

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** (Universidad 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 de la Escola Galega de Administración Pública

administración & ciudadanía

– VERSIÓN CASTELLANA –



Sumario / Summary

_ ARTÍCULOS / CONTRIBUTIONS

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

[279-476]

[281-294]

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

[295-330]

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Universidad de Oviedo) «**Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19**» Theory and practice of fundamental rights in times of COVID-19

[331-358]

ORTEGA CARBALLO, Carlos (Tribunal Constitucional) «**Derecho de manifestación en tiempos de pandemia**» The right to demonstrate in times of pandemic

[359-376]

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

[377-404]

DURÁN CABRÉ, José M.^a, ESTELLER MORÉ, Alejandro (Universidade de Barcelona) «**COVID-19 y finanzas públicas**» COVID-19 and public finances [405-420]

RODIL MARZÁBAL, Óscar (Universidad de Santiago de Compostela) «**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 [421-440]

CALVO LÓPEZ, Santiago (Universidad de Santiago de Compostela) «**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 [441-476]

_ NOTAS Y CRÓNICAS / NOTES AND CHRONICLES [477-402]

OREIRO ROMAR, José Ángel (Consello Consultivo de Galicia) «**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 [479-492]

VILA-CONDE, Francisco (Universidad Autónoma de Madrid) «**La dictadura y la Constitución española de 1978**» The dictatorship and the Spanish Constitution of 1978 [493-510]

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (Institución Universitaria Colegios de Colombia - UNICOC) «**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 [511-528]

_ RECENSIONES / REVIEWS [529-548]

ORTIZ MÁRQUEZ, Marta (Universidad de Huelva) «**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 [531-536]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (Universidad Complutense de Madrid) «**Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento**» Identity. The demand for dignity and the policies of resentment [537-542]

NOGUEROL DÍAZ, Yolanda (Universidad de Santiago de Compostela) «La regulación de los algoritmos» The regulation of algorithms	[543-548]
Proceso de selección e avaliación dos orixinais Normas de publicación	[549-550]
Proceso de selección y evaluación de los originales Normas de publicación	[551-552]
Selection of contributions and evaluation process Publication requirements	[553-554]



Artículos



Revista Administración & Cidadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 281-294

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4676>

© Vicente Álvarez García

© Flor Arias Aparicio

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

Recibido: 17/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia 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 esenciales 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 Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

<https://orcid.org/0000-0003-1979-603X>

vjalvarez@unex.es

FLOR ARIAS APARICIO

Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

<https://orcid.org/0000-0002-9822-8905>

florarias@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 las catástrofes provocadas por la mano del hombre y por la acción de la naturaleza. 2 El derecho de las crisis y sus elementos esenciales. 3 La legislación ordinaria con previsiones para la lucha frente a las crisis. 4 El derecho constitucional de excepción. 5 La declaración del estado constitucional de alarma para hacer frente a la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus: elementos esenciales de sus tres activaciones. 6 Consideraciones finales: las fortalezas y las debilidades mostradas por nuestro sistema para la lucha contra la pandemia. 7 Nota bibliográfica.

1 INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS CATÁSTROFES PROVOCADAS POR LA MANO DEL HOMBRE Y POR LA ACCIÓN DE LA NATURALEZA

La historia de la humanidad (y, naturalmente, la historia de nuestro país) está repleta de situaciones de crisis que han venido provocadas en muchas ocasiones por la naturaleza (los terremotos, las inundaciones, los grandes incendios urbanos y forestales, etc.), pero en tantísimas ocasiones también por la acción humana que las ha originado de manera más o menos consciente (las guerras, los atentados terroristas, los accidentes químicos o nucleares, etc.).

El canto I de la *Ilíada* homérica nos traslada a tiempos de epidemias mitológicas. Febo Apolo provocó la cólera mortal en el ejército griego que tiempo más tarde conquistaría la ciudad de Troya. Las flechas divinas disparadas desde su arco de plata asolaron durante días a las tropas griegas por el comportamiento del rey Agamenón, que humilló al sacerdote Crises, al no querer devolverle a su amada hija Criseida, a pesar del rico rescate ofrecido por el padre. La ira divina solo se aplacó cuando la doncella fue finalmente devuelta a su lugar de origen en una embarcación pilotada por el ingenioso Ulises.

Desde entonces, son muchas las epidemias documentadas que han asolado a la humanidad, con atribuidos orígenes divinos (la ira de Dios que castiga a los hombres por sus terribles afrentas y pecados) o naturales (la corrupción del aire causada por la conjunción de astros y de fenómenos atmosféricos y/o la putrefacción de suelos y

aguas), pero que han tenido en común su capacidad mortífera diezmando a la población en términos realmente atroces.

Una breve cronología, sin ánimo de exhaustividad, de algunas de las crisis sanitarias a lo largo de la historia nos lleva a recordar algunas de las más trágicas, como la peste de Atenas del año 430 antes de Cristo, tan bien relatada por Tucídides en su *Historia de la guerra del Peloponeso*, o la peste antonina en Roma, a partir del año 165 de nuestra era; la plaga de Justiniano en el Imperio bizantino (años 541 y 542), que arrebató más de treinta millones de almas; la gran peste negra (a partir del año 1347) y las pestes de los siglos siguientes, con más de doscientos millones de vidas truncadas. O, ya en el siglo XX, la llamada gripe española (1918-1919), pero con origen norteamericano, con más de cincuenta millones de víctimas, o el VIH (desde el año 1981), que ha matado a más de veinticinco millones de habitantes en todo el planeta, muestran los estragos que la propagación de las enfermedades (la viruela, el cólera, la disentería, la gripe, el sarampión, la lepra, el tífus, la tuberculosis, la malaria o los coronavirus) han ocasionado en la humanidad.

2 EL DERECHO DE LAS CRISIS Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

En el contexto general de crisis, las respuestas jurídicas aparecen como medio muy cualificado en todas las sociedades para hacer frente a los peligros naturales o humanos que las han acechado a lo largo de los tiempos. En efecto, la lucha contra las emergencias (sanitarias o no) ha tenido como mecanismo característico la sustitución de las reglas jurídicas ordinarias que rigen el día a día por una legalidad extraordinaria (que solo puede aparecer en situaciones graves, y que debe desaparecer cuando estos peligros han dejado de existir). O, en otros términos, ante situaciones excepcionales el derecho ordinario se ha sustituido por un derecho de crisis (o de necesidad). En ocasiones, decía Montesquieu, “es necesario correr, por un momento, un velo sobre la libertad, del mismo modo que se ocultan las estatuas de los dioses”. Y es que, como veremos, y sin que el fin justifique todos los medios, hay casos en los que la necesidad obliga a adoptar medidas realmente extraordinarias.

La atribución de grandes poderes de necesidad a aquellos a los que la sociedad confía la dirección de la lucha contra la crisis (por ejemplo, se les permite suspender derechos fundamentales) se justifica desde la consideración de que esos poderes extraordinarios son indispensables para superar la crisis. Ahora bien, el riesgo de que los poderes públicos abusen de los poderes atribuidos de manera excepcional hace necesario no solo limitarlos (por ejemplo, los gobernantes no pueden utilizarlos indefinidamente, sino tan solo mientras dure la situación de crisis), sino también establecer mecanismos de control efectivo del respeto de esos límites (por ejemplo, políticos o judiciales).

Los elementos esenciales del derecho de crisis que estamos pergeñando se concentran fundamentalmente en dos. En primer lugar, los poderes públicos están no solo habilitados, sino también obligados a luchar contra las situaciones críticas con el objetivo de

asegurar la propia existencia del Estado y la realización de las tareas esenciales para su funcionamiento ordenado. En segundo lugar, dos son los efectos que resultan de este derecho de crisis. Por un lado, un efecto negativo, esto es, la necesidad permite excepcionar temporalmente la aplicación del derecho “normal” u “ordinario”. Por ejemplo, el derecho reconoce como derechos fundamentales la libertad de circulación o el derecho de reunión; en situaciones de crisis estos derechos pueden suspenderse. Por otro lado, un efecto positivo: la necesidad faculta a los poderes públicos para adoptar la regla concreta, el medio jurídico preciso, que, ante una determinada situación de peligro para el fin comunitario esencial (en particular, la propia existencia del Estado), permitirá la realización del fin, superando la específica amenaza contra él. Por ejemplo: en un Estado descentralizado, como España, en tiempos normales la sanidad se dirige de manera descentralizada, pero, en caso de crisis de salud pública, la competencia puede centralizarse en manos del Gobierno de la nación.

El establecimiento de límites a los poderes de necesidad o de crisis persigue evitar (o, al menos, reducir) los riesgos de abuso de los poderes de necesidad. En este sentido, para la activación de estos poderes se requiere, como primera categoría de límites, la existencia de una efectiva situación de necesidad, esto es, debe existir de manera real un peligro que aceche a un fin esencial del Estado (como su supervivencia o la vida ordenada de sus ciudadanos). Una segunda categoría de límites está en relación con el “juego” o puesta en práctica del principio de proporcionalidad en sus tres escalones, de tal manera que será preciso: 1.º) la adecuación o idoneidad de la medida; 2.º) el carácter menos lesivo de la medida (de entre las posibles medidas idóneas); y 3.º) la eventual lesión de los derechos e intereses particulares y generales provocada por la medida adecuada y menos lesiva posible no debe encontrarse “manifiestamente fuera de proporción” con respecto a los efectos beneficiosos derivados de la efectiva realización del fin, superando el peligro que le acechaba (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por último, las normas, sean jurídicas o no, valen para poca cosa si no van acompañadas de unos mecanismos más o menos eficaces para asegurar su respeto por los diferentes sujetos afectados. De nada sirve, por ejemplo, establecer una prohibición de circulación de las personas por las calles durante una epidemia si una parte significativa de la población no la obedece.

Téngase en cuenta, asimismo, que las normas tienen que ser respetadas por los ciudadanos, pero también por los poderes públicos, evitando cualquier posible abuso por parte de estos. De esta suerte, las medidas de necesidad están sujetas a dos tipos esenciales de controles: políticos, por un lado; y jurisdiccionales, por otro.

Los controles políticos, que son aquellos que realizan los parlamentos, utilizan parámetros estrictamente de oportunidad política. Dos ejemplos: 1) El estado de alarma lo declara el Gobierno, quien, una vez declarado, debe informar al Congreso de los Diputados, que interviene *a posteriori*; 2) La prórroga del estado de alarma requiere, sin embargo, la autorización previa del Congreso de los Diputados al Gobierno. Sin la

intervención autorizatoria previa del Congreso, no resulta posible la activación gubernamental del estado de alarma.

Si los órganos parlamentarios utilizan parámetros políticos de control, los órganos jurisdiccionales realizan sus controles con parámetros estrictamente jurídicos. Los jueces y tribunales “ordinarios” pueden controlar, en función de sus respectivas competencias, las distintas medidas de necesidad adoptadas durante la situación de crisis. Por ejemplo: la necesidad de autorización o de ratificación por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo de las medidas sanitarias que impliquen una restricción de derechos fundamentales como las limitaciones de aforo en locales o los confinamientos de poblaciones. Por otra parte, corresponde al Tribunal Constitucional controlar las decisiones de activación de los poderes de crisis. Existe un monopolio de control de este Alto Tribunal sobre los reales decretos de declaración y de prórroga del estado constitucional de alarma.

3 LA LEGISLACIÓN ORDINARIA CON PREVISIONES PARA LA LUCHA FRENTE A LAS CRISIS

El derecho de excepción puede recogerse en normas constitucionales (nuestra Constitución de 1978 prevé los estados de alarma, de excepción y de sitio), pero también en meras normas legales (la legislación de protección civil, de seguridad nacional o de salud pública). Más allá de las previsiones del artículo 116 de nuestra norma fundamental, existe en nuestro ordenamiento jurídico una legislación sanitaria estatal y autonómica con previsiones concretas para hacer frente a crisis de salud pública. Las competencias en este ámbito están distribuidas entre la Administración general del Estado y todas las comunidades autónomas sobre la base del artículo 149.1.16.^a CE. Este precepto confiere al Estado la “competencia exclusiva” sobre “bases y coordinación general de la sanidad”, pero el desarrollo de las bases estatales y su ejecución corresponden a las administraciones regionales.

A diferencia de lo que sucede en otros Estados descentralizados, como Alemania con la *Infektionsschutzgesetz* del año 2000 (Ley de protección contra las infecciones), no existe en España una ley sanitaria específica para la lucha contra las epidemias; por el contrario, las previsiones sobre esta cuestión se encuentran repartidas en distintas leyes estatales en materia sanitaria. Es el caso del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, o del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública. Y, en particular, el importantísimo artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, establece la siguiente cláusula general de habilitación para adoptar las “medidas necesarias” para luchar contra las enfermedades infecciosas: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar *las medidas oportunas* para el control de los enfermos, de las personas que estén

o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como *las que se consideren necesarias* en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Otras normas legales de necesidad sirven para la lucha frente a todo tipo de emergencias en nuestro país. Así, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de protección civil, regula la protección civil como un servicio público que sirve para la defensa de las personas y de los bienes ante las emergencias que pudiesen amenazarlos, ya tengan estas un origen natural o ya derivado de la mano del hombre. En el desempeño de estas tareas, la ley prevé la colaboración de las Fuerzas Armadas, principalmente a través de la Unidad Militar de Emergencias (UME). Esta unidad especializada tiene por misión intervenir en cualquier lugar del territorio nacional para contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos, y, en particular, “en caso de emergencia de interés nacional, asumirá la dirección operativa de la misma, actuando bajo la dirección del ministro del Interior”.

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional, por su parte, contempla la atribución de unos amplísimos poderes de necesidad al presidente del Gobierno mediante la instauración de la figura de la “situación de interés para la seguridad nacional”. Integran este concepto aquellos ámbitos “que requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades, así como el bienestar de los ciudadanos, y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales”, entre los que se encuentra la seguridad sanitaria.

4 EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE EXCEPCIÓN

La regulación de los estados excepcionales en España se encuentra contenida de forma sustancial en el artículo 116 CE. Este precepto constitucional menciona las tres categorías de estados excepcionales (alarma, excepción y sitio), remitiendo para su desarrollo a una ley orgánica, mandato que se hace efectivo en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Los criterios de diferenciación entre estas tres categorías de estados excepcionales son esencialmente cualitativos, esto es, no obedece tanto a cuestiones de intensidad en la gravedad de la situación (cuestiones cuantitativas) como al intento de ofrecer respuestas diferenciadas y específicas ante eventuales situaciones de crisis de una distinta naturaleza. Mientras que el estado de alarma se destina a la batalla contra los riesgos catastróficos “graves” con un origen natural o provocados por la acción humana, que no vayan ligados a alteraciones del orden público, el estado de excepción está orientado a hacer frente a alteraciones tan graves del orden público que el ejercicio de las potestades públicas ordinarias sería insuficiente para restablecerlo y mantenerlo. Por último, el estado de sitio permite responder contra “una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional”, siempre que no puedan solventarse esos peligros por otros medios menos incisivos.

La declaración de cada uno de estos estados de emergencia lleva aparejada la adopción de cuantas medidas sean necesarias para frenar sus efectos y devolver la vida ordinaria a la sociedad. Estas medidas, que pueden ser de cualquier índole o naturaleza (sanitarias, económicas, sociales, etc.), solo pueden prever, sin embargo, la suspensión de derechos y libertades fundamentales para los supuestos de declaración de los estados de excepción y de sitio (art. 55.1 CE).

5 LA DECLARACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE ALARMA PARA HACER FRENTE A LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL CORONAVIRUS: ELEMENTOS ESENCIALES DE SUS TRES ACTIVACIONES

Antes de que el Gobierno de la nación recurriera al derecho constitucional de excepción, algunas comunidades autónomas habían reaccionado ya adoptando medidas sanitarias, como el confinamiento perimetral de municipios, para frenar la emergente crisis del coronavirus. La declaración del estado de alarma el 14 de marzo marcó, en todo caso, la fecha gubernamental de salida para luchar de manera centralizada contra la pandemia.

A esta primera declaración del estado de alarma, mediante el 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 la COVID-19, le sucedieron seis prórrogas gubernamentales, previa autorización del Congreso de los Diputados, mediante otros tantos reales decretos por períodos de quince días de duración.

