronavirus COVID-19, emitiu unha declaración o 9 de abril de 2020, co fin de instar á adopción e á posta en marcha de medidas, dentro da estratexia e esforzos que os Estados parte da Convención Americana sobre Dereitos Humanos realizaron para abordar e conter a pandemia do coronavirus, no marco do Estado de dereito, co pleno respecto aos instrumentos interamericanos de protección dos dereitos humanos e os estándares desenvolvidos na xurisprudencia dese tribunal.

O diálogo xurisprudencial da CIDH cos xuíces dos Estados parte resalta a importancia que para as obrigas internacionais dos Estados posúe o control de convencionalidade. Mesmo as constitucións nacionais son susceptibles do control de convencionalidade, pois ao referirse a CIDH ás “leis internas” aplicaríanse tamén esas decisións sobre a propia Norma de Normas, como o indicou na Opinión Consultiva O.C.-4/84 do 11 de xaneiro de 1984.

Algo importante para ter en conta é que en Colombia se falou dun estado de cousas inconstitucional e, desa forma, a Corte mencionou os seguintes parámetros como determinantes da procedencia dun estado de cousas inconstitucional:

1) A vulneración masiva e xeneralizada de varios dereitos constitucionais que afecta a un número significativo de persoas.

2) A prolongada omisión das autoridades no cumprimento das súas obrigas para garantir estes dereitos.

3) A adopción de prácticas inconstitucionais, como a exigencia de incorporar a acción de tutela como parte do procedemento para garantir o dereito conculcado.

4) A non expedición de medidas legislativas, administrativas ou orzamentarias necesarias para evitar a vulneración dos dereitos.

5) A existencia dun problema social cuxa solución compromete a intervención de varias entidades, para a adopción mancomunada dun conxunto de medidas multisectoriais que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esforzo orzamentario adicional importante.

6) Se todas as persoas afectadas polo mesmo problema acudisen á acción de tutela para obter a protección dos seus dereitos, produciríase unha maior conxestión xudicial.

A presidenta da Corte Interamericana, a xuíza Elizabeth Odio Benito, sinalou que esta declaración ten por obxecto que “os Estados teñan presente e non esquezan as súas obrigas internacionais e a xurisprudencia da Corte para asegurar a efectiva vixencia e protección dos dereitos humanos na resposta e contención ante a pandemia”.

En particular, a Corte Interamericana considerou nesa declaración que:

«- Os problemas e desafíos extraordinarios que ocasiona esta pandemia deben ser abordados a través do diálogo e a cooperación internacional e rexional conxunta, solidaria

e transparente entre todos os Estados. O multilateralismo é esencial para coordinar os esforzos rexionais para conter a pandemia.

- Os organismos multilaterais, calquera que sexa a súa natureza, deben axudar e cooperar de xeito conxunto cos Estados, baixo un enfoque de dereitos humanos, para buscar solucións aos problemas e desafíos presentes e futuros que está a ocasionar e ocasionará esta pandemia.

- Todas aquelas medidas que os Estados adopten para facer fronte a esta pandemia e poidan afectar ou restrinxir o desfrute e exercicio de dereitos humanos deben ser limitadas temporalmente, legais, axustadas aos obxectivos definidos conforme criterios científicos, razoables, estritamente necesarias e proporcionais, e acordos cos demais requisitos desenvolvidos no dereito interamericano dos dereitos humanos.

- Debe coidarse que o uso da forza para desenvolver as medidas de contención por parte dos funcionarios encargados do cumprimento da lei se axuste aos principios de absoluta necesidade, proporcionalidade e precaución de acordo coa xurisprudencia da Corte Interamericana.

- Dada a natureza da pandemia, os dereitos económicos, sociais, culturais e ambientais deben ser garantidos sen discriminación a toda persoa baixo a xurisdición do Estado e, en especial, a aqueles grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se atopan en situación de maior vulnerabilidade, como son as persoas maiores, as nenas e os nenos, as persoas con discapacidade, as persoas migrantes, os refuxiados, os apátridas, as persoas privadas da liberdade, as persoas LGBTI, as mulleres embarazadas ou en período de posparto, as comunidades indíxenas, as persoas afrodescendentes, as persoas que viven do traballo informal, a poboación de barrios ou zonas de habitación precaria, as persoas que están na rúa, as persoas en situación de pobreza, e o persoal dos servizos de saúde que atenden esta emerxencia.

- Nestes momentos, especial fincapé adquire garantir de xeito oportuno e apropiado os dereitos á vida e á saúde de todas as persoas baixo a xurisdición do Estado sen discriminación ningunha, incluíndo os adultos maiores, as persoas migrantes, refuxiadas e apátridas, e os membros das comunidades indíxenas.

- O dereito á saúde debe garantirse respectando a dignidade humana e observando os principios fundamentais da bioética, de conformidade cos estándares interamericanos en canto á súa dispoñibilidade, accesibilidade, aceptabilidade e calidade, adecuados ás circunstancias xeradas por esta pandemia. Polo sinalado, as traballadoras e traballadores da saúde deberán ser provistos dos insumos, equipos, materiais e instrumentos que protexan a súa integridade, vida e saúde, e que lles permitan desempeñar o seu labor en termos razoables de seguridade e calidade.

- Ante as medidas de illamento social que poden redundar no aumento exponencial da violencia contra as mulleres e as nenas nos seus fogares, é preciso recalcar o deber estatal de debida dilixencia estrita respecto ao dereito das mulleres a vivir unha vida libre de violencia, polo que deben adoptarse todas as accións necesarias para previr casos

de violencia de xénero e sexual; dispor de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, e reforzar a atención para as vítimas.

- Dado o alto impacto que o COVID-19 poida ter respecto ás persoas privadas de liberdade nas prisións e outros centros de detención e en atención á posición especial de garante do Estado, tórnase necesario reducir os niveis de sobrepoboación e aglomeración, e dispor en forma racional e ordenada medidas alternativas á privación da liberdade.