El 21 de junio se volvía a la renombrada, desde el Gobierno de la nación, “nueva normalidad” y, con ello, a la devolución definitiva de las competencias sanitarias a las comunidades autónomas, que ya se había iniciado desde la tercera prórroga del estado de alarma y que durante la sexta prórroga se concretó en la designación de los presidentes autonómicos como autoridades competentes delegadas. Comienza así el periodo estival caracterizado por la disparidad de las medidas adoptadas por cada una de las comunidades autónomas para contener los focos localizados de la epidemia. Esta falta inicial de criterios mínimos de coordinación administrativa se intenta solventar durante los meses de agosto y de septiembre desde el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano de cooperación e intercomunicación entre las comunidades autónomas y la Administración general del Estado previsto en nuestra legislación sanitaria. En el marco de las reuniones de este Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud tiene especial transcendencia la sesión celebrada el día 14 de agosto en la que se acordaron medidas uniformes para todo el país, que fueron aprobadas ese mismo día mediante una orden “comunicada” a las comunidades autónomas, pero nunca publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, para que sirviese de modelo a estas últimas administraciones a la hora de implementarlas en sus diferentes territorios.

La transposición de esta orden “comunicada” a los distintos ordenamientos jurídicos autonómicos y la consiguiente intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa

ante las solicitudes autonómicas de ratificación de las medidas sanitarias, según resultaba de la interpretación que se hizo entonces del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), desembocó en una gran confusión cuando el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Madrid, a diferencia de cómo venían actuando los órganos judiciales en otras regiones, denegó la ratificación de las medidas sanitarias coordinadas en la Comunidad de Madrid. La consecuencia directa de este distinto comportamiento de los órganos judiciales ante las decisiones de ratificación de las medidas sanitarias fue la aprobación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente la COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, que modifica la redacción del artículo 8.6 LJCA para salvar las dificultades planteadas ante su problemática aplicación. Además, el legislador estatal otorga, expresamente, poder de veto (mediante las técnicas de la autorización previa o de la ratificación *a posteriori*) a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, que pueden bloquear la entrada en vigor de las disposiciones generales “sanitarias” adoptadas por las comunidades autónomas (art. 10.8 LJCA). Se violenta así, indudablemente, el principio de separación de poderes, al convertir legislativamente a los órganos judiciales en un poder “conormador”, que, junto al poder ejecutivo, adoptan las disposiciones generales “sanitarias” que puedan afectar a los derechos fundamentales.

El repunte de los casos durante los meses de septiembre y octubre devolvió el temor por las consecuencias más graves asociadas al coronavirus en lo que se consideraba ya una segunda ola de la pandemia. El riesgo inminente de los efectos en el sistema sanitario y en la salud de la población de la propagación e intensidad de la COVID-19 comportará la reactivación progresiva de dos nuevos estados de alarma: uno primero, tras un duro enfrentamiento entre la Administración general del Estado y las autoridades regionales madrileñas, para el confinamiento de nueve municipios de la Comunidad de Madrid (declarado mediante el Real decreto 900/2020, de 9 de octubre); y otro, el segundo, destinado a habilitar a las comunidades autónomas para la adopción de medidas de necesidad sanitarias limitativas de la libertad de circulación de personas, declarado mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por un plazo de seis meses (hasta el 9 de mayo de 2021), mediante el Real decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

A) Los elementos esenciales de la primera declaración del estado de alarma para la lucha contra el coronavirus por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo.

a. La competencia para la declaración del estado de alarma corresponde, según la Constitución española, al Gobierno de la nación mediante real decreto, sin necesidad de previa autorización del Congreso. No obstante esta forma jurídica, el Tribunal Constitucional considera que este real decreto tiene valor de ley (Auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero; y Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril).

b. El presupuesto fáctico que motiva la activación del estado de alarma es la existencia de una alteración grave de la normalidad provocada por una crisis sanitaria, como es la epidemia de coronavirus (a la que se añade un potencial desabastecimiento de productos de primera necesidad).

c. El ámbito territorial que comprende la declaración abarca el conjunto del Estado.

d. La duración del periodo de alarma se extiende durante todo el plazo constitucional máximo de 15 días, que fueron aumentados sucesivamente mediante seis reales decretos de prórroga (también de 15 días de duración cada uno).

e. El Gobierno de la nación, autoridad competente para la declaración y gestión del estado de alarma, nombró cuatro autoridades delegadas (los titulares de los ministerios de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes), bajo la superior dirección del presidente del Gobierno de la nación.

f. Se establece la obligación de colaboración de las autoridades y del personal al servicio de las diferentes administraciones públicas (también de las comunidades autónomas y de los entes locales) con las autoridades competentes delegadas. Todas las policías del Estado y todos los servicios de protección civil quedan bajo la dirección del ministro del Interior. Además, se activan las Fuerzas Armadas, que actuarán, bajo la dirección de la ministra de Defensa, en el marco de la Operación Balmis.

g. Las medidas de necesidad acordadas para hacer frente a la crisis sanitaria se refieren a: 1) la limitación de la libertad de circulación de las personas; 2) las requisas temporales; 3) las prestaciones personales obligatorias; 4) la contención en el ámbito educativo; 5) la contención en las actividades comerciales, culturales y de ocio, y de restauración; 6) la contención en el ámbito religioso; 7) el reforzamiento del Sistema Nacional de Salud; 8) el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública; 9) los transportes; 10) la garantía del abastecimiento alimentario; 11) el tránsito aduanero; 12) la garantía del suministro energético; 13) los operadores críticos esenciales; 14) los medios de comunicación públicos y privados; o 15) la suspensión de plazos procesales y administrativos.

Dos cuestiones concretas merecen una mención especial por cuanto han generado un debate intenso y han sido ampliamente cuestionadas por la mejor doctrina. Por un lado, los problemas jurídicos que suscita la medida relativa a la fuerte restricción de la libertad de circulación de las personas, dado que la suspensión de esta libertad no está prevista por el artículo 55.1 CE para el estado de alarma, sino solo para los estados de excepción y de sitio; asimismo, se discute la incidencia de esta medida en el ejercicio de otros derechos para los que la libertad de circulación de las personas es un presupuesto básico (el derecho de reunión y de manifestación, la libertad religiosa, etcétera).

El otro gran problema que se planteó durante esta primera declaración del estado de alarma está en relación con el derecho sancionador y la falta de tipificación de infracciones por la legislación de excepción, que cabe suplir con el recurso a otras leyes (la legislación sanitaria, de protección civil y de seguridad ciudadana). El problema “¿irresoluble?” se centra, en esta ocasión, en la previsión del apartado tercero del artículo 1 de la Ley

orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981, que dispone: “Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, *decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora* y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las autoridades competentes, *así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes*”.

B) Los elementos esenciales de la segunda declaración del estado de alarma por el Real decreto 900/2020, de 9 de octubre.

a. El presupuesto fáctico en esta ocasión se sustenta, exclusivamente, en la lucha contra la pandemia, que, según el Ministerio de Sanidad, afectaría de manera particularmente intensa a diversos municipios de la Comunidad de Madrid.

b. El ámbito territorial se reduce a nueve municipios de la Comunidad de Madrid (incluida la capital), con una población superior a 100.000 habitantes.

c. La duración de la situación de alarma se extiende al plazo constitucional máximo de quince días.

d. La autoridad competente para la declaración y gestión de la situación extraordinaria es el Gobierno de la nación.

e. La principal medida de necesidad acordada consiste en la restricción de la entrada y de la salida de personas de los nueve municipios madrileños sobre cuyo territorio se declara el estado de alarma.

C) Los elementos esenciales de la tercera declaración del estado de alarma mediante el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre.

a. El presupuesto fáctico que determina la tercera declaración del estado de alarma es la situación de pandemia, que vuelve a alcanzar una repercusión elevada en el conjunto del Estado.

b. El ámbito territorial al que se extiende la activación del estado excepcional comprende el conjunto del Estado.

c. La duración del estado de alarma, en esta ocasión, se prorroga, tras el plazo constitucional máximo de quince días, por seis meses mediante el Real decreto 956/2020.

d. La autoridad competente, que es legalmente el Gobierno de la nación, designa a los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades delegadas, a las que se atribuye la competencia para aprobar las disposiciones necesarias para la aplicación de las medidas de necesidad previstas por el real decreto de declaración del estado de alarma.

e. En cuanto a las medidas de necesidad adoptadas, el real decreto de declaración de esta situación de emergencia se limita a aprobar una serie de medidas cuya activación queda en manos, en buena medida, de los presidentes autonómicos. Así sucede con las medidas de limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (conocida vulgarmente como “toque de queda”), que cada comunidad autónoma puede modular en la franja horaria establecida por el Gobierno de la nación, o la limitación de la entrada y de la salida de personas del territorio autonómico (aunque, adicionalmente, puede decretarse el confinamiento perimetral en ámbitos geográficos territoriales de

carácter geográficamente inferior al autonómico). Asimismo, se limita la permanencia de grupos de personas (hasta un máximo de seis) en espacios públicos y privados y la permanencia de personas en lugares de culto, y se establecen, por último, prestaciones personales obligatorias en el ámbito sanitario.

6 CONSIDERACIONES FINALES: LAS FORTALEZAS Y LAS DEBILIDADES MOSTRADAS POR NUESTRO SISTEMA PARA LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA

Cualquier respuesta mínimamente eficaz para la lucha contra una gran crisis debe ser dirigida desde órganos que no solo tengan el poder jurídico para actuar (*potestas*), sino que las personas que los integran deben contar, además, con una fuerza moral (*auctoritas*) que les haga acreedoras del mayor respeto y de la mayor confianza social. Esto siempre ha resultado crucial a lo largo de la historia para poder salir de la manera menos dolorosa posible de las crisis más horribles, tan malas o peores que la ahora ocasionada por el coronavirus (COVID-19).

Un repaso rápido de las distintas actuaciones y medidas que se han adoptado durante todos estos meses que llevamos conviviendo con la COVID-19 pone de relieve que hay cosas que han funcionado de una manera correcta; otras, sin embargo, lo han hecho de manera mala e, incluso, pésima. Repasamos, siquiera sucintamente, algunos de los puntos fuertes y aquellos otros que se han revelado más vulnerables o han resultado ser más débiles de lo esperado y deseable ante una situación de crisis sanitaria.

Entre las fortalezas más significativas que nuestro sistema ha mostrado para la lucha contra la pandemia, al menos durante su primera ola, pueden enumerarse las siguientes:

- a. El correcto funcionamiento del sistema hospitalario público (pero también privado).
- b. El funcionamiento sobresaliente de la cadena de abastecimiento agroalimentario.
- c. Ha sido realmente destacado también el funcionamiento de los grandes servicios públicos esenciales (telecomunicaciones, electricidad, financieros, abastecimiento de agua, recogida de basuras, transporte ciudadano y de mercancías, etcétera).
- d. El trabajo de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las distintas administraciones territoriales del país ha sido excelente.
- e. La implicación reseñable de las Fuerzas Armadas, que han desplegado sus capacidades en múltiples campos.
- f. El grado de implicación de la sociedad civil (desde el gran empresariado hasta los ciudadanos particulares) en la lucha para hacer frente a los efectos de la pandemia ha sido muy sobresaliente.

Pero el sistema también ha puesto de manifiesto debilidades respecto de las cuales es necesario reflexionar y mejorar con el fin de estar preparados para hacer frente a una posible próxima pandemia:

A. La Unión Europea, organización supranacional a la que pertenece nuestro país, ha funcionado muy deficientemente en los primeros momentos de la lucha contra la

pandemia, dadas, entre otras cosas, sus limitadas competencias en materia sanitaria y de salud pública.

B. Durante el estado de alarma se recentralizaron las competencias sanitarias en el Ministerio de Sanidad. Este departamento ministerial se reveló como una organización carente de medios y de conocimientos suficientes para la lucha contra la pandemia, dado que durante la evolución de nuestro Estado autonómico se ha ido viendo privado de competencias y de medios materiales y humanos que han pasado progresivamente a las comunidades autónomas. Sería preciso crear una agencia o una autoridad administrativa independiente a nivel central para procurar que la gestión de la lucha contra las crisis sea realizada por un aparato capaz e independiente del juego político que estamos viviendo, y que tiene perplejos a los ciudadanos.

C. Es necesario modernizar el derecho español para hacer frente a las crisis, al menos para las sanitarias. En particular: i) Se debe clarificar la afectación que las pandemias pueden tener sobre los derechos fundamentales. ii) Es necesario proceder a una regulación del papel de las Fuerzas Armadas en situaciones de crisis. iii) Es necesario establecer un sistema punitivo apropiado. iv) La técnica jurídica utilizada durante el estado de alarma ha sido notablemente deficiente, como se puede ver con la mera lectura del *Boletín Oficial del Estado*.

D. Desde un punto de vista económico, debe determinarse qué sectores son estratégicos para la lucha contra las diferentes categorías de catástrofes para asegurar una producción mínima en el interior de nuestro territorio, en orden al sostenimiento del país durante las catástrofes.

7 NOTA BIBLIOGRÁFICA

La situación de emergencia sanitaria originada por la COVID-19 con la que estamos conviviendo en el momento presente ha provocado la reflexión desde distintas ramas del saber y entre ellas desde el derecho. Son extraordinariamente numerosos los trabajos que en los últimos meses se han publicado sobre el derecho y el coronavirus, resultando casi imposible recoger toda la bibliografía producida al efecto. No obstante, no podemos dejar de citar algunas obras entre las que se encuentran muchos de los trabajos que durante estos meses hemos publicado sobre el derecho de crisis y que parten de los estudios de V. Álvarez García sobre el comportamiento del derecho en situaciones de emergencia en el mundo occidental (véase su teoría general sobre el derecho de las crisis, publicada bajo el título *El concepto de necesidad en Derecho público*, Madrid: Civitas, 1996). En este sentido, queremos destacar, además, sus reflexiones vertidas en los artículos: «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; o «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. Un análisis de las fortalezas y de las debilidades del modelo español frente a la crisis del coronavirus puede verse también en su trabajo «Poderes de necesidad y Constitución (Una evaluación del uso del poder durante el estado de alarma)», en *Círculo Cívico de Opinión como Posición*, mayo de 2020.

Como obras que despliegan una visión de conjunto sobre el derecho constitucional de excepción activado durante la crisis sanitaria de la COVID-19, puede verse V. Álvarez García, F. Arias Aparicio y E. Hernández Díez, *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Madrid: Lustel, 2020; y D. Blanquer Criado (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

De igual modo, muchas han sido las revistas jurídicas que han dedicado números, ordinarios y extraordinarios, monográficos sobre la cuestión. Es el caso del número 86-87 de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2020), que contiene trabajos 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; y V. Álvarez García, F. Arias Aparicio y E. Hernández Díez, «Una cronología jurídica comentada del estado de alarma declarado para la lucha contra la pandemia de coronavirus (COVID-19)», 112-127.

Asimismo, los números 54 y 55 del año 2020 que la *Revista General de Derecho Administrativo* dedica al coronavirus. El número 54, bajo el título *COVID*, incluye artículos de: V. Álvarez García y 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». El número 55 incluye un análisis monográfico, bajo la rúbrica *Estudios con motivo de la pandemia (COVID-19)*, con los siguientes trabajos: 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 português»; M.R. Zamora Roselló, «Administración de emergencia ante una pandemia: aplicación de los principios básicos del derecho administrativo».

Por último, cabe mencionar los trabajos de D. Fernández de Gatta publicados en los números 9634 y 9651 del *Diario La Ley* y, sobre todo, en el número 33 de la *Revista General de Derecho Constitucional* («El Estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas»), así como las contribuciones de J.M. Alegre Ávila accesibles en la página web de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA).