- Débese velar por que se preserven as fontes de traballo e se respecten os dereitos laborais de todos os traballadores e traballadoras. Así mesmo, débense adoptar e impulsar medidas para mitigar o posible impacto sobre as fontes de traballo e ingresos de todos os traballadores e traballadoras e asegurar o ingreso necesario para a subsistencia en condicións de dignidade humana. En razón das medidas de illamento social e o impacto que isto xera nas economías persoais e familiares, débense procurar mecanismos para atender a provisión básica de alimentos e medicamentos e outras necesidades elementais aos que non poidan exercer as súas actividades normais, como tamén á poboación que vive na rúa.

- O acceso á información veraz e fiable, así como a Internet, é esencial. Deben disporse as medidas axeitadas para que o uso de tecnoloxía de vixilancia para monitorrear e rastrexar a propagación do coronavirus COVID-19 sexa limitado e proporcional ás necesidades sanitarias e non implique unha inxerencia desmedida e lesiva para a privacidade, a protección de datos persoais, e á observancia do principio xeral de non discriminación.

- É indispensable que se garanta o acceso á xustiza e aos mecanismos de denuncia, así como que se protexa particularmente a actividade das e dos xornalistas e as defensoras e defensores de dereitos humanos, co fin de monitorrear todas aquelas medidas que se adopten e que leven consigo afectación ou restrición de dereitos humanos, co obxecto de ir avaliando a súa conformidade cos instrumentos e estándares interamericanos, así como as súas consecuencias nas persoas.

- Resulta pertinente pór en alerta os órganos ou dependencias competentes para combater a xenofobia, o racismo e calquera outra forma de discriminación, para que extremen o coidado para os efectos de que, durante a pandemia, ninguén promova gromos desta natureza con noticias falsas ou incitacións á violencia».

A CIDH e a Corte IDH coinciden no impacto que ten o COVID-19 sobre os dereitos económicos, sociais e culturais (DESCA). Nesa liña, sinalan particularmente que o dereito á saúde é o principal compoñente que cómpre garantir, e que se deben asegurar medidas de protección para evitar que o persoal de saúde se contaxie de coronavirus.

En canto aos dereitos vinculados ao traballo, buscou, por unha banda, protexer os ingresos económicos das persoas e, por outra, evitar e minimizar os riscos de contaxio entre os traballadores que continuasen desempeñando labores. A CIDH resaltou a importancia da protección salarial durante a pandemia, pero é unha situación pouco garantida polos empregadores dos Estados parte.

E, acerca do dereito á saúde, paga a pena indicar que, como dereito fundamental, consagrado como tal no Bloque de Constitucionalidade colombiano (PIDESC), é autónomo e como tal foi recoñecido na xurisprudencia constitucional colombiana sen necesidade de acudir á conexidade con outros dereitos, pero principalmente sen acudir á conexidade co dereito á vida. Enténdese por autónomo aquel dereito social acerca do cal existen razóns válidas que o fan fundamental, sen acudir ás que sustentan a existencia doutros dereitos fundamentais liberais ou mesmo sociais. Dada a situación de descoñecemento do carácter fundamental da saúde e a intención de acudir inicialmente á conexidade, desde a perspectiva do grupo, é máis beneficioso para o dereito á saúde que se conecte cos principios de dignidade e liberdade humana.

No Sistema Interamericano estableceuse a responsabilidade internacional do Estado ante a falta da debida inspección, vixilancia e control respecto á prestación de servizos de saúde. Aínda que os casos se relacionan con violacións do dereito á vida ou do dereito de acceso á xustiza, o estándar é útil para entender os alcances do deber de garantía respecto ao dereito á saúde.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Colombia, Corte Constitucional. 2010. «Sentenza C-252 de 2010».
- Colombia, Congreso da República. 1994. «Lei 137 de 1994».
- Olano García, H.A. 2019. *Constitución Política de Colombia*, 3ª ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-marzo-2020>.
- <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.
- <https://agnprensa.com/trabajo-y-resiliencia-recomendacion-205-de-la-oit-y-pos-pandemia/>.
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_492.
- <https://elpreg.org/news/comunidad/el-papa-francisco-ante-la-pandemia-y-pospandemia>.
- <https://ethic.es/2020/04/los-derechos-humanos-en-el-mundo-que-viene/>.
- <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/derechos-humanos-en-tiempos-de-pandemia-recomendaciones-del-sistema-universal-y-del-sistema-interamericano-frente-al-covid-19/>.
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ampnista-internacional-presenta-un-decalogo-de-derechos-humanos-para-afrentar-la-pandemia/>.
- <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/proteger-derechos-humanos-coronavirus>.



Recensiones



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 255-260
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4667>
© Marta Ortiz Márquez
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 15/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Atribución 4.0 International License

A docencia universitaria no ámbito das ciencias xurídicas e sociais. Entre a innovación e a tradición

La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Entre la innovación y la tradición

University teaching in the field of legal and social sciences. Between innovation and tradition



MARTA ORTIZ MÁRQUEZ

Profesora de Dereito Mercantil
Acreditada a profesora contratada doutora
Universidade de Huelva
<https://orcid.org/0000-0003-2320-2695>
marta.ortiz@dthm.uhu.es

Luis García Lozano e José Neftalí Nicolás García (dirs.)
Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019
188 pp.
ISBN: 978-84-1309-822-7

O propósito deste traballo é facer unha breve recensión sobre a obra colectiva *La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Entre la innovación y la tradición*, dirixida polos profesores García Lozano e Nicolás García. Nesta obra atopamos un conxunto heteroxéneo de estudos en que varios profesores universitarios de toda España analizan as distintas facetas implicadas na universidade actual.

A obra, publicada en 2019, mesmo presenta hoxe en día maior interese e actualidade que no momento da súa publicación. Parece que os seus autores presaxiaban a repercusión que a crise do COVID-19 ía a ter en Europa e, en especial na universidade,

en que o confinamento e/ou as restricións fixeron protagonista a docencia en liña e o uso das ferramentas dixitais.

O libro contén un total de dezanove capítulos organizados en cinco partes. A primeira, en que se reflexiona sobre “Os valores universais nos estudos universitarios” (con 3 capítulos); a segunda, titulada “Os plans de estudos universitarios” (con 4 capítulos); a terceira, relativa aos “docentes e o profesorado” (con 5 capítulos); a cuarta, “As novas tecnoloxías e avaliación” (con 5 capítulos); e a quinta, destinada aos “alumnos e estudantes” (con 2 capítulos).

Como é posible deducir pola estrutura desta obra colectiva, o libro ofrece unha panorámica das distintas tarefas docentes e de investigación ás cales debe facer fronte o profesorado universitario na actualidade. Esta diversidade de facetas que van desde as tarefas de investigación e formación do profesorado e labores de docencia ata a innovación docente e implantación das novas tecnoloxías, así como a responsabilidade cara aos discentes, está presente nesta obra.

Na primeira parte, “Valores universais nos estudos universitarios”, pódese observar a vertente investigadora e formativa do profesorado nos tres capítulos que a compoñen. O capítulo I, “A impregnación de Europa e os valores da Unión nos estudos universitarios” (L.M. García Lozano), realiza unha profunda reflexión sobre a perda dos valores que tradicionalmente estaban presentes na sociedade europea recibidos pola tradición histórica do Imperio romano (valores xurídicos), de Grecia (valores políticos-cívicos) e principios relixiosos do cristianismo. Estes valores “impregnaron historicamente o territorio continental. Non obstante, nos últimos tempos sufriron unha perda importante, consecuencia de varios factores, entre outros, a inmigración doutros continentes e civilizacións e a aparición doutros principios” (pp. 23-25). De aí que o autor sinala a necesidade de que a universidade incorpore a formación en valores. Pola contra, esta perda de valores pode dar lugar a unha sociedade “invivible e impracticable” (p. 25) –na miña opinión, esa realidade que presaxiaba o autor xa está a suceder–, o que se traduciría nunha convivencia ingobernable. Por iso, como indica o autor, os valores que tradicionalmente estiveron presentes en Europa deben ser transmitidos e inculcados aos universitarios europeos, con independencia dos estudos universitarios que cursen.

O capítulo II, “A transversalidade dos valores constitucionais no espazo europeo de educación superior” (A. Pérez Miras e V. Faggiani), recolle a necesidade de incluír nos plans de estudos do Espazo Europeo de Educación Superior (en diante, EEES), formación nos valores constitucionais fundamentais aos estudantes, pois, “como cidadáns, deben adquirir competencias, habilidades e destrezas baseadas en coñecementos dos valores constitucionais fundamentais desde os que se desenvolveu o Estado Social e Democrático de Dereito” (pp. 34 e 35). Non obstante, os autores poñen de manifesto a dificultade práctica á hora de dar virtualidade a esta necesidade. No eido das ciencias xurídicas e sociais, si parece factible. Non así nas carreiras técnicas, do ámbito das ciencias, pois é de sobra coñecida a dificultade de encaixar nos plans de estudos actuais os créditos das distintas materias a impartir.

No capítulo III, “A presenza dos valores relixiosos nos plans de estudos universitarios á vista dos tratados da Unión” (L.M. García Lozano), o autor analiza a presenza dos valores do humanismo cristián no continente europeo e a súa influencia na configuración da Unión Europea. O cristianismo, xunto coa influencia da filosofía grega e o dereito romano foron o nexo de unión entre os distintos estados membros e posibilitaron a creación da Unión Europea e a institución da cidadanía europea. A influencia do humanismo cristián foi determinante na configuración da Unión e de aí a importancia da recuperación da formación en valores europeos do humanismo cristián, como elemento configurador e como vía para conseguir un mellor entendemento entre os cidadáns dos distintos Estados e como instrumento para crear unha «categoría» única que evitaría a distinción entre “países e cidadáns de primeira e de segunda dentro da Unión” (pp. 43-58).

A parte II, “Plans de estudos universitarios”, organizada en catro capítulos, analiza distintas cuestións que afectan aos plans de estudos. No capítulo IV, os seus autores analizan brevemente o Real decreto 43/2015, do 2 de febreiro, que modifica a estrutura dos estudos universitarios, e tratan de dar unha verdadeira explicación ao denominado “plan Bolonia”. Os autores cuestionan o cambio da distribución de anos nos estudos universitarios de licenciatura ou diplomatura aos estudos de grao (4+1 ou 3+2), para finalmente facer unha crítica a este e formular como posible xustificación real da reforma a redución do gasto público. O capítulo V recolle unha reflexión acerca dos criterios de avaliación dos traballos fin de grao (desde agora, TFG), cuestionando a idoneidade da valoración polo titor ou por un tribunal. Neste capítulo, os autores poñen de manifesto a dificultade inherente ao TFG non só para o alumno, senón tamén para o profesorado que o dirixe e o cualifica, e propoñen unha mellora metodolóxica tanto para a súa elaboración como para a avaliación destes, concluíndo que resulta necesario homoxeneizar parámetros que permitan unha maior obxectividade. No capítulo VI, a autora recolle as vantaxes e desvantaxes da titorización dos TFG para o docente, chegando á conclusión de que pesan máis as desvantaxes e avogando por desenvolver incentivos tanto para o profesorado como para o alumnado, ao que cómpre incentivar e permitir desenvolver esta investigación sobre a materia que maior interese lle suscite. Pola súa banda, no capítulo VII, os seus autores, a propósito dos TFG e dos traballos fin de máster (en diante, TFM), consideran a duración dos títulos universitarios e cuestionan a obrigatoriedade dos TFG, a súa presenza nos plans de estudos europeos e a posibilidade de articular outra vía máis eficiente para que o alumnado demostrase a asimilación de competencias transversais, por exemplo, mediante a realización dun ensaio ou un ditame.