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 295-330
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4670>
© Gerardo Eto Cruz
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 16/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia 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 Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Trujillo
Universidad de San Martín de Porres
Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Exdirector del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del 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 trabajo 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 gobiernos 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 los límites y el contenido esencial de los derechos fundamentales. 3 El derecho a la vida. 4 Derecho a la libertad. 4.1 ¿Por qué la pandemia genera un impacto en los pueblos del mundo y en la individualidad de cada persona? 5 Derecho a la igualdad. 6 Derechos laborales. 6.1 El trabajo como deber y como derecho. 6.2 Empleos perdidos en Latinoamérica producto de la pandemia. 6.3 Tasa de ocupación, tasa de desocupación y tasa de participación económica. 7 El derecho a la salud. 7.1 Protección del derecho a la salud. 7.2 Número de camas UCI en América Latina a 31 de mayo de 2020. 7.3 Salud de los reclusos. 7.4 Derecho a la salud mental. 8 Conclusiones. 9 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye un breve recorrido del impacto que genera el derecho constitucional de emergencia o de excepción¹, desencadenado por el fenómeno mundial de la pandemia del coronavirus en los principales derechos y libertades de las personas. Pero no solo se trata de apreciar las restricciones derivadas de los estados de alarma como existen en España o de emergencias o estados de excepción que ha generado y viene generando la tormenta viral, sino también las restricciones que *de facto* ocurren con la propia presencia de la pandemia a nivel planetario. Si bien tomamos como fuente el marco constitucional peruano y, sobre todo, lo que a partir de su interpretación ha hecho el Tribunal Constitucional, ello no impide que sea virtualmente un marco de referencia para todos los demás derechos que forman parte del sistema constitucional de Latinoamérica. Aclaramos aquí, conforme alerta Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, que no pretendemos extrapolar conclusiones sobre la base de criterios sobre modelos comparados que no son exactamente lo mismo que derecho extranjero. Precisan los citados profesores:

«Entre los constitucionalistas hay todavía confusión entre estudios del derecho extranjero y estudios comparados, que son cosas diferentes. Muchas publicaciones y tesis doctorales ignoran el nexo instrumental entre un estudio de derecho interno (o “nacional”) y la comparación: con los mismos instrumentos metodológicos, algunos usan la comparación para estudiar su derecho, otros comparan su sistema con otros ordenamientos, otros se limitan a investigaciones paralelas entre dos o más derechos, como si estas operaciones fuesen conceptualmente iguales»².

Lo que aquí solamente pretendemos realizar es acaso una mirada panorámica, a partir de la experiencia peruana, que de hecho mantiene iguales problemas que el resto de países de la región³, dado que el fenómeno de la pandemia es un hecho desterritorial que no se circunscribe a fronteras específicas de cada país (el fenómeno patológico es el mismo, si bien con algunas características), aun cuando la reacción de cada Estado

en muchos casos ha sido distinta, tanto en los problemas sanitarios como en la forma en que se han aplicado las restricciones de determinadas libertades fundamentales.

Así como la doctrina se ha ocupado desde siempre por el *derecho constitucional del poder*⁴, que constituye la forma en que se accede, se mantiene y fenece el poder político y al que la doctrina denomina la *parte orgánica*, también cabe aquí señalar un *derecho constitucional de la libertad*, tesis al que muchos atribuyen a Mirkin-Guetzévitch haber establecido como la esencia de toda constitución⁵ que constituiría la *parte dogmática*, y en donde el legislador constituyente regula el estatuto de las libertades y derechos fundamentales de las personas en general. No cabe duda de que el derecho constitucional de emergencia refleja precisamente las potestades del poder político para restringir o suspender determinadas libertades, pero ello debe ser bajo los marcos de lo razonable y proporcional. No vamos a aludir a todos los derechos fundamentales; de hecho, gran parte de los derechos humanos, ya sean los relativos a los civiles y políticos o a los derechos económicos, sociales y culturales, se ven menoscabados con las restricciones oficiales de las declaratorias de emergencia o sin ellas; el solo hecho del componente fáctico que es el virus letal del COVID-19, bautizado bajo el extraño nombre de coronavirus, por sí solo ha cambiado radicalmente la condición humana, al menos su ecosistema de vida, postrando de desolación y muerte a más de un millón de personas y con la sobrecogedora cifra de más de 45 millones de contagiados en el mundo. Estas cifras para cuando se publique este trabajo serán, obviamente, relativas y la cifra seguirá *in crescendo*. Hemos discrecionalmente escogido algunos derechos fundamentales que tienen *impacto* y ciertamente esto ha supuesto que, con la aplicación del derecho constitucional de emergencia o sin ella, en los hechos hay restricciones *de jure* y *de facto* producto de la pandemia que hoy vienen enfrentando los gobiernos de Europa, Asia, Estados Unidos, América Latina, África, entre otros, sobre todo porque en tiempo real con la presencia instalada del COVID-19 los Estados impulsaron sendas declaratorias de estados de emergencia, alarma, excepción o como se les denomine en cada sistema constitucional. En la fecha en que se escribe este artículo, la propia dinámica de la pandemia ha llevado a constatar una segunda ola o rebrote en casi todos los países de Europa, donde nuevamente se han empezado a restringir libertades fundamentales, mientras los de América Latina vienen terminando su primera ola y es obvio que las probabilidades de un segundo rebrote ocurrirán con las dramáticas experiencias de esta segunda ola, generando nuevamente un colapso sanitario. Con todo, con el avance y el desarrollo tecnológico que en los tiempos actuales se producen en todos los ámbitos, incluidos los grandes progresos de la biomedicina molecular, es probable que para fines de este mítico año 2020 y, sobre todo en los primeros meses del 2021, la humanidad ya cuente con el diseño de diversas vacunas que permitan afirmar el antídoto idóneo frente a este enemigo viral cuya presencia desterritorializada en todos los países del planeta asola con contagio y muerte. Esto significa que en la pandemia, a nivel gubernamental, lo que se viene realizando en todo el mundo es simplemente “administrar” los efectos de la pandemia, pero quienes enfrentarán la guerra final serán los miembros

de las *sociedades del conocimiento*, como son los especialistas y científicos en diseñar las vacunas que permitan al humano tener el antídoto y generar la inmunidad. De hecho, la historia reporta esta experiencia; todas las poblaciones que sufrieron epidemias a nivel nacional o pandemias a nivel mundial lograron sobrevivir frente a la contingencia de las pestes que han asolado al mundo entero.

Lo que sigue es, pues, un breve listado de derechos que tienen diverso impacto en todo el planeta y cuyos mecanismos para conjurar contingencias que se presentan en la vida estatal restringen y suspenden el ejercicio de los derechos básicos o fundamentales; pero aclaremos que el listado de los derechos que a continuación se abordará es apenas una pequeña muestra de cómo, sin necesidad acaso de contrastar en términos sociológicos, se ven mermados diversos y heterogéneos derechos de naturaleza fundamental.

2 SOBRE LOS LÍMITES Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Bien sea bajo los marcos de un *estado constitucional de normalidad* o bajo los instrumentos con que cuentan los gobiernos para imponer los correspondientes regímenes de excepción o *derecho constitucional de emergencia*, el hecho es que en ninguno de ambos escenarios los derechos fundamentales pueden ser objeto de restricciones, pues incluso bajo un conflicto bélico el *ius in bello* establece dónde se debe realizar el teatro de operaciones o de hostilidades donde se desencadena el conflicto o guerra convencional; ello se encuentra regulado bajo los marcos de las Convenciones de Ginebra o más propiamente del derecho internacional humanitario. Por tanto, el tema de la vigencia de los derechos fundamentales es el verdadero termómetro donde se diagnostica la legitimidad de un régimen político: el respeto a las libertades y derechos básicos de la persona.

No obstante, la doctrina reconoce que los derechos fundamentales tienen un binomio donde debe ser ubicado el contexto de su vigencia, protección y respeto, por un lado; y, por otro, la posibilidad de eventuales restricciones. Ello ha dado lugar al abordaje de los límites y el contenido esencial en que se ve rodeado el tema de la vigencia de los derechos fundamentales en cada Estado.

Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales

No cabe duda de que una de las características de los derechos fundamentales es su *naturaleza binaria*; esto es, que por un lado tienen un núcleo duro e inexpugnable de protección denominado “contenido esencial”, y, por otro, que estos derechos tienen, igualmente, ciertos límites.

La doctrina suele distinguir dos tipos de límites: intrínsecos y extrínsecos. Los primeros devienen del carácter y naturaleza de cada derecho y de su función social. A su vez, en este tipo de límites se suele diferenciar entre los límites objetivos, derivados de cada realidad del específico derecho de que se trate, y los límites subjetivos, que surgen de la actitud del titular del sujeto y de la forma en que va a ejercitar su derecho.

Los límites extrínsecos devienen de esa existencia vinculada con el respeto y convivencia con otros derechos y que son obviamente impuestos por el ordenamiento. Este tipo de límites muchas veces los impone la propia constitución en forma indirecta y directa; y en otros a través de cláusulas mediatas e indirectas.

Bajo este breve excursu teórico, el TC se ha pronunciado expresando lo siguiente:

«Los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales»⁶.

Y, más específicamente, frente a un derecho constitucional concretizado, siguiendo su propia línea teórica ha indicado lo siguiente:

«Los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De ahí que el derecho a la libertad de información pueda ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario»⁷.

En esta perspectiva, el TC ha establecido que, además de situaciones extraordinarias donde puede restringirse el ejercicio de determinados derechos fundamentales, en circunstancias ordinarias también cabe la imposición de límites a los derechos fundamentales. Veamos:

«[Las restricciones explícitas ordinarias] (...) se presentan cuando, en un estado de normalidad constitucional, se estima necesario que deben protegerse otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, de modo que, en atención a un estudio de razonabilidad, pueda limitarse el derecho a la libertad de tránsito. (...) [S]e incluyen dentro de las restricciones implícitas ordinarias (...) razones sanitarias, que son aquellas que se adoptan en resguardo de la plenitud físico-psíquica de la población»⁸.

La cita arriba transcrita resulta explicable en los marcos en que actualmente se vive a nivel mundial. Sin embargo, el propio Tribunal ha aclarado que la limitación de los derechos fundamentales no supone en modo alguno supresión, por lo que debe respetar el contenido esencial de estos, constituyéndose en un límite material al poder de reforma. Veamos:

«Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado constitucional de derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados, sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al

legislador que respete el contenido esencial de los derechos, está claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del poder constituyente.

En segundo lugar, del hecho de que la “supresión y disminución de los derechos fundamentales” no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del texto constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupen una posición muy especial, por cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer “la disminución o supresión de los derechos fundamentales”, ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206 de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera solo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales»⁹.

Respecto al contenido esencial, como ya se ha indicado, es ese ámbito que no puede ser objeto de desconocimiento y que suponga un “vaciamiento” de este núcleo duro que permite precisamente afirmar un específico derecho. En este sentido, el Colegiado Constitucional ha afirmado lo siguiente:

«Todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto en cuanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona»¹⁰.

Así, el TC ha concluido que no se trata de restarle valor a los derechos fundamentales, cuando se impone un límite, sino de armonizar dicho valor con la importancia que tienen también otros bienes del sistema jurídico-constitucional. Veamos:

«Cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias, y como se anticipó

anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante»¹¹.

Finalmente, con relación al contenido esencial, el Tribunal ha explicitado de la siguiente manera las teorías que se han construido al respecto:

«La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría un contenido esencial preestablecido, sino que este debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada, y otra parte accesoría o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de “por sí” e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori* por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión»¹².

Recapitulando este tema que de por sí es sumamente problemático, debemos señalar, en líneas generales, que existe una falacia en afirmar que los derechos fundamentales

constituyen derechos absolutos. En el marco de la pandemia que actualmente se vive, cobra sentido el contexto de la teoría relativa de los derechos fundamentales respecto a su contenido esencial y que esta siempre se ubicará, más que en las teorías coherentistas, en las teorías conflictivistas que hoy presentan escenarios, amén de sombríos, inevitables, por la propia contingencia que todo el mundo atraviesa. Bien podemos señalar, por tanto, junto con lo que nos suministra el profesor Joaquín Brage Camazano, que los límites de los derechos fundamentales encuentran diversas fuentes jurídicas, y así tenemos las siguientes:

Limitaciones por medio de normas o principios constitucionales que a su vez se expresan en las siguientes dimensiones:

a) *Límites constitucionales directos* que comprenden en este escenario los llamados *límites inmanentes en sentido estricto* y que siguen dos modelos o teorías contrapuestas: la teoría interna y la teoría externa, y que dimanen del derecho privado que se ha trasladado a los predios del derecho público. Así, Brage señala que la teoría interna está ligada a la especial importancia a la comunidad y a la igualdad, mientras que quien tiene una teoría individualista del Estado y de la sociedad sigue más bien la teoría externa, en parte esgrimida tempranamente por Schmitt y Alexy, entre otros. Así pues, la teoría externa distingue el derecho de sus límites, es decir, el derecho “en sí” expresa ciertos límites. En el campo civil, se discute si es limitado el derecho mismo o solo su ejercicio; y es que todo derecho constituye un axioma que ostenta determinados límites. En la teoría interna, se precisa que existe solo un derecho con un determinado contenido, y afirma el profesor Brage que no hay, como sostiene la teoría externa, dos objetos diferentes, el derecho y sus límites, sino uno solo, aunque este lleve anexos *a priori* determinados límites internos. En virtud de esta teoría, los límites surgen “de la naturaleza de las cosas”, “de la esencia de la cosa misma”. Es en este contexto donde la frontera entre el contenido aparente y el verdadero de un derecho es designado como límite inmanente¹³.

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

Aquí nos encontramos ante un conjunto de límites que son establecidos directamente por la propia Constitución y que por lo general se ven regulados por la legislación ordinaria, precisándose que el legislador no puede establecer límites, si es que no derivan de las propias cláusulas constitucionales. Estos límites, a su vez, pueden tener dos variantes, que son los límites directos explícitos o implícitos.

c) Por otro lado, existe la figura de *la intervención en los derechos fundamentales* que puede entenderse de cualquier acción positiva derivada de actos administrativos, vía de hecho, resolución judicial o norma o actuaciones omisivas de los poderes públicos que suponga un recorte en el ámbito normativo inicialmente protegido por un derecho fundamental. Anota el profesor Brage que:

«Para que exista intervención en un derecho fundamental es de aplicación al supuesto de hecho de que se trate, pues solo si es aplicable cabe lógicamente que haya una intervención en el mismo. Esta simple definición ha de ser desmenuzada y explicada con mayor detalle y, al hilo de tal examen más en profundidad, ha de ser también matizada.

Ha de hacerse constar igualmente que, aunque a continuación nos refiramos a la jurisprudencia constitucional sobre diversos aspectos de esta categoría, lo cierto es que la misma no ha sido asumida por nuestro TC ni por nuestra jurisprudencia ordinaria, como tampoco por nuestra doctrina, que hasta donde conocemos en ningún caso ha aplicado esta categoría, como tampoco el llamado nivel escalonado de examen de los derechos fundamentales, a ningún derecho fundamental en particular, pese a que el concepto de “injerencia” en el CEDH y su aplicación por el TEDH daría por sí solo cierta base para ello, al menos en el caso de algunos derechos fundamentales. Pero nos parece no solo que así debería hacerse por las ventajas que tiene la utilización explícita de esta técnica, sino que, dado su carácter lógicamente necesario, es posible reconstruir la jurisprudencia constitucional para deducir ciertos principios que le son aplicables. Y si en la jurisprudencia no se utiliza la categoría, menos todavía puede encontrarse una definición de la misma tal y como la que proponemos, que nos parece que se deduce de la jurisprudencia constitucional»¹⁴.

Estas reflexiones deben tomarse muy en cuenta, dado que actualmente el escenario del actual mundo globalizado trae funestas consecuencias¹⁵ con todo lo que ella supone de negativo y que es la existencia de mayor sufrimiento humano, pese a que, por otro lado, se predique la presencia de una *sociedad de positividad*, pues el individuo, si bien tiene mayor libertad para hacer lo que quiera como proyectos de vida, siempre terminará, pese a sus “logros”, cansado y hasta deprimido¹⁶ de lo que trae la posmodernidad. Recordemos que no bien se declaró oficialmente el 11 de marzo de 2020 la pandemia, los gobiernos han venido impulsando y se siguen declarando estados o regímenes de excepción, aspecto este que identifica lo que nosotros denominamos derecho constitucional de emergencia, donde es obvio que se suspenden o restringen determinados derechos y libertades. Sin embargo, en la teoría son diversas las reflexiones académicas que vienen por doquier cuestionándose estos enclaustramientos producidos por las emergencias sanitarias, puesto que esto significa una abierta violación a las libertades fundamentales, sobre todo la libertad ambulatoria, pero también es cierto que la realidad palmaria de hecho obliga a la gente a asumir con mayor juicio y prudencia una vida “normal”, no solo por las propias restricciones que se imponen derivadas de las declaratorias de emergencia o de excepción, sino porque intuitivamente estar en casa es más prudente para estar libre del contagio.