Na parte III do libro, “Docentes e profesorado”, a través de cinco capítulos (capítulo VIII a capítulo XII), os autores que participan na obra abordan as distintas exixencias a que está sometido o profesorado universitario na actualidade. Realízase unha reflexión profunda sobre o proceso de acreditación docente en que priman máis os criterios cuantitativos que a calidade dos resultados. E, como alternativa, propónse o fomento da “excelencia profesional”, aspiración que debe estar presente en todo “profesional excelente” (capítulo VIII). Ademais, os autores, desde a súa experiencia persoal, aconsellan

como debe ser a incorporación do profesorado interino na universidade (capítulo IX). Así mesmo, estúdanse (capítulos X, XI e XII) os distintos *rankings* e parámetros para determinar a calidade universitaria, cuestiónase a súa utilidade eponse de manifesto a necesidade de contar con outros parámetros ou sistemas de control que permitan verificar a calidade universitaria para tratar de garantir tanto nas distintas áreas de coñecemento como na docencia.

A parte IV, dedicada ás “Novas tecnoloxías e avaliación”, organízase en cinco capítulos (capítulo XIII a XVIII), nos cales os seus autores tratan distintos temas relacionados co uso das novas tecnoloxías nos distintos sectores universitarios. Así, trátase o papel das páxinas web departamentais, a súa función e utilidade e sobre quen recae a elaboración do seu contido (capítulo XIII). O autor deixa constancia da carga que iso pode supor e da falta de recoñecemento por parte da universidade e dos organismos de acreditación destas tarefas. Por outro lado, tamén de grande actualidade é o estudo que se realiza en relación coas novas tecnoloxías nas profesións xurídicas (capítulo XIV), en que se destaca a presenza que a informática e, en concreto, a plataforma LexNET ten en todos os operadores xurídicos. A implantación destas novas ferramentas de comunicación e instrumentos de relación cos xulgados e coas administracións públicas fai necesario contar con garantías de seguridade informática para a protección de datos e o segredo profesional. Por último, quero destacar que a autora pon de manifesto a necesidade de formar os estudantes universitarios do Grao en Dereito no uso destas novas ferramentas, de tal forma que poidan ir adquirindo e desenvolvendo estas competencias profesionais. No capítulo XV destácase o papel do ensino en liña como instrumento cotián que permite ampliar a cobertura educativa e, ademais,ponse de manifesto a importancia da avaliación en liña. Por outra banda, tamén se mostra a necesidade de avanzar na avaliación en liña e propónse un método de avaliación que non sexa sumativo (malia a súa obxectividade), senón de aprendizaxe e acompañamento profesor/alumno e que permita valorar o grao de asimilación por parte do alumno do ensino recibido, en lugar de limitarse a acumular coñecementos. Trátase de que o alumno sexa capaz de desenvolverse e desenvolver competencias profesionais, cando finalice os seus estudos, con independencia de que a materia ou a lei concreta que lle foi explicada tivese sido derogada. A autora deste capítulo XV concibe a docencia e avaliación en liña como unha oportunidade para levar a cabo un cambio no sistema de aprendizaxe, en que o labor do docente non sexa controlar e comprobar, senón máis un labor de seguimento e acompañamento ao alumno para ensinar. Esta tarefa resulta máis doado grazas ás ferramentas dixitais que permiten un acompañamento e seguimento do alumno, aínda que poden implicar un maior esforzo e planificación do profesorado. Trataríase de que o alumno, xunto ao profesor –“xestor” da súa aprendizaxe–, poida levar a cabo unha aprendizaxe efectiva que o prepare como profesional, non en coñecementos, senón no saber profesional. En relación co anterior, o capítulo XVI trata sobre as tecnoloxías da información e da comunicación na docencia universitaria e o uso das plataformas dixitais. Neste capítulo os autores poñen de manifesto que os cambios na forma de impartir a docencia universitaria fomentaron o uso de

novas plataformas dixitais que funcionan a xeito de campus virtual. Estas plataformas serven de apoio ao ensino universitario e foron evolucionando na súa concepción ao longo dos anos. Actualmente, xa non se limitan a ser un mero “taboleiro informativo”, como refiren os seus autores, senón que se constitúen como unha ferramenta que completa o ensino impartido nas aulas. Son unha vía para lanzar “pílulas educativas”, vídeos con clases maxistras, ferramentas para realizar ou almacenar traballos planificados polo profesor, mesmo en ocasións certos traballos ou test se autocorrixen, facilitando o labor do profesor. Son instrumentos para completar e acompañar o alumno na súa aprendizaxe, pois permiten facer un seguimento do ensino personalizado, programar exercicios, realizar avaliacións. En definitiva, axudarlle ao alumno a adquirir competencias e habilidades para o seu desenvolvemento profesional e persoal tanto nun escenario de presencialidade como de semipresencialidade e, mesmo, á docencia en liña, como todos estamos a comprobar nos últimos tempos a consecuencia da pandemia do COVID-19. No capítulo XVII abórdase o tema da conformación dos tribunais examinadores dos TFG e cuestiónase a idoneidade de que estean formados por profesores dunha única disciplina ou, pola contra, que sexa multidisciplinaria. Os seus autores, despois de pór de manifesto as vantaxes e desvantaxes dunha e outra opción, conclúen indicando que o debate segue aberto e que a resposta dependerá dos recursos humanos dispoñibles.

A parte V do libro, titulada “Os alumnos e estudantes”, consta de dous capítulos. O capítulo XVIII está dedicado á necesidade de adaptar a metodoloxía docente a estudantes con trastornos do espectro autista nos estudos universitarios. Nel destácase o grande avance que supón que alumnos con este tipo de discapacidade poidan chegar a cursar estudos universitarios, xa que requiren unha adaptación metodolóxica e maior planificación que o resto de alumnos para garantir o éxito do ensino. Ademais, os autores destacan o gran reto que a dita adaptación supón para o caso dos estudos de dereito, en que se require o desenvolvemento de habilidades sociais. Por último, o capítulo XIX, con que se pecha esta obra, fai fincapé na necesidade de esforzarse por facer verdadeiros plans de acollida do alumnado universitario, pois está comprobado que o primeiro ano de carreira adoita haber moitos fracasos e unha gran taxa de abandono. Os autores reflexionan sobre a necesidade de integrar talleres e xornadas que lle permitan ao alumno incorporarse nesta nova etapa da súa formación e sentirse parte dela. A nova etapa vai máis alá de adaptacións de contidos académicos e atende a un proceso de maduración persoal e intelectual. De aí que os autores sinalen que neste primeiro ano os novos discentes estean a arriscar moito máis que un ano de estudos.

Para concluír, gustaríame destacar o valor desta obra colectiva que pon de manifesto as distintas facetas implicadas na organización dos estudos universitarios e as exixencias a que está sometido o seu profesorado. Como sinala no prólogo o profesor J.J. Nicolás Guardiola, esta obra é un claro exemplo do “esfuerzo que as novas xeracións de académicos fan día a día por consolidar unha actividade como é a educación universitaria, con todas as trabas que se están a pór (...)” (pp. 18-19).



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 261-264
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4679>
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 19/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Atribución 4.0 International License

Identidade. A demanda de dignidade e as políticas de resentimento

Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento

Identity. The demand for dignity and the policies of resentment



IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesor axudante doutor de Dereito Constitucional
Universidade Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>
ignacioalvrod@gmail.com

Francis Fukuyama
Ediciones Deusto, Barcelona, 2019
206 pp.
ISBN: 978-84-234-3028-4

O profesor Francis Fukuyama fíxose amplamente coñecido a nivel mundial por soste a tese da *fin da Historia*, tamén coñecida como a *fin das ideoloxías*, do cal o sociólogo Daniel Bell xa dixera algo a finais dos sesenta do pasado século; isto é, que a democracia liberal, unha vez caído o Muro de Berlín, gañara. Que xa non habería modelo alternativo á combinación de dereitos individuais-economía de mercado-participación do pobo na xestión dos asuntos públicos. Que os países que quixesen prosperar de veras, garantindo a paz, a estabilidade, a seguridade e a cobertura social debían abrazar ese modelo. O

núcleo da afirmación do profesor Fukuyama antollouse revelador e atinado, máis alá dos matices que deban facerse polos máis variados motivos.

Hoxe o noso autor interéstanos pola publicación dun libro que convén ler devagar.

O ensaio faise eco da importancia que teñen os grupos na actualidade, eses grupos que se considera maltratados polo Estado, unidos por motivos étnicos, relixiosos, nacionais, de orientación sexual ou de xénero; ese grupo que reivindica unha dignidade propia e específica, tributaria da exixida no seu día por aqueles movementos aglutinados arredor do maio do 68. A autoestima grupal e certas doses de resentimento adoitan ser ingredientes adicionais. En suma: a diferenza importa, a igualdade non tanto. O que media entre Los Panteras Negras e Martin Luther King. O que media do feminismo da igualdade ao feminismo da diferenza.

Para Fukuyama teñen moita importancia esas “experiencias-shock” que tanto estudou Walter Benjamin, posto que negan ou preveñen os individuos de poder ver as súas vidas como un todo, sen apenas experiencias comúns xa. A memoria colectiva vaise cuarteando e parcelando en experiencias individuais illadas do resto. Na era de YouTube, Facebook, Twitter e Instagram isto retroaliméntase exponencialmente. Empeza a xurdir unha nova linguaxe propia desa nova cultura, adscrita aos novos grupos que comparten as mesmas experiencias vitais. “Multiculturalismo” sería o concepto estrela.

Fukuyama sostén que isto goza de claroscuros. Dentro das primeiras destaca que axudan a cambiar a cultura e a conduta de persoas que facían mal cousas e quizais non o sabían, mellorando a prestación de certos servizos públicos (o #MeToo, sen ir máis lonxe). As políticas da identidade serían, ao seu xuízo, a resposta natural e inevitable á inxustiza. Como cousas malas destaca moitas máis, a verdade.

O primeiro problema obsérvao cando estas propostas pretenden substituír a reflexión seria sobre como reverter as desigualdades nas nosas democracias. Sostén que é máis sinxelo argumentar baseándose en “asuntos culturais” dentro de institucións de elite que reunir diñeiro ou convencer lexisladores escépticos para que modifiquen leis. Ao final, di o autor, imos quedar nesas “mulleres de Silicon Valley” ou “mulleres de Hollywood”, cuxos problemas son moi diferentes aos das mulleres correntes. O segundo problema estase a facer especialmente visible nos EE. UU., aínda que non só: os defensores destas correntes non poñen atención a grupos máis numerosos e máis antigos, ignorando os seus problemas e ata mofándose deles (esa clase obreira rural norteamericana...). Un terceiro problema é que a liberdade de expresión se ve ameaza (e, en xeral, o tipo de discurso racional que se necesita para soste a democracia). O enfoque das “experiencias vividas” conduce a valoralas en termos máis emocionais que racionais, o cal presenta problemas adicionais como o da “apropiación cultural”, sen ir máis lonxe.

Con todo, o problema que considera máis importante é o do correlato. É dicir, as políticas de identidade de esquerda xeran o seu correlato na dereita e a corrección política duns transfórmase en incorrección política doutros. Para o autor, descubrir constantemente novas identidades vai facendo que cambien os límites do que se considera aceptable; e eses límites son tamén cambiantes pola súa vez. Faise bastante difícil

estar ao día, aínda querendo. Manhole é agora “*maintenance hole*”; o nome “Washington Redskins” é denigrante para os nativos americanos. O uso do *he/she* nun contexto equivocado denota insensibilidade cara aos intersexuais/transxénero. A E.O. Wilson, coñecido biólogo, tiráronlle un caldeiro de auga pola cabeza ao dicir que algunhas diferenzas de xénero teñen base biolóxica. Para Fukuyama, estas palabras retan a dignidade dun grupo particular e denotan falta de coidado/simpatía cara ás dificultades e loitas dese grupo. Ademais, cre que as formas extremas de corrección política adoitan provir de grupos relativamente pequenos de escritores, artistas, estudantes e intelectuais de esquerda. Pero a dereita fai a lectura correcta e aprovéitao. E así é como personaxes como Donald Trump parecen ter bula e gozar de ampla aceptación, chegando ás cabezas e aos corazóns de millóns de persoas porque se mostra “tal cal é”. Ou como se di hoxe en día: “sen filtros”. Ou sexa, as dereitas tamén crean as súas identidades, que non casualmente son todas aquelas que a esquerda ignora, combate ou menospreza.