Iniciamos, como ya se ha dicho, un breve listado panorámico del impacto que *de jure* y *de facto* desencadena la emergencia sanitaria en la cotidianidad de vida de la población. Se tomarán muchas referencias del marco hermenéutico que ha establecido, para nuestro caso, el Tribunal Constitucional peruano, que es lo mismo que bien puede haberlo hecho, como así ocurre, en los demás países con sus correspondientes jurisdicciones constitucionales.

3 EL DERECHO A LA VIDA

Sin más preámbulo, damos por sentado que el tema del derecho a la vida constituye acaso el derecho por excelencia más importante que se ha visto afectado con el fenómeno viral que desencadena la pandemia. Desde el punto de vista jurídico, recordemos que es pues el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, y precisamente constituye el primer derecho fundamental, radical por excelencia, que ya se ha cobrado más de 1.201.138 víctimas en diversas partes del mundo; a ello se agregan los registros de 46.574.910 casos acumulados y 31.113.417 pacientes dados de alta, cifras que corresponden al día 2 de noviembre de 2020, y que como es obvio apenas es un registro temporal, dado que las cifras varían día a día. Desde luego que el derecho a la vida no es que se menoscabe por la imposición de los mecanismos de las declaratorias de emergencia constitucional; es parte de la etiología de la pandemia el cobrarse vidas humanas, como ha ocurrido a lo largo de la propia evolución de la humanidad. Recordemos que, ya desde los antiguos textos que existen rescatados del mundo antiguo, la mítica figura de Hipócrates, nacido en el 460 a.C., ya daba cuenta de la existencia de las pestes del mundo antiguo¹⁷, epidemias a las que el célebre médico denominó como enfermedades visitantes.

En el mundo gótico la historia registra una de las más grandes y letales pestes que asoló a los pueblos de aquellas épocas, cobrándose millones de víctimas con la llamada peste negra¹⁸. Es obvio, por ende, que el tema de la vida es la principal razón de ser de parte de los regímenes estatales en todo el mundo, al tratar de preservarla frente a esta contingencia que forma parte de los “eternos retornos” de cada ciclo de evolución, acaso como consecuencia, esta vez, de los estragos que la civilización genera, con la hiperproducción a escala planetaria, con todo lo que suponen los terribles efectos de contaminación medioambiental, los gases invernaderos y las diversas manipulaciones que las industrias generan en las sociedades de la externalización y bajo la evolución de la cuarta revolución industrial. No olvidemos que el fenómeno de la globalización ha traído una externalización en la que la explotación de los recursos ajenos, la transferencia de los costes a personas ajenas y el acaparamiento de las ganancias en el interior que impide u obstaculiza el progreso de otros forman una lógica perversa del actual sistema capitalista mundial. Tener todo y querer aún más, afirmar un bienestar a costa de denegárselo a los demás y afirmar una vida a costa de la muerte de otros tienen hoy más que nunca un sentido, dado que la sociología contemporánea viene hurgando con otros lentes inquisidores el fenómeno de la globalización, que es en este contexto donde surge un virus letal que ha puesto al mundo en un cambio radical del modo de vida¹⁹.

La vida no es necesario que sea proclamada como norma jurídica; es de por sí consustancial al ser humano y a todo ser vivo que puebla el planeta Tierra. Tampoco tiene sentido discutir su necesaria regulación jurídica, pues en el existir, la humanidad ha construido un conjunto de razones de orden político y cultural en donde la verdad no siempre se fusiona con la razón. Y entonces surge la necesidad de la razón para que

el derecho proclame su necesaria prescripción: que todos tienen el derecho a la vida, pues, si se le quita a alguien, se deja de existir y el proyecto vital de la persona que la vida habría de repararle queda interrumpido. Son millones los seres humanos cuyas vidas fueron objeto de exterminio en su proyecto de persona, cuando bien pudieron haber sido personas excelsas, magníficas y dotadas de un bien para la humanidad²⁰. Y, sin embargo, hay muchos que pueblan la Tierra y hacen lo contrario. Por tanto, tiene sentido que se proclame un “derecho a la vida” aunque ella no requiera de norma porque la vida simplemente se vivencia en cada uno de los seres, de allí que consideremos que este derecho es de estirpe iusnatural, dado que no requiere estar positivizado, pues surge del núcleo irreductible de la dignidad humana. Sin embargo, razones prácticas, más que filosóficas, han llegado a concebir su regulación, producto del mal ínsito del ser humano²¹. Y es que el dilema de la libertad, que solo es consustancial en el humano frente a los demás seres vivientes, lleva a que, desde el punto de vista de la teología, el humano tenga el *libre albedrío* y ello permite en la vida su tránsito por el camino del respeto a los demás.

Avishai Margalit propone la distinción entre sociedad decente y una civilizada. Así, una sociedad civilizada es aquella cuyos miembros no se humillan unos a otros, mientras que una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas²². Hoy, este desiderátum en la realidad se ve menos cumplido. Y es que la pandemia desencadena conductas no solo de la propia institución estatal, sino de las propias personas privadas entre sí, y el “adecentamiento” se nulifica.

El proclamar el derecho a la vida fue por los motivos del horror nazi del holocausto y todo lo que significó la Segunda Guerra Mundial, pero la historia de la humanidad está poblada de millones de humanos que fueron exterminados por razones diversas, pero que, mirado desde el ángulo de la verdad, nunca tuvieron fundamento y necesidad de su exterminio. Lo ideal es que quien nace, muera en su *debido tiempo*; y ello no por factores oscuros del poder, sino por la dialéctica que nos otorga la vida, pues en el existir se tiende inexorablemente al fenecer.

¿A quién ha de corresponderle la protección de la vida de todos los seres humanos? Al Estado. El planeta hoy se concibe organizado territorialmente por Estados. Cada país es un Estado y en cada Estado hay un conjunto de elementos que lo conforman: el elemento geográfico, que es el territorio; el elemento humano, que es el pueblo; y el elemento jurídico y político, que es la soberanía y en ella el poder político donde, bajo el principio de la no intervención y la libre autodeterminación de los pueblos, se configura la soberanía de cada Estado²³. Precisamente porque en cada territorio que conforma un pueblo que tiene la identidad de una comunidad de rasgos comunes que determinan la nación es el Estado el que a través de su organización debe proteger la vida de las personas, por este motivo, desde los tratados internacionales en materia de derechos humanos y desde la legislación interna, se proclama su protección. Recordemos el texto de *Edipo rey*, que resulta hoy útil que los gobernantes de cada nación lo tengan presente, y es que la metáfora alude al rey que tiene el deber de cuidar a la ciudad y, como buen

gobernante, llevar a su pueblo a buen puerto. El gobernante actual es el que lleva el timón del barco, la metáfora es hoy nuevamente providencial: *«Rey mío, ya te he dicho y vuelvo a decírtelo, / me mostraría como un necio y un loco / si decidiera abandonarte, a ti, / que cuando mi país penaba en la tempestad, / fuiste el buen viento que lo guio. ¡Ah!, otra vez, / si puedes, condúcenos hoy a buen puerto»*²⁴.

Es bueno tomar como referencia que, tal como lo reconoce el propio pensador francés Foucault, “el rey gobierna la ciudad, pero no a los hombres de la ciudad”²⁵. Si bien es responsabilidad estatal preservar a la ciudadanía de la pandemia con una serie de decisiones no solo del poder de policía, sino de políticas públicas, la responsabilidad individual de cada persona es determinante en el contexto de preservar su salud, y con ello su propia vida; a esta conclusión llegó el sociólogo Ulrich Beck, quien desarrolló la concepción contemporánea de la “sociedad del riesgo”:

«Cualquier persona con problemas de salud tendrá menos oportunidad en el mercado laboral y se verá enseguida incluida en la categoría de “difícil para encontrarle un trabajo”. Este es un peligro que nos amenaza potencialmente a todos y que da origen a una nueva moral de la salud, que nos insta para que nos armemos de antemano. ¡Ciudadanos, protegenos contra la enfermedad, el accidente y la discapacidad, contra los gérmenes y los virus! ¡Hacedlo a su debido tiempo, midiéndooos y pesándooos, manteniéndooos en forma y poniéndooos –o tomando– las inyecciones, pastillas y ampollas vitamínicas adecuadas! Si antes la salud era algo que nos era dado y que solo exigía reparaciones en caso de emergencia, ahora es algo que tiene que ser constantemente producido»²⁶. Es evidente que los conceptos de “salud” y “responsabilidad” constituyen dos valores básicos de la sociedad individualizada. Los tiempos de la hipermodernidad imponen exigencias que forman los retos contemporáneos; a ello se suma la vivencia de un estado de anormalidad que desencadena la pandemia junto a una permanente presencia de lo que Bauman califica un Estado de crisis que hoy surca el horizonte de todo el planeta. Y es que la crisis no solo es de orden político, ni económico o cultural. Se trata de una crisis profunda que implica una transformación en los propios Estados y que tiene sus raíces en el pasado. “Viene de muy atrás en el tiempo. Para comprenderla (y aceptarla), debemos remontarnos a sus causas, conectarla con el final de la modernidad y con la dolorosa travesía por un controvertido periodo de ajuste que hemos dado en denominar posmodernidad”²⁷.

La protección del derecho a la vida no solo significa proteger el desarrollo existencial del individuo, sino que dicha protección intenta alcanzar el bienestar individual y colectivo. Al preservarse la vida, la persona tiene la posibilidad y capacidad de transitar en su diario existir, esto es, el desarrollo que compromete a su persona no solo como un ciclo biológico que se mide en el existir hasta su deceso, sino que en ese vivir está justamente el desarrollo. El desarrollo no siempre es de alcanzar metas trascendentes. El humano tiene en su diario trajín metas vitales para él y los suyos. Ya con ello hay un desarrollo existencial. Pero también la vida está conformada de muchas vivencias y ellas traen dimensiones buenas, que son positivas, pero también dimensiones malas

como experiencias negativas. Es parte de la vida. Con todo, sea en sus dimensiones de felicidad o de sentimientos de tristeza, todos sin excepción entran en el saco del bienestar individual, pues la persona tiene todas las vivencias que la balada de la vida le da y le suministra.

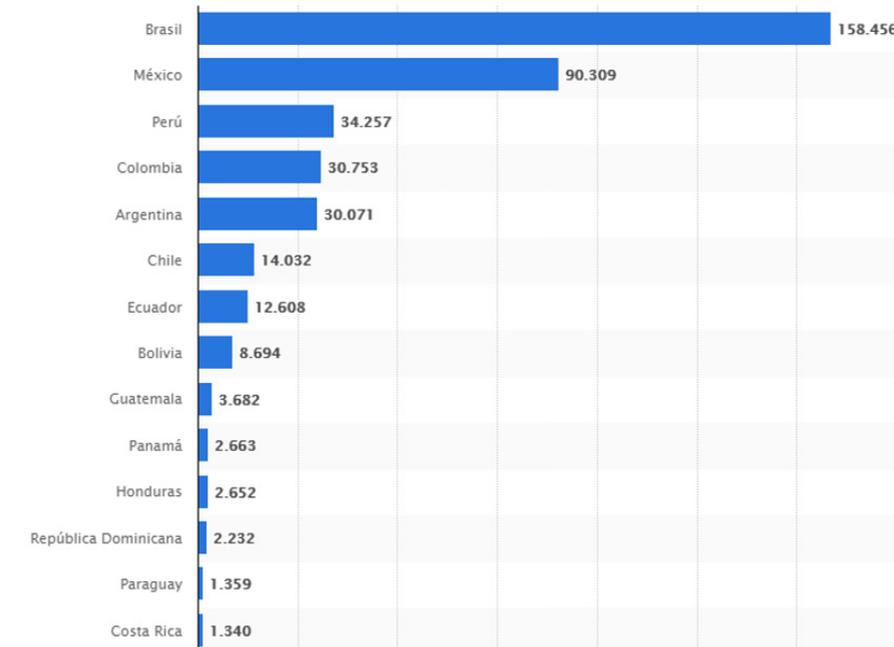
Hacemos este excursio por cuanto normalmente los ciclos de existencia de cada persona están sujetos a una serie de contingencias; a la postre, todas las personas en su ciclo vital en algún momento llegan a lo inexorable, como pregonaba Martin Heidegger cuando reflexionaba que el humano no tiene una *vida auténtica*, pues son los otros los que mueren y no uno. La pandemia viene precisamente a generar en el enclaustramiento preventivo de esta crisis sanitaria reflexiones de cada persona en que recién llegan a tomar la dimensión de que el existir y su propia vida es de suyo frágil y que cualquier eventual contagio puede precisamente significar un riesgo letal.

Está claro, pues, que la pandemia que hoy asola al actual mundo globalizado en los actuales tiempos de la posmodernidad constituye un nuevo ciclo de los largos que ha tenido la humanidad desde el mundo antiguo, el mundo gótico o medieval y el mundo moderno o contemporáneo. Precisamente hace casi un siglo, Europa y específicamente la gripe falsamente calificada española, pero cuya etiología provino de los soldados norteamericanos, trajeron la peste de la gripe que diezmó a muchas poblaciones de España y de Estados Unidos. Hoy, el mítico año cuyo guarismo se repite doblemente: 2020, constituirá para los registros de la humanidad un *annus horribilis*. Hoy, el derecho a la vida en el contexto de la pandemia ha cobrado hasta la fecha en que se registra este trabajo más de un millón de muertos en distintas latitudes del planeta, y la ola de mayor vulnerabilidad han venido siendo los picos de pacientes con COVID-19, que las unidades de cuidados intensivos de los centros hospitalarios públicos y privados no han podido atender, produciéndose el drama, como si se viviera en un teatro de conflicto bélico, de que médicos y enfermeras han tenido que decidir a quienes podían atender y a quienes no, tomando como marco de probabilidad los pacientes de la tercera edad que no tienen muchas posibilidades de sobrevivir en la lucha contra este virus. No se requiere mayor literatura ni elementos empíricos de pruebas, puesto que el registro de noticias que han venido circulando a lo largo y ancho de todo el mundo han sido de suyo dramáticos y los rebotes pueden desencadenar nuevas olas de afectaciones mortales, en donde el campo jurídico de preservar como una declaratoria dogmática el derecho a la vida queda en la mera declaración lírica sin efectos prácticos.

Un cuadro en tiempo real del momento en que esto se escribe arroja las siguientes tasas de muerte en el mundo: más de 47,3 millones de casos y más de 1,2 millones de muertes en todo el mundo. El cuadro que se presenta a continuación revela el porcentaje de muertes derivadas de la infección por COVID-19.

El número de personas fallecidas a causa del coronavirus (COVID-19) en América Latina a 29 de octubre de 2020²⁸ se expresa en el gráfico 1:

Gráfico 1. Número de personas fallecidas a causa del coronavirus (COVID-19) en América Latina



Fuente: es.statista.com

El derecho a la vida en los tiempos de pandemia, con las correspondientes víctimas del COVID-19, ha generado en su implicitud otros derechos de los que solamente damos cuenta aquí en forma muy superficial; y el principal es que, por razones sanitarias y de salud pública, se ha venido apreciando un singular hecho que ha afectado un complejo derecho fundamental que aquí podemos identificar como el *derecho a la sepultura*. Esto en razón de que las personas infectadas no han tenido en los ritos que acompañan al duelo otros derechos colaterales de los deudos, como es velar a su muerto, la misa, los correspondientes funerales y el entierro mismo; todos estos aspectos que igualmente identifican derechos de libertad de religión, de confesionalidad, libertad de culto, etc., se han visto de hecho vulnerados por las restricciones que se dieron y se vienen dando a los familiares de pacientes fenecidos por el virus COVID-19. Por tanto, reflexionar en torno al derecho a la vida en tiempos de la actual pandemia, implica también aludir a otros derechos colaterales que se ven vulnerados, como es específicamente este singular derecho a la sepultura que tiene toda persona que feneces y que, igualmente impacta en los derechos morales de los familiares que ven menoscabadas sus expectativas de afirmar los ritos según sus particulares creencias. Este derecho, en paralelo al derecho a la vida, podríamos decir que se trata de un derecho de *naturaleza poliédrica*, pues es

la suma de otros tantos derechos como son los de la libertad de conciencia, la libertad de religión, la libertad de culto y la libertad de creencias, y es el que precisamente se ha visto afectado en los tiempos de alta crisis sanitaria con los miles de muertos que se han registrado y que el mundo entero ha podido apreciar en los hechos noticiosos donde las víctimas no han podido ser enterradas, sino cremadas, y los familiares apenas han terminado recibiendo las presuntas cenizas de sus muertos.