Fukuyama estima que políticas da identidade son a lente que traspasa case todo asunto social na actualidade, aínda que achega varias razóns para non caer nese erro (por exemplo, que non deixan de proliferar; que son inaccesibles a eses outros que non pertencen ao grupo; que se basean en principios innegociables, especialmente en caracteres biolóxicos que non admiten transacción ou límite ningún, entre outras).

O norteamericano cre que as sociedades necesitan protexer os marxidados e os excluídos, pero tamén alcanzar metas comúns mediante a deliberación e o consenso. Considera que o cambio na axenda, a esquerda e dereita, na procura de protexer as identidades grupais cada vez máis anchas, acaba por ameazar a posibilidade de comunicación e de acción colectiva. O remedio non pasa tanto por abandonar a idea de identidade, que é en boa medida unha forma en que as persoas se pensan e na cal ven as sociedades que habitan. O remedio é definir as identidades nacionais de forma máis integradora, tendo en conta a diversidade *de facto* que presentan as democracias liberais.

Fukuyama conxura os medos que pode haber de que a identidade nacional se precipite polo noiro etnonacionalista da intolerancia, a agresividade e o iliberalismo. Achega exemplos de identidades nacionais inclusivas, arredor de valores políticos liberais e democráticos. É máis, considéraas básicas e fundamentais para o éxito político, por diversas razóns. Unha é a seguridade física; as nacións fortes e unidas son as que mellor a garanten. Dúas, por calidade e boa gobernanza (bos servizos públicos e menores niveis de corrupción). Tres, facilita e promove o desenvolvemento económico (aí están os exemplos de China, Xapón e Corea do Sur). Catro, promove a confianza, o que lubrica e facilita o intercambio económico e a participación política. Cinco, mantén redes de seguridade social fortes para mitigar as desigualdades económicas. E, finalmente, en sexto lugar, fai posible a democracia liberal, ese contrato implícito entre persoas e gobernos. A democracia necesita a súa propia cultura para funcionar, non basta cunha mera aceptación das súas normas. Require deliberación e debate, respecto ás regras do xogo, unha cultura de tolerancia e mutua simpatía por enriba de visións individuais e “partidistas”.

Fukuyama estima que toda nación é produto de diversos elementos que conflúen (de persoas que foron máis alá da fronteira; dos movementos destas para ampliar horizontes; de asimilar minorías á cultura existente; ou de ir incluíndo as condicións que a sociedade vai presentando conforme avanza o tempo). Proxectos modernos como a Unión Europea pretenderon ir máis alá pero como non se construíu identidade europea non hai sentido de pertenza ou de control sobre as institucións europeas, o que deu pé a diversos desgustos en Bruxelas (crise do euro, crise dos refuxiados, Brexit...).

Que propón Francis Fukuyama? Nun conciso resumo, o seguinte.

En primeiro lugar, non fuxir das políticas identitarias porque forman parte da nosa modernidade. Debemos asumir que toda democracia liberal ten o mesmo dilema: non se pode alimentar unha política identitaria sen retroalimentar outra de signo de contrario.

En segundo lugar, dicirnos a verdade. Isto é, contar os abusos específicos que se producen na realidade e que deron lugar a esas identidades (violencia policial contra os negros; acoso sexual, asalto e violacións a mulleres). Recoñecer os fallos e actuar en consecuencia, en definitiva.

En terceiro lugar, integrar grupos pequenos en grupos grandes, tendo claro que a base destes non poden ser senón os principios demoliberais. Dito con outras palabras, as persoas son cidadás e sobre todo cidadás, status que vén definido por pertencer a un país.

En cuarto lugar, facer exame de conciencia: nin esquerda nin dereita actuaron ben, por esquecerse da clase obreira e abrazar o populismo, respectivamente. En quinto lugar, dotarnos de leis de cidadanía básicas e amplas. Considera que aquí os EE. UU. O saben facer mellor que a UE. Non hai máis que ver as cerimonia de naturalización, onde se lle concede a nacionalidade norteamericana a alguén, o que implican.

En sexto lugar, empezar a exixir algo a cambio. Os dereitos humanos básicos son de todos, claro está. Pero o pleno disfrute de todos os dereitos dentro dun Estado é unha “recompensa” por formar parte decidida e real da comunidade política. Unha desas medidas de fortalecemento podería ser a exixencia dalgún tipo de servizo nacional, civil ou militar. Así, refórzase a idea do compromiso e sacrificio que exixe a cidadanía.

En sétimo lugar, non esquecer que, igual que o cambio tecnolóxico serviu para promover valores democráticos, tamén serviu para o contrario. O principal perigo que observa é unha sorte de “fragmentación social descontrolada” facilitada por Internet. Para Fukuyama, o mundo de hoxe presenta dúas tendencias totalmente opostas e contrarias pero simultáneas. Por un lado, o exemplo da China, construíndo unha ditadura masiva baseada no *big data*, o control poboacional e o crédito social. Por outro, diversas partes do mundo onde as institucións centralizadoras se afunden e xorden Estados frustrados, crece a polarización e baixa a taxa de consenso sobre as metas comúns. As redes sociais e Internet facilitan a emerxencia de comunidades separadas non por barreiras físicas, senón pola crenza nunha identidade común compartida.

Finaliza o ensaio argüíndo que as identidades non veñen predeterminadas, que temos marxe de acción se reparamos no feito de que, igual que se poden usar para dividir, tamén se poden usar para integrar. E nesas estamos.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 265-270
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4696>
© Yolanda Noguero Díaz
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Recibido: 11/12/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License



A regulación dos algoritmos

La regulación de los algoritmos

The regulation of algorithms

YOLANDA NOGUEROL DÍAZ

Bolseira de colaboración da Área de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela
yolanda.noguero@rai.usc.es

Alejandro José Huergo Lora (dir.), Gustavo Manuel Díaz González (coord.)
Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020
368 pp.
ISBN: 978-84-1345-096-4

Esta obra dirixida por Alejandro José Huergo Lora e coordinada por Gustavo Manuel Díaz González ofrece unha completa e interesante aproximación á disciplina xurídica dos algoritmos. Así, leva a cabo en primeiro lugar unha delimitación conceptual e un encadramento deste fenómeno dentro do noso sistema de dereito administrativo. A continuación, contéñense achegas sectoriais en campos interesantes onde os algoritmos teñen presenza, ou espérase que a teñan no futuro, como pode ser no dereito electoral ou na asistencia sanitaria. Neste sentido, cabe recalcar que nos achamos en plena

Cuarta Revolución Industrial, polo que os avances e os investimentos en tecnoloxía e intelixencia artificial non fixeron máis que empezar.

Tendo en conta que nos atopamos ante un tema relativamente recente na nosa Administración pública (que non o é tanto, posto que as novidades tecnolóxicas comezaron a introducirse a mediados da década dos 2000), o que realiza con grande acerto o capítulo I é achegarnos aos conceptos básicos relevantes nesta materia: Administración electrónica, intelixencia artificial, *proxies...* e, sobre todo, define, clasifica e exemplifica os tipos de algoritmos.

Neste sentido, os algoritmos clasifícanse en predictivos e non predictivos. Os algoritmos non predictivos son aqueles que se utilizan para levar a cabo tarefas concretas ou sinxelas; por exemplo, na Administración poderíase utilizar unha calculadora ou un procesador de texto. Non todos os algoritmos non predictivos son así de simples, algúns son complexos, pero o certo é que a conclusión sería a mesma, aínda que non se utilizase o algoritmo porque non é máis que un medio técnico. O resultado sería idéntico, podendo ser, iso si, máis lento ou con máis posibilidades de erro humano, pero en calquera caso podería ser verificado. Os algoritmos non predictivos non substitúen a norma, senón que a traducen para facilitar a súa aplicación. Como o profesor Huergo Lora subliña, en dereito as posibilidades dos algoritmos son moi amplas porque as decisións xurídicas se toman na maior parte das ocasións en función de criterios normativos, polo que a súa utilidade é importante.

Non obstante, non son estes os algoritmos que preocupan, senón os algoritmos predictivos. Estes últimos son aqueles que realizan predicións a partir duns datos achegados. Trátase de mecanismos moito máis complexos e novidosos. Estes constitúen a base da intelixencia artificial e son o instrumento que manexa de xeito máis frecuente os *big data*, que son grandes cantidades de datos aos que o algoritmo ten acceso e que serven para, ao analizalos, extraer correlacións que permiten realizar predicións de feitos futuros. Nestes casos, en canto predicións, estas non poderán ser verificadas e é neste punto onde atopamos os problemas xurídicos, porque non se pode considerar que un algoritmo é infalible.

O problema vai máis alá, porque os algoritmos poden chegar mesmo a realizar “aprendizaxe non supervisada”, *machine learning*, onde ademais de utilizar esas operacións probabilísticas o programa poderá evolucionar (aprender) creando un efecto de *black box* onde nin sequera o programador sabe exactamente o que sucede, non sabe por que o algoritmo chegou exactamente a ese razoamento ou resultado.

Aínda que, na práctica, o certo é que á hora de tomar decisións as predicións dos algoritmos se utilizan como un elemento máis de valoración, de xuízo, a obra analiza tamén, pola súa relevancia, os eventuais casos en que as decisións son integramente automatizadas.

O que podería parecer un grande avance, xa que as súas utilidades son moitísimas e a súa eficiencia está fóra de discusión (a cantidade de datos que podemos procesar os seres humanos é infinitamente menor que a que poden manexar os algoritmos; de

feito, os seres humanos actúan en estatística moitas veces a partir da mostraxe, o que non deixa de ser un nesgo en si mesmo), realmente preséntanos unha serie de riscos e problemas xurídicos.

Un tema de gran relevancia é a análise dos datos que serven de base para o funcionamento deses algoritmos. Estúdase a obtención dos datos e a súa relación coa anonimización destes ou co consentimento (especialmente relevante na relación do particular coa Administración, porque esta pode establecer unha sorte de consentimento “obrigatorio” ao exixirlle ao peticionario dun determinado trámite que acepte expresamente a autorización para o tratamento dos seus datos).

Tamén constitúe un risco o propio uso dos datos, o seu almacenamento e a súa reutilización. Este terceiro perigo deriva principalmente dos medios empregados para a súa obtención: a informática permite que os datos que se xeren poidan ser reutilizados e almacenados de xeito moito máis cómodo que o papel. Outra ameaza radica en que a lexislación vixente non obriga a dar a coñecer ao cidadán que a decisión se elaborou con axuda dunha aplicación informática nin tampouco obriga á publicación do “código fonte” do programa. Todo iso inflúe no dereito á información e no acceso ao funcionamento dos algoritmos, explicado en relación cos datos persoais por Javier Núñez Seoane no capítulo X, “O dereito de información e acceso ao funcionamento dos algoritmos que tratan datos persoais”.

Tamén nos atopamos coa problemática dos indicadores ou *proxies*, presupostos de feito na virtude dos cales se vai tomar unha decisión. Esta é unha cuestión relevante para a seguridade xurídica e a nosa maneira de entender o dereito, porque neste caso o presuposto que se utiliza para decidir se se aplica ou non unha consecuencia xurídica non é o que aparece na norma, senón outro diferente (*proxy*) que *adoita* correlacionarse con el.

Todos eses problemas e riscos quedan patentes ao longo da obra, son explicados dunha maneira clara e exemplificativa para que se tome consciencia do importante que é a regulación destes mecanismos e o seu correcto encadramento xurídico, xa que poden afectar aos nosos dereitos como particulares cando a Administración pública os utiliza.