4 DERECHO A LA LIBERTAD

Es probable que la gloria de todo ser humano sea la búsqueda de su felicidad; pero para que la pueda encontrar se requiere que ella la ejerza bajo los presupuestos de su libertad; en torno a ella ha insistido en su espléndido ensayo John Stuart Mill²⁹. Hoy, el mundo entero se ve asolado con diversas restricciones que han paralizado el universo personal en la individualidad y colectividad del ser humano. Nos encontramos aquí, sin duda alguna, con uno de los primeros derechos que se viene menoscabado por todo lo que supone vivir en un encierro o enclaustramiento, no por voluntad propia, sino por las circunstancias que atraviesa la aldea global con la pandemia. Y es que la dimensión planetaria de este fenómeno viene compitiendo con otras escalas del mundo globalizado, como son los negocios, las finanzas, el comercio tanto como el flujo de la información, así como el tiempo acelerado de las personas que, de pronto, su vida se ralentiza por el fenómeno del COVID-19³⁰. Desde luego, esta situación es motivo de muchas reflexiones en el renacer filosófico de la actual hipermodernidad. Aunque no se discute la legitimidad de las restricciones a la libertad por el fenómeno viral de la pandemia, el enclaustramiento en un primer momento de la primera ola, en casi todos los países, supuso un confinamiento espacial en sus propios hogares, y lo que ha existido y probablemente existirá es una reacción visceral y hasta instintiva a las restricciones a la libertad de tránsito, los cierres a los diversos locales, bares, restaurantes, espectáculos³¹. Hoy las noticias son ya lugares comunes: por doquier hay protestas por las severas restricciones a las libertades. Lo que vamos a realizar es apenas algo más modesto, describir el impacto de la libertad con todo lo que ello presupone.

4.1 ¿Por qué la pandemia genera un impacto en los pueblos del mundo y en la individualidad de cada persona?

Porque la reacción que hacen todos los gobiernos es la de aplicar medidas drásticas –de las diversas que debe enfrentar la salud pública– para preservar a su población del ataque viral. Esta reacción es precisamente la cuarentena y que la prensa ha venido divulgando bajo el eufemismo del *aislamiento social*. Si echamos una mirada al pasado, en la historia y la cultura de los ciudadanos, esta política ya existía. Veamos lo que señala Lewis Mumford de las prácticas que se habían establecido desde el siglo XV y que

fueron definidas por la experiencia del siglo anterior con la desoladora peste negra, que significó una impresionante cantidad de muertos en Europa; y desde luego Asia y África:

«Cuando era necesario, los casos de enfermedades contagiosas eran aislados fuera de las murallas de la ciudad. Los beneficios del aislamiento ya habían sido comprobados por los monasterios mejor equipados, que desde mucho tiempo atrás tenían aseos separados. El establecimiento de cuarentenas para los viajeros que llegaban del extranjero fue una de las principales innovaciones de la medicina medieval. Por mucho que los viajeros las odiasen, estas medidas se basaban en la observación empírica; y la supresión gradual de la lepra en Europa, gracias a ese mismo procedimiento de aislamiento, fue un triunfo en toda regla»³².

Es obvio que, dentro de este confinamiento de quienes tenían la peste mortal, en los diversos ciclos históricos que ha enfrentado la humanidad, el encierro obligatorio significaba en la individualidad de cada persona la restricción a su libertad, y no solo a la libertad ambulatoria, sino la de diversos derechos que suponía un encierro, más allá de la sensatez de la política impuesta para prevenir mayores estragos.

En tiempos antiguos y desde la Biblia, existía el confinamiento y destierro de las personas que portaban el mal de la lepra o enfermedades con las que sería terrible la convivencia entre “normales”, de ahí que con el tiempo empezaron a construirse en el medioevo grandes extensiones para albergar a los leprosos, y esto ha pervivido hasta el siglo XX en muchos países donde aún quedan antiguos leprosorios.

No se requiere respaldo empírico para saber que la pandemia a nivel mundial ha afectado un conjunto de necesidades básicas que, como bienes primarios, John Rawls identifica en cinco: a) las libertades básicas, b) la libertad de movimiento y trabajo, c) la posibilidad de ocupar posiciones de responsabilidad, d) ingresos y riqueza, y e) las bases sociales del autorrespeto³³. No puede existir ninguna constitución en el mundo occidental que no afirme y consagre pletóricamente la libertad, entendida esta en su naturaleza binaria como *valor* y como *principio*; lo primero entendido como un *valor superior del ordenamiento jurídico*, y aunque esta afirmación no se encuentra explícitamente diseñada en los textos constitucionales, su interpretación como tal ha sido consagrada intermitentemente por las jurisdicciones constitucionales. Pero la libertad igualmente es concebida como un *principio*, por cuanto la persona requiere el presupuesto ontológico de ser libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En esta perspectiva, se ha entendido que, así como existe un *contenido esencial de la libertad*, lo propio entraña un *conjunto de límites* que solo puede establecerse a nivel de la propia constitución como de la interpretación de una limitación legalmente establecida. Es aquí donde precisamente en todo el planeta se han activado los mecanismos de los que forman parte el *derecho constitucional de emergencia* o *de excepción*, en que el ejercicio de la libertad, en cualquiera de sus dimensiones, va a estar restringido, por las razones ya establecidas en líneas precedentes. En efecto, todas las constituciones, con el fin de salvaguardar el bien común, la salud pública, el orden interno y, acaso, en su dimensión política, preservar también la soberanía, imponen las

restricciones en lo que hemos denominado *estado de anormalidad* de los Estados. Está de más señalar que no todas las personas van a aceptar estas restricciones, pero el fundamento radica precisamente en que se vive una situación extraordinaria que pone en grave riesgo y peligro la integridad y la estabilidad estatal expresada en este caso en la salud poblacional y, con ello, el derecho a la vida de todos sus habitantes.

En el marco de estas libertades fundamentales, en todos los Estados constitucionales se ubica como un valor superior del ordenamiento jurídico y ha sido delineada bajo la concepción de que ella “no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado, pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley” (STC 2496-2005-PHC-TC, FJ 5). Las restricciones que se han impuesto en todo el mundo han sido bajo los mecanismos de las declaratorias del derecho constitucional de emergencia.

El TC ha recogido la descripción de la libertad como principio, sosteniendo que:

«Sobre la base del principio general de libertad, el [...] ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni está obligado a hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta deberá, además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restrinjan derechos» (STC 2235-2004-AA/TC, FJ 8).

Bajo otra óptica, el TC complementa la idea de que la libertad personal es una manifestación del derecho subjetivo que ostenta toda persona:

«El inciso 24 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias» (STC 0019-2005-PI-TC, FJ 11).

«En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. El alcance de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal (...)» (STC 1091-2002-HC-TC, FJ 2).

Finalmente, en el marco del excurso hermenéutico desarrollado por el TC, se ha interpretado que el derecho a la libertad personal no debe significar la afectación de otros valores constitucionales:

«[T]oda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido solo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen

en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que este pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta» (STC 0019-2005-PI-TC, FJ 27).

Está claro que el tema de la libertad personal debe ser ubicado bajo los actuales escenarios de la pandemia. Su ejercicio no siempre puede ser una opción en la individualidad subjetiva de las personas, pues debe estar condicionado con el respeto a otros valores superiores, no en su restricción absoluta, sino porque su propio ejercicio no debe afectar otros valores tan igual de superiores, como la vida y la salud del resto de la colectividad. En este contexto, no resulta por ejemplo legítimo que pacientes asintomáticos puedan estar impunemente contagiando al ser colectivo de otras personas; es deber legal y moral que guarde su cuarentena, a fin de que no sea portador de otros contagios, como es lo que en la realidad hoy se observa.

Y si bien es cierto que «La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (STC 0019-2005-PI-TC, FJ 11), este axioma como principio y enunciado constitucional no debe ser un ejercicio arbitrario por parte de ciudadanos que no guardan otros deberes constitucionales como el deber de promover la salud pública.

De todo lo arriba enunciado no debe tampoco entenderse que las restricciones que imponen actualmente los regímenes políticos, bajo el manto de preservar la salud pública y con ello la vida de las personas, habilita a restringir la libertad locomotora de las personas. En torno a ella está envuelta la concepción misma de la seguridad personal, la misma que representa la garantía que el poder público ofrece frente a las posibles amenazas por parte de terceros de lesionar la indemnidad de la persona o desvanecer la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar la vida coexistencial» (STC 2333-2004-HC/TC, FJ 3).

El derecho a la seguridad personal, por otro lado, mantiene una relación con la integridad personal. «[E]l derecho a la integridad personal se entronca con el derecho a la seguridad personal, puesto que supone la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás, en tanto se ejercita un derecho y se cumple con los deberes jurídicos» (STC 2333-2004-HC/TC, FJ 3). El ejercicio de la libertad que tiene toda persona debe correlativamente ostentar también determinados deberes u obligaciones constitucionales como relacionadas con lo que hoy es precisamente el centro de gravitación en todo el mundo: detener los contagios, y con ello preservar la salud y la vida de las personas en cada país. Sin embargo, una importante cantidad de académicos vienen ejerciendo una actitud libérrima de que no debe restringirse por ningún motivo la libertad locomotora y otros aspectos conexos a ella, puesto que constituye una legalidad sin sustento de legitimidad. Esta postura no nos parece precisamente

legítima, dado que, por principio, los mecanismos de los regímenes de excepción o de emergencia que ostentan los gobiernos les permiten restringir dichas libertades frente a contingencias como la crisis sanitaria derivada de la pandemia. Lo que sí se aprecia en la dinámica de los Estados es que muchas libertades se ven mediatizadas, sin fuente normativa constitucional, ni mucho menos por norma de rango legal, sino de naturaleza infralegal. Estos hechos que no escapan a las imprevisiones normativas se ubican en el marco de las mutaciones constitucionales, lo que no impide que, en algunos casos, las restricciones devengan en desconstitucionalizaciones. Es decir, excesos sin fundamento de orden constitucional.

En todas las constituciones se reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. A partir de allí se precisan diversos enunciados como, por ejemplo:

- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Se trata de la consagración de la libertad personal como un *derecho subjetivo*; y, por otro lado, del derecho a la *seguridad personal* que representa la garantía que el poder público ofrece frente a eventuales amenazas por terceros que lesionen la indemnidad de la persona o desvanezcan la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar una vida de coexistencia. Finalmente, dicho acápite involucra también el principio de *seguridad jurídica* que subyace en todo el sistema jurídico como previsibilidad.

En otras palabras, toda persona en el ejercicio de su libertad va a tener los límites que la propia constitución establece. Y es así como, eventualmente por la excepcionalidad en que se vive, si el gobierno dispone una determinada prohibición que en un *estado de normalidad* resultaría inconstitucional, en esta excepcionalidad, al restringir la norma “algo” que afecte la libertad, ella debe ser bajo el marco de una norma legal y no *infralegal*. Con todo, los decretos del ejecutivo (decreto supremo), al tener un sustento de fuente en la constitución, solo habilita la restricción de la libertad de tránsito conectada con el artículo 137, que establece el estado de emergencia.

- No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Se trata aquí de límites explícitos a la libertad personal.

- Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se trata del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, y comprende el principio de legalidad en una trimembre exigencia: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Este principio constitucional, en la dinámica de los regímenes de excepción por la pandemia, de hecho, se ha visto menoscabado, dado que han sido los gobiernos (órgano ejecutivo) los que han venido estableciendo una variada y heterodoxa normatividad infralegal que ha menoscabado dicho principio de legalidad.

- Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. Esta norma (art. 2.11) es la que

precisamente constituye una excepcionalidad donde una norma infralegal –el decreto supremo que declara la emergencia, o las normas que regulan o declaran el toque de queda– restringe a una libertad básica, y ello puede llevar a detener a una persona, aunque no esté cometiendo un delito (flagrancia delictiva). Esta es otra manifestación que se ha venido observando en la dinámica de los regímenes políticos de Latinoamérica y, ciertamente, por qué no decirlo, en países europeos.

Este precepto constituye el núcleo rector principal de la limitación a la libertad personal, y alude a los requisitos o presupuestos que debe constitucionalmente tener una *detención preventiva*: mandamiento escrito y motivado del juez; un máximo de cuarenta y ocho horas de detención policial y su excepcionalidad prevista en casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas.

– Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previsto en la ley. Un régimen de excepción no habilita a una persona a que sea incomunicada, si vemos a viandantes con cierta irresponsabilidad que han transitado en toque de queda. ¿Hasta qué punto una persona puede en su enclaustramiento virtualmente obligatorio ser objeto de alguna violencia psíquica o moral por parte del Estado al prohibir las salidas de las personas al establecer el aislamiento social? ¿Este aislamiento puede significar una suerte de claustrofobia y que ello explique por qué muchas personas salen de casa, sabiendo que las fuerzas del orden van a detenerlas? Esto es lo que precisamente ha ocurrido en los primeros meses de las emergencias constitucionales con los toques de queda de la prohibición de transitar.

El tema desde luego no se agota en los predios jurídicos, y requiere una explicación y mirada interdisciplinaria fundamentalmente de la psicología y de la sociología.

Aunque se pregone el aislamiento social, de hecho, esto trae consecuencias de una desigualdad en la población; en las redes se puede apreciar cómo, frente a las personas que salen, surge el estigma mediático del reproche por una presunta irresponsabilidad, y así se observa en diversos países cientos y miles de ciudadanos que han sido detenidos por no respetar el estado de emergencia y las restricciones de salida. Sin embargo, más allá de esta explicación estrictamente jurídica, es sociológica y psicológicamente explicable que muchas personas salgan porque su domicilio o casa habitación no les permite tener una cobertura de un bienestar como lo tienen otras personas de ingresos económicos mayores; salta aquí otro impacto en los predios de la libertad que es la gran desigualdad social de los que *pueden* sobrellevar un autoencierro, contando para ello con el confort que le brinda la privacidad de su hogar, frente a una gran mayoría que se ven lamentablemente obligados a oxigenarse bajo el escape de una breve salida para amortiguar aspectos de orden psicológico que genera el estrés y las *emociones* básicas que fluyen en las personas, desde el miedo, la ira, la alegría, la tristeza, el asco o la sorpresa, emociones que desencadenan una serie de *sentimientos* tales como la culpa, la vergüenza, el odio o la envidia, entre otros aspectos³⁴.

5 DERECHO A LA IGUALDAD

Uno de los derechos de la primera generación que en el marco de la pandemia y en torno a las restricciones que se imponen en todo el mundo bajo los marcos de las declaratorias de los regímenes de excepción es, sin duda alguna, el tema de la igualdad. Aparentemente se trataría de situaciones de discriminación que se presentan en diversos países, al hilo de las emergencias sanitarias. Sin embargo, el tema tiene una mayor complejidad, sobre todo en el campo laboral respecto a los trabajadores; igual ocurre con personas jurídicas que se ven afectadas por determinadas políticas estatales que tratan de enfrentar la crisis que genera en diversas esferas la pandemia.

Como se sabe, el tema de la igualdad se nos presenta como un principio constitucional y a la vez como un derecho subjetivo que garantiza el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales³⁵. Este enunciado, en la práctica, se diluye con diferentes formas de mutación constitucional que impone este inusual hecho del mortal virus.

Es necesario señalar que todos los modelos de las constituciones occidentales consagran dos grandes vertientes: el *principio de igualdad* y el *derecho a la igualdad*. La igualdad, en cuanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en cuanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele³⁶.

La igualdad es un *principio-derecho* que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones³⁷.

La igualdad como principio presume la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas³⁸.

En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, como componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad³⁹.

Por otro lado, se ha reconocido una *doble faceta* en torno a este derecho: *igualdad ante la ley e igualdad en la ley*. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma, mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁴⁰.

Las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas suelen desarrollar la igualdad y el *concepto de diferenciación*. El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.

Un texto normativo es coherente con los alcances y con el sentido del principio de igualdad cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente a partir de rasgos distintivos relevantes. En ese mismo contexto, es igualmente aceptable para el derecho que la pauta basilar de la igualdad esté subordinada al desarrollo pleno de otros principios constitucionales, valorados como de superior jerarquía en específicas y concretas circunstancias.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivada de la interpretación-aplicación de la ley, debe ser apreciada en relación con la finalidad y con los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y de los valores del derecho.

A mayor abundamiento, la finalidad debe ser concreta, palpable y verificable en sus consecuencias efectivas.

La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando éste se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas.

La diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar⁴¹.

¿Puede este derecho a la igualdad verse mellado o afectado a partir del fenómeno viral del COVID-19 sumado a los mecanismos gubernamentales de una declaratoria de emergencia? Desde luego estimamos que sí; basta con evidenciar a nivel de la información global cómo muchas personas no han podido tener acceso a los servicios de sanidad

por la excesiva demanda de los aparatos que permiten la respiración mecánica de los pacientes en alto riesgo. Se puede hacer toda una cartografía de experiencias que grafican la afectación de la igualdad. El caso de los servicios públicos o privados constituye una clara evidencia de que en las estructuras sociales reales hay una gran desigualdad por razones económicas, por ejemplo en los servicios de calidad que brindan las clínicas privadas frente a los hospitales públicos; también el tema de la igualdad compromete experiencias tangibles como las siguientes:

a) Ciudadanos extranjeros que no pueden ingresar en el marco del derecho a la libertad de tránsito a territorios soberanos y nacionales de otros países porque así lo disponen estas emergencias constitucionales.

b) Ciudadanos nacionales que están en territorios extranjeros y que les coge la declaratoria oficial de la pandemia por la OMS y desean retornar a sus países de origen, lo que significa ejercer la libertad de tránsito (cuya libertad se expresa en tres dimensiones, que es transitar por el territorio nacional, salir de él y entrar en él), y que por las limitaciones de razones de sanidad no pueden retornar, igual que los extranjeros no pueden entrar⁴².

c) Pese a la no confesionalidad de los Estados, precisamente por ser laicos, se televisan celebraciones de misas católicas sin posibilidad de que se reúnan y ejerzan, en el marco de la libertad de culto, otras manifestaciones religiosas.

d) Se aprecian casos de transexuales cuya identidad es requerida por las fuerzas del orden, presentándose los dilemas de transexuales varones o mujeres que deben transitar en días establecidos para hombres y mujeres.

e) Ciudadanos nacionales que, encontrándose en la capital o en otros lugares, al imponerse la declaratoria de emergencia en su propio país y el toque de queda o la restricción de la libertad ambulatoria, ya no pueden retornar a estar con los suyos y se ven dramáticamente en las calles, como han ocurrido en el Perú y otros países latinoamericanos, con miles de personas sin poder ejercer el derecho a la libertad de tránsito, afectándose con ello este específico derecho.

La igualdad en estos tiempos de la pandemia ha llegado a apelar en las sanidades de atención, en donde bien se sabe que los médicos y enfermeras han optado por salvar y suministrar en la UCI a los pacientes más jóvenes antes que a pacientes críticos de la tercera edad. Esta situación se ha aplicado en los picos en donde la sobrepoblación de pacientes no ha podido ser cubierta por la atención hospitalaria, y este problema no ha sido solo en la región de América Latina, sino que se observó en los primeros escenarios de países europeos y luego se vivenció en los nuestros.

Bien se ha dicho que esta pandemia no tiene clase social, pues ha atacado a pobres y ricos, nobles y *plebeyos*, y, a nivel de las altas esferas del poder, se ha podido apreciar cómo altos mandatarios y jefes de Estado contrajeron COVID-19. Sin embargo, más allá de esta gráfica visión maniquea y simplista, en la práctica es posible que exista una diferenciación en el tratamiento de las personas en función de las coberturas que tienen quienes poseen mayores ingresos.

Uno de los temas que se van a ver manifiestamente violados a partir de este principio de igualdad es la presencia de la *arbitraria exclusión de beneficios*, que conceptualmente significa que el Estado establece determinadas políticas, otorgando derechos, preeminencias o ciertos beneficios a determinadas personas o entidades, instituciones o empresas y, habiendo otras que están en tal igualdad de condición, dicha cobertura de beneficios no les alcanza. Aquí, por ejemplo, esta *arbitraria exclusión de beneficios* se expresa fundamentalmente en las empresas vinculadas a temas tributarios o de libre iniciativa privada, libertad de competencias, préstamos bancarios, los servicios de atención médica en los hospitales públicos y clínicas privadas; estas últimas que han establecido la atención de pacientes de COVID-19 con sumas absolutamente altas y desproporcionadas, las compras de medicina vinculadas a los tratamientos del coronavirus de personas solventes; la imposibilidad de acceder a una sala de cuidados intensivos, generando en la práctica miles de muertos por doquier, y un archipiélago de temas vinculados al ámbito económico. Un caso concreto lo tenemos en el desembolso que hace el Estado peruano de tres mil millones de soles, a fin de que la banca privada pueda generar préstamos a empresas privadas; sin embargo, a la postre, se imponen una serie de requisitos que impiden el acceso a dichos créditos al grueso de pequeñas empresas y microempresas.

Está claro, por tanto, que en todos los países del mundo la situación de un estado de anormalidad estatal, con toda esa compleja dinámica restrictiva de derechos y libertades en las personas, produce violaciones colectivas de este tipo de libertades y derechos, como el tema paritario de la igualdad y no discriminación. Quedará para futuros estudios sociológicos y jurídicos más específicos realizar trabajos más pormenorizados de esta realidad que vive el mundo.

6 DERECHOS LABORALES

Uno de los impactos de este complejo fenómeno mundial del COVID-19 es precisamente que el mundo ha detenido su cadena de producción de muchos bienes y servicios, confinando a la población a recalar en sus casas. Esta situación desencadena una serie de problemas, tanto en las empresas como en los trabajadores. Uno de ellos que empieza inmediatamente a observarse es la restricción que supone el trabajo en sí. Lo que a continuación viene es un conjunto de derechos laborales que se ven involucrados por el impacto de la pandemia que hoy se vive en tiempo real a nivel planetario. Actualmente se debaten diversos temas vinculados al sector empresarial y al sector laborante y sobre los que aquí hacemos una breve revista.

6.1 El trabajo como deber y como derecho

El artículo 22 ha establecido una concepción bidimensional del trabajo: como un derecho y como un deber. Por el primero se ha interpretado que su contenido esencial presupone dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo; y, por el otro, el derecho

a no ser despedido si no es por causa justa. Igualmente, dentro del derecho al trabajo se engloba la *libertad de trabajo*, y ella comprende la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que puede desplegar con el fin de afirmar la realización personal. Igualmente se ha interpretado el *contenido* a esta libertad afirmándose en detalle que no solo comprende el derecho de toda persona a seguir la vocación que mejor responde a sus expectativas, esto es, a la libre elección del trabajo, sino a la libertad para aceptar o no un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo. Esta prédica normativa desde luego hoy se ve como una mera declaración lírica, dado que la fuerza normativa de las constituciones en todos los países afectados por la pandemia no permite objetivamente garantizar este tipo de cláusulas que corresponden a los derechos de la segunda generación.

En lo que atañe al deber al trabajo, ha de entenderse que toda persona tiene entre sus obligaciones constitucionales la de trabajar con miras a afirmarse como persona por cuanto este deber dignifica al ser humano. De allí el fraseo del texto de que el trabajo “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

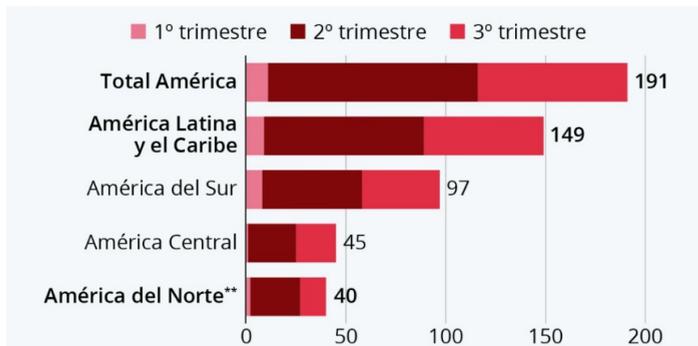
Sin embargo, más allá de la conceptualización jurídica de este derecho que aquí describimos, los tiempos de la hipermodernidad han generado la era de la *sociedad de la positividad* y hoy se observa que el *homo laborans*, que es el que vive de su trabajo, como no podía ser de otra manera, de pronto entra en una crisis porque los regímenes de excepción por razones de sanidad y salubridad de dicha pandemia no permiten que los trabajadores vayan precisamente a sus centros laborales. La filósofa Hanna Arendt ha señalado que «nos encontramos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda». Está claro que nada podía ser peor. Lo que hoy se vive sí es algo peor. Y el escenario no solo es para el trabajador *homo laborans*, sino también para el empresariado. Ambos no pueden desarrollar sus actividades. Y la pregunta es: ¿hasta cuándo? Y la respuesta será: hasta que la tormenta de la pandemia dé visos de que la contaminación puede ser ya controlada; que las infraestructuras de los servicios de salud pueden dar la cobertura a los infectados en términos de calidad. Mientras esto no ocurra y siga una impresionante cantidad de contagios y muertes en función de la ratio de la población, se deducen los porcentajes y se apreciará si la situación sigue siendo de emergencia para mantener el régimen de excepción. El trabajo queda supeditado en casa según fuere su naturaleza; los empresarios acaso tendrán que establecer una imaginación para volverse a reinsertar a través de recambios y no sufrir el colapso económico que genera la cadena de no pagos. Actualmente, se presentan récords históricos de desempleos; solo en USA en los inicios de la pandemia cada semana se han venido generado cerca de 8 millones de desempleos, y la curva de desempleo en todo el mundo es demoledora, pues se trata de otro colapso que genera la pandemia, aun cuando los regímenes de emergencia y de excepción ya no se mantengan, pero la pandemia sigue su tormenta viral, dejando muertes y contagios.

Pero este fenómeno que vive la humanidad, todo en tiempo real, lleva a reflexionar sobre la condición humana, pues el humano vive bajo una realidad que él mismo ha construido con su trabajo; sin embargo, la capacidad heurística y creativa a partir de estas experiencias del

siglo XXI obligarán a reinventarse. El consumismo que asola los tiempos actuales probablemente entre en un declive y llevará en un futuro muy cercano a que muchas *modalidades de trabajo* se reestructuren. Veamos, a propósito, lo que hoy existe en torno a ello.

6.2 Empleos perdidos en Latinoamérica producto de la pandemia⁴³

Gráfico 2. Pérdida estimada de empleos en el continente americano en 2020 (en millones)*



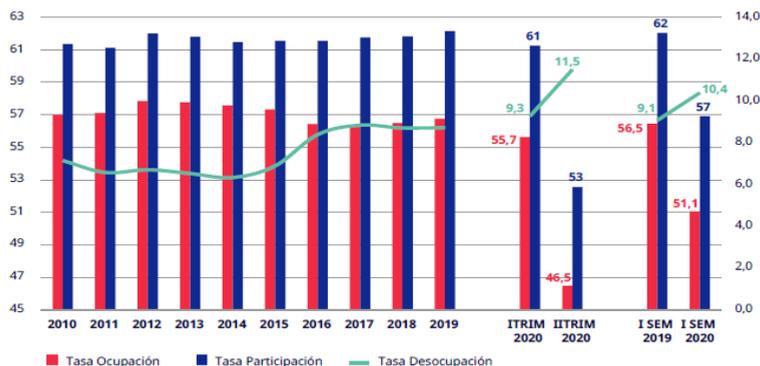
Fuente: OIT.

* Empleos a tiempo completo (48 horas semanales) perdidos, con respecto al 4.º trimestre de 2019. Estimaciones del 23 de septiembre de 2020.

** Excluye a México.

6.3 Tasa de ocupación, tasa de desocupación y tasa de participación económica. Nueve países de América Latina, 2010-2020 (en porcentaje)⁴⁴

Gráfico 3. Tasa de ocupación, tasa de desocupación y tasa de participación económica. Nueve países de América Latina, 2010-2020 (en porcentaje)



Fuente: SIALC/OIT.

Tabla 1. Variación en la tasa de ocupación y tránsitos hacia el desempleo o fuera de la fuerza de trabajo. Nueve países de 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	Fuera de la fuerza de trabajo	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%
Paraguay	65,6	61,6	-3,9	-15%	115%	100%
Perú	66,6	41,3	-25,3	2%	98%	100%
Uruguay	55,6	52,9	-2,8	-14%	114%	100%
TOTAL	55,7	46,5	-9,2	6%	94%	100%

Fuente: SIALC/OIT

Respecto a la tabla 1, la OIT explica oficialmente que «presenta la variación de la tasa de ocupación entre el primer y segundo trimestre de este año desagregada para los 9 países considerados. Asimismo, se computa el porcentaje que el aumento en la cantidad de personas desocupadas y el incremento de aquellas fuera de la fuerza de trabajo representan en la caída del número de ocupados. Se observa que la reducción del empleo se tradujo en masivas salidas netas de la fuerza de trabajo, representando estos tránsitos el 94% de la pérdida total de puestos de trabajo. El 6% restante se traduce en aumentos en el volumen de personas desempleadas. Los casos de Paraguay y Uruguay muestran una diferencia con el resto de los países, ya que en ellos el número total de desocupados incluso disminuyó (también en Brasil, si bien muy débilmente), por lo que el único grupo que aumentó de forma neta ha sido la población no económicamente activa».

7 EL DERECHO A LA SALUD

Estamos aquí ante uno de los derechos fundamentales más relevantes que se ven menoscabados por el fenómeno mundial del coronavirus, que, al tener cobertura en todo el planeta, la OMS declaró oficialmente como pandemia. No cabe duda de que este derecho constituye el eje, centro y fin que los Estados se imponen preservar; y, como consecuencia de ello, el derecho a la vida.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y el fortalecimiento

de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido⁴⁵.

Más recientemente, el TC ha ampliado el espectro de este básico derecho, señalando que «el derecho a la salud comprende una serie de posiciones iusfundamentales que van desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (STC 0033-2010-PI/TC, FJ 34). A su vez, estas dos posiciones iusfundamentales, por ejemplo, tienen algunas exigencias específicas que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud. En el caso del derecho a los servicios de salud, conforme lo ha precisado la Observación General n. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, este derecho supone que los servicios de salud brindados por el Estado para el goce de este derecho tengan las características de disponibilidad, accesibilidad (que a su vez incluye no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica o asequibilidad, y acceso a la información), aceptabilidad y calidad (párrafo 12)»⁴⁶. Lamentablemente, esta mirada que expresa el Tribunal Constitucional constituye acaso un desiderátum, pues en los hechos la presencia del COVID-19 ha desnudado al grueso de países de la región, que no cuentan con reales estructuras sanitarias para poder enfrentar el problema de la saturación de pacientes afectados por el coronavirus.

7.1 Protección del derecho a la salud

Es evidente que una de las políticas como deber estatal que tienen los Estados en su actividad cotidiana es proteger este derecho fundamental, que es, después del derecho a la vida, el presupuesto ontológico para el ejercicio de los restantes derechos de las personas, pues a través de su protección se garantiza el ejercicio de la vida cotidiana de las personas y que afirmen sus proyectos como tales. Es en este contexto en el cual la pandemia desencadena como reacción estatal una protección cualitativa y cuantitativamente en forma más estructurada, y es que la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender, con la urgencia y eficacia que el caso exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras⁴⁷.

En el marco de un Estado social y democrático de derecho la salud es un derecho constitucional de carácter indiscutible, lo que descarta la discrecionalidad, por lo que es deber del Estado adoptar las medidas pertinentes para la satisfacción del derecho. Así lo ha puesto de relieve en el fundamento 7 la STC 2945-2003-AA/TC: «(...) O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos.

Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que, allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo»⁴⁸.

7.2 Número de camas UCI en América Latina al 31 de mayo de 2020⁴⁹

Al margen de la presencia de la pandemia, lo que esta ha revelado en todas las estructuras sanitarias de América Latina ha sido la grave irresponsabilidad sistemática de todos los gobiernos que a lo largo de décadas han venido postergando manifestaciones concretas de los derechos económicos, sociales y culturales, como es en este caso el derecho a la salud, y sobre todo la cobertura y su protección sanitaria a partir de una infraestructura de la que deben dotarlas los Estados a fin de que su población pueda preservarse de las contingencias patológicas que, en este caso, exponencialmente se acrecentaron, llegándose a generar una real crisis sanitaria sin precedentes a lo largo de casi un siglo. En el fondo, esta incuria gubernamental tiene una manifestación de una inconventionalidad e inconstitucionalidad por omisión, dado que todas las constituciones establecen mandatos imperativos de desarrollar políticas públicas específicas en el campo de la salud y salubridad de la población. En este contexto está claro que la pandemia lo que ha hecho es desnudar y revelar otro fenómeno más: el estado de cosas inconstitucionales e inconventionales que se han presentado en esta crisis desencadenada por la pandemia y cuya nula cobertura sanitaria ha generado más de un millón de muertes en todo el mundo.