En calquera caso, e á vista da súa importancia, a regulación por parte do lexislador europeo, do lexislador español e da propia Administración parece insuficiente. As aproximacións a esta disciplina son escasas e deficientes e concéntranse principalmente nas normas de dereito de competencia ou de consumo ou ben sobre protección de datos.

En primeiro lugar, no Regulamento xeral de protección de datos, en concreto no artigo 22 RXPDP, dispónse: “*Todo interesado terá dereito a non ser obxecto dunha decisión baseada unicamente no tratamento automatizado, incluída a elaboración de perfís, que produza efectos xurídicos nel ou lle afecte significativamente de modo similar*”. Como vemos, esa garantía só se aplica a decisións baseadas unicamente no tratamento automatizado.

Pola súa banda, a regulación española do procedemento administrativo ao respecto circunscríbese unicamente ao dereito de protección de datos. No artigo 41.2 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, establécese que: “*En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente o órgano*

ou órganos competentes, segundo os casos, para a definición das especificacións, programación, mantemento, supervisión e control de calidade e, se é o caso, auditoría do sistema de información e do seu código fonte. Así mesmo, indícase o órgano que debe ser considerado responsable para os efectos de impugnación”. Non obstante, de novo estas garantías só se aplican cando o “(...) acto ou a actuación se realiza integramente a través de medios electrónicos por unha Administración pública no marco dun procedemento administrativo e na cal non interviñera de forma directa un empregado público”. Este precepto non se achega ao fundamento normativo que debería subxacer á actuación da Administración cando actúa con estes medios automatizados, aspecto ao que si se lle dá importancia e polo tanto se estuda neste libro.

En último termo, a pregunta é: cal é a natureza xurídica dos algoritmos? O profesor Huergo Lora, no capítulo I, “Unha aproximación aos algoritmos desde o dereito administrativo” senta as bases para poder responder esa pregunta e poder, dese xeito, encadrar correctamente este instrumento dentro do noso ordenamento xurídico. A cualificación dos algoritmos (son regulamentos, son actos?) e a súa correspondente regulación e control veñen determinados pola súa clasificación, porque, como se apunta, non todos os algoritmos son iguais nin teñen a mesma incidencia dentro das resolucións ou actos administrativos.

O que parece claro, e é un aspecto que o libro pretende explicar na parte II, é que a existencia de riscos non debería limitar por completo a súa aplicación, porque as vantaxes ou oportunidades que nos achegan os algoritmos son infinitamente maiores e están presentes no dereito público e no dereito privado.

Así, dedícase ao estudo do seu impacto no dereito público o capítulo IV (“Algoritmos e dereito electoral”, redactado por Miguel Ángel Presno Linera), o capítulo V (“Algoritmos e actuación policial: a policía predictiva”, elaborado por Gustavo Manuel Díaz González), o capítulo VI (“A información sobre os grupos de interese comunitarios: un campo prometedor para o «big data»”, obra de Javier Ballina Díaz), o capítulo VIII (“Relevancia tributaria dos algoritmos na era dixital”, escrito por Jaime García Puente), o capítulo IX (“Análise xurídica da toma de decisións algorítmicas na asistencia sanitaria”, redactado por Guillermo Lazcoz Moratinos) e o capítulo XI (“A automatización da actuación administrativa como factor incremental das posibilidades de efectiva implantación das previsións do art. 28.4 da LCSP”, obra de Alfonso Sánchez García).

Obviamente a maior relevancia do uso dos algoritmos atópase no sector privado. É especialmente incidente a utilización de algoritmos no mercado de valores, e diso precisamente encárgase o capítulo II, “Algoritmos no mercado de valores e protección do investidor: «robo advisors»” escrito por Ignacio Farrando Miguel, onde se explica a negociación algorítmica (NAI, NAAI) que permite analizar información dos mercados para poder realizar estratexias financeiras óptimas tanto por eficacia como por rapidez, pero que, de novo, entraña riscos, sobre todo respecto á estabilidade financeira. No capítulo III, “«Big data» e contrato de seguro: os datos xerados polos asegurados e a súa utilización polos aseguradores”, elaborado por María Luisa Muñoz Paredes,

explícase como se utilizan os *big data* en empresas aseguradoras, por exemplo, á hora de fixar factores de risco ou para establecer determinadas discriminacións en materia de prezos, e que problemas atopamos neste ámbito (neste caso, a problemática radica no principio universal da non discriminación). Tamén son útiles os *big data* para avaliar a solvencia das persoas; diso ocúpase o capítulo VII, “A avaliación da solvencia das persoas mediante o uso de algoritmos”, escrito por Joaquim Castañer Codina. No capítulo XII, “O algoritmo de *YouTube*, o artigo 17 da Directiva 2019/790 e a protección dos dereitos de autor”, escrito por Paula Vega García, estúdase o algoritmo relativo aos dereitos de autor que utiliza *YouTube* para, dun xeito deficiente, acomodar a súa conduta á exigida tras a aprobación da *Directiva 2019/790 do Parlamento e do Consello sobre os dereitos de autor e dereitos afíns no mercado único dixital*.

Concluindo, no seu conxunto a obra pretende brindar unha análise da regulación dos algoritmos e do seu uso en múltiples ámbitos, ofrecendo definicións e clasificacións primeiro, moi clarificadoras, para despois poder analizar especificamente a súa relevancia en sectores concretos. Neste sentido, é unha obra dun marcado carácter interdisciplinario, non só xurídico, precisamente pola cada vez máis abundante presenza dos algoritmos na sociedade. O que nos queda claro é que os algoritmos predictivos son útiles para optimizar procesos que ou ben son puramente automáticos ou ben antes se realizaban de maneira subxectiva ou a partir de criterios intuitivos por parte de seres humanos, pola grande cantidade de datos que poden analizar e utilizar ao mesmo tempo. É un traballo moi valioso para quen desexe aproximarse ao estudo e comprensión desta materia, que, sen dúbida, será se cabe máis relevante conforme avance a tecnoloxía.