Tabla 2. Número de camas UCI en América Latina

Pafs ▲	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
El Salvador	80	145	1,2	2,2	547
Venezuela	1.213	Sin información	3,8	Sin información	Sin información

Fuente: www.saludconlupa.com

7.3 Salud de los reclusos

Otro de los temas que poco se ha tratado en la mayoría de los países involucrados con la pandemia es el de la salud de las personas que se encuentran en los centros penitenciarios; por principio, como sostiene la dogmática penal, quienes infringen una norma que protege un bien jurídico determinado deben recibir una sanción cuya *ultima ratio* es la privación de su libertad; sin embargo, esto no significa que la reclusión deba desencadenar contingencias del riesgo a contraer el virus mortal, de ahí que también los reclusos tengan su derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos. Existe, en consecuencia, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas reclusas y debe, por tanto, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe asumir una política pública que no solo esté orientada a velar por la salud de las personas reclusas, sino también a que las condiciones en las que se cumple condena se condigan con la dignidad de la persona y no terminen afectando otros derechos fundamentales⁵⁰. Esta postura que ha interpretado el TC peruano, sin embargo, debe ser relativizada, dado que es el Estado en su conjunto el ente responsable por la salud y salubridad de todas las personas, estén en su condición de libertad o en reclusión. De ahí que los gobiernos actuales, allí donde los centros penitenciarios tienen una sobrepoblación, deban realizar un conjunto de acciones que permitan que muchas personas puedan salir vía políticas de indulto. Por ejemplo, se ha planteado sobre las personas condenadas por delitos de omisión alimentaria; igual debe ser para las personas que padecen enfermedades terminales, adultos mayores vulnerables; e incluso les corresponde a los legisladores de los parlamentos establecer la despenalización de personas que aún no tienen condena y se encuentran en condición de prisiones preventivas, dado que ya la propia Corte IDH ha establecido los requisitos que debe presentar esta situación, que constituye dentro del marco de las políticas criminales la excepción y no la regla.

Aquí consideramos que corresponde establecer un conjunto de políticas de emergencia que deben significar el indulto para personas de determinada edad que bien puede manejarlo el Ministerio de Justicia para las personas de la tercera edad o adultos mayores que constituyen personas de alto riesgo de contraer enfermedades que puede significar el contagio del coronavirus. Esta política le corresponde al ejecutivo, dado que existe como prerrogativa constitucional el derecho de gracia expresado tanto en el indulto como en la amnistía. Siendo el primero prerrogativa y competencia del ejecutivo, donde significa perdón, pero no olvido, de las personas condenadas, sobre todo por delitos comunes, en cambio la amnistía constituye una facultad competencial

del legislativo y, por lo general, constituye el perdón y el olvido de las personas que han cometido delitos de naturaleza político-social.

7.4 Derecho a la salud mental

Uno de los fenómenos que trae consigo el enclaustramiento en estos tiempos de la pandemia del siglo XXI es inevitablemente, para muchas personas, un grave impacto en la salud mental. Y ello porque los niveles de estrés, angustia, ansiedad, pánico y todo un complejo mundo de fobias que trae la posmodernidad ha desencadenado nuevos problemas, ya no solo virales, sino neuronales, y que recientemente han sido objeto de reflexión no solo por la psiquiatría contemporánea, sino por filósofos como el profesor Byung-Chul Han, que ha señalado que en el comienzo del siglo XXI, desde una perspectiva patológica, los problemas que existen ya no serían ni bacteriales ni virales, sino neuronales. Así, sostiene que «las enfermedades neuronales, como la depresión, el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), el trastorno límite de personalidad (LP) o el síndrome de desgaste ocupacional (SDO), definen el panorama patológico de comienzos de este siglo»⁵¹. Esto ha llevado a que este filósofo califique a este siglo como una sociedad del cansancio, generado por la sociedad del rendimiento, que es la sociedad de la positividad, en donde las personas se convierten en amos y esclavos, en el marco de una descarnada competitividad que hace que acaben cansadas y deprimidas, y en donde subyacen una serie de frustraciones, así como una generación de personas relativamente adultas que forman parte, como ha señalado Gilles Lipovetsky, de la actual *era de la decepción*. Hoy, el mundo atraviesa una decepción que se ha radicalizado y multiplicado en niveles nunca antes conocidos en el mundo occidental. Diríase que se vive bajo el imperio de la decepción: la actual etapa de una sociedad de consumo ha generado una clase de personas con un excesivo individualismo hedonista y que viene de lo que hace décadas el mismo Lipovetsky denominaba el “proceso de personalización”⁵². Hoy nos encontramos ante el individuo que tiene “fatiga de ser uno mismo”; las tasas de suicidio cada año aumentan, bajo el guarismo de más de 800.000 por año, y a ello se suman las tasas de depresiones y las adicciones de toda índole⁵³. Todo este marco de reflexión filosófica permite señalar que en los tiempos actuales existe también una escalada de pacientes que tienen problemas de salud mental. Es en este marco y contexto en el que hoy se presenta precisamente otro derecho, que es el derecho a la salud mental como «un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica. Y ello es debido a que la preservación de la vida humana no se limita solamente a proteger la supervivencia biológica de la persona humana, sino que también se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud. Considerar al ser humano integralmente, como una unidad física y psíquica, es imperativo, en vista de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad»⁵⁴.

8 CONCLUSIONES

1. La sociología de la posmodernidad ha calificado a la sociedad de distintas maneras y ha incluido entre otras categorías sociológicas a la llamada *sociedad del riesgo*. Hoy la humanidad se debate a nivel planetario en una sociedad igualmente de incertidumbre, estando metafóricamente la ciudad global sitiada por un enemigo invisible que ha pos-trado al mundo entero, que es el coronavirus.

2. La pandemia ha obligado a que todos los gobiernos apelen a los mecanismos del derecho constitucional de emergencia para enfrentar una contingencia concreta y real, que es el fenómeno de la pandemia; y ello significa un conjunto de restricciones y suspensión de derechos y libertades producto de dicha emergencia sanitaria.

3. Sin embargo, actualmente se viene manteniendo la crisis sanitaria aun cuando casi en la mayoría de países han dejado de mantenerse las declaratorias de emergencia o de excepción, y esto en los hechos ha desencadenado *de facto* restricciones que escapan ya a los marcos de la razonabilidad y proporcionalidad de las libertades y derechos fundamentales, según la naturaleza del derecho fundamental que se encuentre en juego.

4. Aun cuando se reconoce en la teoría de los derechos humanos que estos tienen un límite y un contenido esencial, a nivel planetario se han presentado complejas situaciones de restricción.

5. Entre los principales derechos afectados por la pandemia se ubican en primer orden de jerarquía los siguientes: a) el *derecho a la vida*, que viene cobrando aproximadamente 1,34 millones de víctimas; b) el *derecho a la salud*, que ha demostrado que todos los Estados no han podido cubrir en su momento una infraestructura sanitaria por la alta demanda de tasas de contagio y que actualmente llega a 55 millones de personas contagiadas, con una tasa de recuperación de 35 millones; c) el *derecho al trabajo*, donde se observa una de las mayores crisis con una pérdida de trabajos a tiempo completo para el último trimestre del año que se proyecta en cerca de 245 millones a nivel mundial, según la OIT⁵⁵; d) *restricciones a las libertades fundamentales*, lo que viene generando protestas y reacciones por los enclaustramientos en la mayoría de la población, según el nivel de la crisis sanitaria; y e) igualmente, otro derecho colateral es el *derecho a la sepultura* de los fallecidos, cuyos familiares no han podido cumplir con los ritos de sus particulares creencias religiosas para llevar un duelo dentro de los marcos de sus derechos morales.

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 (traducción de Daniel Zadunaisky).
- Bauman, Z. y Bordoni, C. 2016. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós (traducción de Albino Santos Mosquera).

- Beck, U. y Beck-Gernsheim, E. 2016. *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Barcelona: Paidós (traducción 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 del texto griego con los manuscritos y todas las ediciones a la vista, precedidas de un examen crítico-filosófico y comentadas extensamente por Mor. E. Littré. Versión verificada al castellano y anotada con textos de nuestros más célebres comentadores españoles).
- 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 y Michéle Pendanx).
- 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*, 2ª Ed., septiembre.
- Pegoraro, L. y 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 (traducción de Silvia Furió y Rosa María Salleras).
- Zafranski, R. 2003. *El mal y el dilema de la libertad*. Barcelona: Tusquets.

NOTAS

- 1 Puede verse Eto Cruz, 2020: 149-161.
- 2 Pegoraro y Rinella, 2016: 2; 45 y ss.; y 184 y ss.
- 3 Nash Rojas, 2010: 259 y ss.
- 4 Bidart Campos, 1967: 17-18.
- 5 Mirkine-Guetzévitch, 1934: 36 y ss.
- 6 STC 0003-2005-AI/TC, FJ 42.
- 7 STC 2700-2006-PHC/TC, FJ 18.
- 8 STC 4386-2009-PHC/TC, FJ 10.
- 9 STC 0014-2002-AI/TC, FFJJ 93-96.
- 10 STC 1417-2005-PA/TC, FJ 21.
- 11 STC 0349-2004-AA/TC, FJ 15.
- 12 STC 0050-2004-AI/TC, FJ 104. Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando hay restricción de derechos fundamentales, véase STC 02637-2011-HC/TC, FJ 2.
- 13 Brage Camazano, 2004: 140 y ss.
- 14 Brage Camazano, 2004.
- 15 Bauman, 2016: 35 y ss.
- 16 Han, 2012.
- 17 Hipócrates, 1842: 29-30.
- 18 Benedictow, 2011: 38 y ss.; 53 y ss.; 71 y ss. y fundamentalmente 101 y ss.
- 19 Lessenich, 2019: 27 y ss.; y 83 y ss.
- 20 White, 2011.
- 21 Zafranski, 2003.
- 22 Margalít, 2010: 15.
- 23 Matteucci, 2010: 87 y ss.
- 24 Citado por Foucault, 2006: 150.
- 25 Foucault, 2006: 150.
- 26 Beck y Beck-Gernsheim, 2016: 249.
- 27 Bauman y Bordoní, 2016: 77 (el texto corresponde a Bordoní).
- 28 <https://es.statista.com/estadisticas/1105336/covid-19-numero-fallecidos-america-latina-caribe/>.
- 29 Stuart Mill, 2013: 148 y ss.
- 30 Una bibliografía puntual puede verse en Bauman, 2016: 53 y ss.
- 31 Vid. el colectivo virtual AA.VV., 2020.
- 32 Mumford, 2018: 71.
- 33 Rawls, 2010: 14.
- 34 López Rosetti, 2018.
- 35 STC 0649-2002-AA/TC FJ 06.
- 36 STC 0606-2004-AA/TC FJ 09.
- 37 STC 3533-2003-AA/TC FJ 04.
- 38 STC 0261-2003-AA/TC FJ 3.1.
- 39 STC 0045-2004-PI/TC FJ 20.
- 40 STC 0048-2004-PI/TC FJ 60.
- 41 STC 0261-2003-AA/TC FJ 3.2.
- 42 Recientemente, el Tribunal Constitucional alemán emitió la Decisión de 7 de abril de 2020-1 BvR 755/20 en la que ha rechazado una solicitud de suspensión provisional de la ordenanza bávara sobre medidas de protección contra infecciones y una restricción de salida provisional con motivo de la pandemia de coronavirus. El solicitante consideró que las prohibiciones de reunirse con amigos, visitar a sus padres, manifestarse o conocer gente nueva eran demasiado extensas. La demanda no fue inadmisible sobre la base del principio de subsidiariedad, ya que la remisión previa a los tribunales especializados es evidentemente inútil, porque ya se han negado a dictar autos provisionales en otros procedimientos. Pero fue infundado. La junta tuvo que decidir dentro del alcance de una ponderación de las consecuencias basada en un examen sumario, teniendo en cuenta los efectos sobre todos los afectados por la normativa impugnada. De acuerdo con esto, las desventajas que se derivan de una aplicación provisional, si las medidas impugnadas posteriormente resultan inconstitucionales, son de especial importancia. Sin embargo, no superan claramente las desventajas que surgirían si las medidas expiraran, pero que luego resultarían constitucionales. Los peligros para la vida y las extremidades superan las restricciones a la libertad personal. Es cierto que las medidas atacadas limitan considerablemente los derechos básicos de las personas que se encuentran en Baviera. Estipulan que el contacto físico directo y, en gran medida, los encuentros reales deben ser restringidos o evitados por completo, prohíben instalaciones donde se encuentran las personas, la empresa, y prohíben salir de casa sin una razón específica. Si la medida cautelar solicitada no se hubiera dictado y la denuncia constitucional prosperara, todas estas restricciones, con sus importantes y probablemente irreversibles consecuencias sociales, culturales y económicas, se habrían impuesto injustamente y cualquier violación en su contra habría sido castigada injustamente. Si, por otro lado, se emitiera la orden provisional y la denuncia constitucional no tuviera éxito, es probable que un gran número de personas se comportara de la manera que pretenden prevenir las regulaciones impugnadas, aunque las restricciones de comportamiento son compatibles con la constitución. Las instituciones cuya existencia económica se ve afectada por los cierres reabrirían, la gente dejaría con frecuencia sus hogares y el contacto directo entre las personas también tendría lugar con frecuencia. Según el conocimiento actual, esto también aumentaría considerablemente el riesgo de contagio con el virus, la enfermedad de muchas personas, la sobrecarga de los establecimientos sanitarios a la hora de tratar casos

graves y, en el peor de los casos, la muerte. Un reglamento válido solamente puede suspenderse en casos excepcionales en el contexto de la protección legal de emergencia; se aplicará un estándar estricto. De acuerdo con esto, las consecuencias de las medidas de protección atacadas parecen serias, pero no irrazonables en la medida requerida. No parece intolerable posponerlos temporalmente para permitir la mayor protección posible de la salud y la vida, a lo que el Estado está fundamentalmente obligado por la Constitución. En comparación con los peligros para la vida y las extremidades, las restricciones a la libertad personal pesan menos. También debe tenerse en cuenta que las regulaciones son limitadas en el tiempo, II. Además, la Corte Constitucional Federal ya ha publicado varias decisiones sobre temas relacionados con la pandemia COVID-19. Por ejemplo, la Segunda Sala del Segundo Senado rechazó órdenes provisionales relativas a la nulidad de varias fechas de audiencias principales por el supuesto riesgo de infección por corona porque no se cumplió el principio de subsidiariedad o la solicitud no cumplió con los requisitos legales de justificación (Az. 2 BvR 474/20, 2 BvR 483/20 y 2 BvR 571/20). La Primera Sala del Primer Senado ha rechazado una solicitud de emisión de una orden provisional contra una prohibición de reunión en virtud de la ley de protección contra infecciones por inadmisibles porque los querellantes no habían hecho uso de la posibilidad de protección legal urgente por un tribunal especializado (1 BvR 661/20), y rechazó otra solicitud de ese tipo porque la necesidad de protección legal no estaba suficientemente justificada (1 BvR 742/20). Además, la cámara no aceptó una denuncia constitucional contra la ordenanza de Berlín para contener la propagación del coronavirus para su decisión, ya que no cumplía con los requisitos del principio de subsidiariedad (1 BvR 712/20). Finalmente, la Tercera Cámara del Primer Senado no aceptó una denuncia constitucional contra la limitación de las opciones de rescisión por parte de los propietarios en el marco de la nueva normativa sobre la pandemia de COVID-19 por no cumplir con los requisitos legales de justificación (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 y 6.

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

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

47 STC 02002-2006-PC, FJ 17.

48 STC 03081-2007-PA, FJ 24.

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

50 STC 05408-2007-PHC, FJ 10.

51 Han, 2012: 11-12.

52 Lipovetsky, 2015.

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

54 STC 02480-2008-PA, FJ 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. 331-358
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4643>
© Miguel Ángel Presno Linera
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 11/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia 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 Derecho Constitucional
Universidad 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: las leyes orgánicas 4/1981 y 3/1986 como instrumentos jurídicos básicos frente a las crisis sanitarias. 2 Primer escenario práctico: la declaración del estado de alarma para hacer frente al COVID-19. 3 Segundo escenario práctico: la aplicación de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, en relación con la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. 4 El único pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la garantía de derechos durante la crisis del COVID-19: la prohibición de una manifestación prevista para el 1 de mayo en Vigo. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 ESCENARIO TEÓRICO: LAS LEYES ORGÁNICAS 4/1981 Y 3/1986 COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS BÁSICOS FRENTE A LAS CRISIS SANITARIAS

Pocos meses después del intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 se publicó la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución española (CE), no especialmente concreto en lo que respecta al estado de alarma³.

Esa norma había empezado su andadura parlamentaria en septiembre de 1979 bajo una forma bien diferente: como Proyecto de Ley orgánica de seguridad ciudadana, que, según su “Memoria”/Preámbulo, suponía “un importante cambio en relación con la Ley de orden público de 1959 y criterios inspiradores de la misma, al conjugar la nueva normativa la defensa de las instituciones con el fortalecimiento de los sistemas de garantía de las libertades públicas”. Dentro de este proyecto, el capítulo III era el dedicado a la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, dando cumplimiento, según la memoria:

«a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución... Insiste el precepto citado en la exigencia de concretar los efectos de las respectivas declaraciones, lo que constituye una clara referencia, por lo que respecta a los estados de excepción y sitio, al artículo 55 de la propia Constitución, cuyo párrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa y con carácter excluyente, los derechos fundamentales y las libertades públicas que podrán ser suspendidos cuando se produzca la declaración de dichos estados.

Sin embargo, aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes –como la Ley federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947–, haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de

defensa extraordinaria de las instituciones públicas y, a pesar de que, como elemento equilibrante o compensador haya sido muy precisa y minuciosa en la determinación de las competencias y procedimientos para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres...».

Nos referiremos al contenido de este proyecto legislativo únicamente en lo relativo al estado de alarma, pues sirve para constatar el notable cambio que experimentó a lo largo de su tramitación parlamentaria y que tiene mucho que ver con el alcance de la declaración de ese estado en situaciones de crisis sanitarias como la generada por el COVID-19.

La memoria del proyecto decía lo siguiente en relación a la terminología y al pretendido alcance del estado de alarma:

«La denominación del estado de alarma, aunque coincidente con una de las usadas en la Ley de orden público de 28 de julio de 1933, responde ahora a una realidad distinta: el estado de alarma de la ley republicana es homólogo propiamente del estado de excepción, según la concepción de la Ley de 1959, y según el proyecto que ahora se presenta. *El proyecto, en su concepción del estado de alarma sigue muy de cerca al proyecto de Ley de modificación de la Ley de orden público, tramitado durante el pasado año, recogiendo, en la enumeración de los supuestos determinantes de su declaración, además de las alteraciones del orden público: las catástrofes, calamidades o desgracias públicas; epidemias o situaciones de contaminación grave; paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.*

Se trata fundamentalmente de eventos en los que pelagra la seguridad o la salud de las personas, o se encuentra en riesgo grave el mantenimiento de las condiciones físicas necesarias para el desenvolvimiento de la vida de la colectividad.

Por ello, el conjunto de medidas para cuya adopción se faculta a las autoridades gubernativas, aparte de la lógica concentración de atribuciones administrativas, tiende, de una parte, con carácter positivo, a la movilización de personas y recursos materiales, *para asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados*, y, de otra parte, con carácter negativo, a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad (todas las cursivas son nuestras).

Ya en el articulado del proyecto se incluían los supuestos que podrían dar lugar a la declaración del estado de alarma:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el apartado 2 del artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando concurren situaciones como las siguientes:

a) Alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la autoridad gubernativa.

b) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

c) Crisis sanitarias, tales como estados epidémicos y situaciones de contaminación grave.

d) Paralización de servicios públicos esenciales.

e) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Pues bien, en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso sobre la “Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, publicado en el boletín de la Cámara el 14 de abril de 1981, desapareció la letra a) del proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante “alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana”. Se desvinculó el estado de alarma de la cuestión del orden público y así se propuso en el dictamen de la Comisión de la misma fecha, aunque se mantuvo el carácter ejemplificativo de los supuestos: “... cuando concurren situaciones como las siguientes...”.

Fue en el Pleno del Congreso de 23 de abril de 1981 cuando las causas ejemplificativas pasaron a ser taxativas y el texto adquirió la redacción que hoy sigue vigente:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

No cabe, por tanto, la declaración del estado de alarma en el contexto de un problema de orden público y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón, el legislador efectuó una “despolitización” del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)⁴.

Casi cinco años después se aprobó la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que, como la anterior, tuvo también un origen curioso: el Proyecto de Ley de sanidad incluía, dentro del título I (Del sistema de salud), un capítulo V con la rúbrica “De la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva” (arts. 21 a 32). Pues bien, la futura LO 3/1986 se creó a partir de los artículos 21, 22 y 29 del Proyecto de Ley general de sanidad por acuerdo de la Junta de Portavoces, ratificado por el Pleno de 12 de noviembre de 1985, del que salió el Proyecto de Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en la citada sesión de 12 de noviembre de 1985, sin exposición de motivos y con 3 artículos:

«Artículo 1: A los efectos de proteger la salud pública y prevenir los peligros para la misma, las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en el presente capítulo cuando ello sea necesario por razones sanitarias de sanidad o urgencia, y siempre de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Artículo 2: Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o vigilancia cuando se aprecie o sospeche razonablemente que la salud de la población puede quedar afectada por la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

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

Esta redacción experimentó pocos cambios a lo largo de su tramitación parlamentaria: en el Senado se introdujeron tres enmiendas técnicas a los tres artículos del proyecto remitido por el Congreso y se añadió un artículo 4 para hacer frente a los riesgos para el abastecimiento de medicamentos o productos sanitarios, lo que fue aceptado por el Congreso de los Diputados».

Tenemos, pues, dos leyes orgánicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas –la vida, la integridad física pero también la libertad de circulación, el derecho de reunión...– tanto en los casos de graves crisis sanitarias de alcance general (estado de alarma) como en las situaciones en las que es preciso controlar alguna enfermedad transmisible: la primera permitiría establecer limitaciones de alcance general al ejercicio de derechos fundamentales en los términos previstos en el artículo 11 de la LO 4/1981⁵ y la segunda serviría para limitar los derechos fundamentales de concretas personas –“enfermos [y] personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”– con la garantía del control judicial previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que nos referiremos más adelante⁶.

Además, y para hacer frente a las contingencias que se presenten en las situaciones “ordinarias”, existen diversas leyes estatales y autonómicas en el ámbito de la salud y las emergencias⁷.

2 PRIMER ESCENARIO PRÁCTICO: LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA HACER FRENTE AL COVID-19

El primer párrafo del preámbulo del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dice:

«La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos».

En el segundo punto del preámbulo del Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, se expone:

«... en el momento actual en España, al igual que en la mayoría de países europeos, se registra una tendencia ascendente en el número de casos. Este incremento se ha traducido en un aumento importante de la incidencia acumulada en catorce días, hasta situarse, con fecha 22 de octubre, en 349 casos por 100.000 habitantes, muy por encima de los 60 casos por 100.000 habitantes que marca el umbral de alto riesgo de acuerdo a los criterios del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades... En este contexto, con niveles muy preocupantes de los principales indicadores epidemiológicos y asistenciales, se deben considerar diferentes medidas de control de la transmisión que permitan reducir las incidencias actuales, revertir la tendencia ascendente y evitar alcanzar el nivel de sobrecarga que experimentó el sistema sanitario durante la primera ola de la pandemia...».

Entre uno y otro se aprobó el Real decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que se aplicó a 9 municipios de la Comunidad de Madrid y que se justificó con, entre otros, los siguientes argumentos:

«... Teniendo en cuenta que (...) la autoridad judicial no ha ratificado la medida referida a la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados, única medida contemplada en la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, susceptible de ratificación o autorización judicial por limitar o restringir derechos fundamentales, resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar con la aplicación de esta medida, ante la grave situación epidemiológica existente en los municipios afectados y con el fin de evitar el riesgo que se ocasionaría en caso de no ser posible continuar con su aplicación...».

No nos cabe duda de que se han dado los presupuestos de hecho previstos en el genérico “Derecho de excepción” –Ley orgánica 4/1981– para declarar el estado de alarma en los tres supuestos en los que, hasta ahora, se ha aprobado en el año 2020; tampoco que no se daba el 14 de marzo y no se ha dado con posterioridad el presupuesto que podría justificar la declaración del estado de excepción: ni entonces ni ahora, ni tampoco en el intervalo de junio a noviembre, “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los

servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público” estuvieran ni están “tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo” (art. 13)⁸.

Parece, pues, que la declaración de los sucesivos estados de alarma puede considerarse acertada en el sentido de la correlación entre la medida adoptada y el presupuesto práctico que exigía su aprobación⁹.

Otra cosa es, también en el plano práctico, lo que cabe decir de alguna de las medidas adoptadas en el Real decreto 463/2020, cuyo artículo 7, titulado “Limitación de la libertad de circulación de las personas”, dispuso en su punto 1 que:

«Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza...».

Y es que la LO 4/1981 distingue entre “limitaciones”, propias del estado de alarma, y “prohibiciones”, características del estado de excepción: habla respecto al primero (art. 11) de, entre otras medidas, “a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados... c) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad”; respecto del segundo permite, entre otras opciones, “prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine” (art. 20.1); “prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones...” (art. 22.1) y “prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo...” (art. 23). Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha dicho que “... los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan (...) en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8).

Pues bien, si atendemos a las concretas medidas impuestas en la práctica con la entrada en vigor del Decreto 463/2020, no parece haber diferencia entre su intensidad y las prohibiciones propias de un estado de excepción, tal y como ha articulado la cuestión el legislador orgánico. Estamos, pues, ante una teórica limitación formal de la libertad de circulación que, de hecho, implica una prohibición general de la citada libertad, y es que, en palabras de Santamaría Pastor, “limitar es *restringir* parcial y excepcionalmente, no *prohibir todo*, salvo excepciones”¹⁰.

Por ello, esas previsiones parecen chocar con la configuración que, como hemos dicho, se dio a la LO 4/1981, en la que el legislador se decantó, pudiendo hacer otra cosa, por una serie de medidas que en el caso del estado de alarma serían menos gravosas

que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre estas (que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico¹¹.

Para resolver estos interrogantes, no contamos hasta la fecha con jurisprudencia constitucional relevante, pues los casos en los que se interpretó el alcance del artículo 19 CE versaron, fundamentalmente, sobre los derechos de las personas extranjeras para entrar y residir en España. Cabe, no obstante, recordar que, conforme a la STC 94/1993, de 22 de marzo, “las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, FJ 3)” (F. 4); que (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 5) “el artículo 19 CE reconoce a «los españoles» cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional”, y que (STC 146/2006, de 8 de mayo, FJ 2) “constituye doctrina de este Tribunal que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante”, algo que se reitera en la STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 6.

Como es obvio, no entramos aquí a valorar si las medidas limitativas de la libertad de circulación eran las mejores para contener la epidemia, al margen de que en otros países no alcanzaron entonces la misma intensidad. Pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, “deben fundarse en una ley” y nos parece discutible, cuando menos, que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la LO 4/1981, máxime teniendo en cuenta la obligación iusfundamental de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STC 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4) y, lo que no debe olvidarse, las posibles consecuencias sancionadoras que el incumplimiento de las citadas prohibiciones ha venido ocasionando¹².

A este respecto, encaja mucho mejor en la teoría de la LO 4/1981 la práctica de las medidas limitativas de la libertad de circulación “en horario nocturno” previstas en el Real decreto 926/2020, pues se trata, efectivamente, de restringir la libertad deambulatoria en unas horas determinadas: “durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades...”¹³.

En suma, el derecho de excepción previsto para su aplicación durante la vigencia del estado de alarma tal y como se ha articulado en la Ley orgánica 4/1981 no ofrece, a nuestro juicio, cobertura suficiente para la adopción de medidas especialmente limitativas del derecho fundamental a la libertad de circulación como las adoptadas con ocasión del Decreto 463/2020.

En segundo lugar, la aplicación “práctica” del estado de alarma ha evidenciado su poca funcionalidad cuando se decreta para un ámbito territorial pequeño, incluso a grandes ciudades (Madrid) o conurbaciones, como ha ocurrido con el Decreto 900/2020, que vinculó a los municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

Este estado de alarma, como cualquier otro, exigió el decreto acordado en Consejo de Ministros y dar cuenta al Congreso de los Diputados, a quien no llegó a pedírsele la prórroga. Es verdad que la LO 4/1981 permite (art. 7) que la autoridad competente pueda ser, por delegación del Gobierno, “el presidente de la comunidad autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad”, pero no necesariamente es así –en el caso que nos ocupa la autoridad competente fue el Gobierno– y, en cualquier caso, esa eventual delegación no elude el acuerdo inicial del Gobierno ni la intervención del Congreso de los Diputados. Además, durante la vigencia del estado de alarma, corresponde al Gobierno suministrar al Congreso la información que le sea requerida y, asimismo, le dará cuenta de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este (art. 8). Finalmente, y admitiendo que será conveniente escuchar al presidente de la comunidad autónoma afectada en los debates parlamentarios sobre la prórroga del estado de alarma y las medidas por las que debe regirse, la decisión última corresponde a la Cámara Baja y el Gobierno conserva buena parte del protagonismo.

No es ajeno a esta posible disfuncionalidad que la Ley orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse –aún no se habían aprobado la mayoría de los estatutos de autonomía– y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo...) son ahora competencia, en buena parte, de las comunidades autónomas.

En esta línea, el Decreto 926/2020 sí ha atendido, en la medida de lo posible, al modelo territorial español a la hora de articular el haz de medidas aprobadas para contener la pandemia: por una parte, “en cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto” (art. 2.2); en segundo lugar (art. 2.3), estas autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, preceptos que contienen el grueso de las medidas a adoptar. Incluso, “la autoridad competente delegada en cada comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía podrá, en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13, modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los artículos 6, 7 y 8, con el alcance y ámbito territorial que determine. La regresión de las medidas

hasta las previstas en los mencionados artículos se hará, en su caso, siguiendo el mismo procedimiento” (art. 10).

Es discutible, no obstante, que en nuestro marco constitucional quepa atribuir a las comunidades autónomas la capacidad para acordar, incluso como autoridad delegada, la restricción de entradas en el respectivo territorio (arts. 6 y 9), máxime si eso implica, como prevé el segundo párrafo del artículo 9.1, una afectación al régimen de fronteras¹⁴.

Otro aspecto potencialmente problemático en la práctica del derecho de excepción propio del estado de alarma es el relativo al control parlamentario: como es sabido, se trata de una competencia exclusiva del Congreso de los Diputados conforme al artículo 116.2 CE: “el estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo”. Es decir, el Congreso no declara el estado de alarma, pero debe ser informado de inmediato y es esa Cámara la única que puede prorrogarlo. A este respecto, la Ley orgánica 4/1981 prevé (art. 1.4) que “la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado”; que (art. 6.1) el estado de alarma “solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”; que (art. 8) “el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este”.

Por su parte, el Reglamento del Congreso dispone (art. 162) que:

«1. Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente. 2. Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116.2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquel. 3. Los grupos parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada. 4. El debate tendrá lugar en el pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad. 5. Finalizado el debate, se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno».

Así pues, se atribuye a los grupos parlamentarios la facultad de formular propuestas sobre la extensión del estado de alarma y las normas vigentes durante este, que, en todo caso, se someterán a votación, cuyo resultado vinculará al Gobierno.

La Constitución veta una hipotética disolución del Congreso y garantiza su funcionamiento al prescribir (art. 116.5) que “no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las *cámaras si no estuvieren en período* de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados”. Además, insiste en que “la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes” (art. 116.6).

En suma, y en el contexto de un sistema parlamentario que está diseñado para mantener apuntalado al Gobierno de turno, cabe ejercer –y debe ejercerse– el control político del Gobierno durante la vigencia del estado de alarma. Durante el mismo se celebrarán las sesiones del pleno para, en su caso, la convalidación de los decretos-leyes aprobados, así como para debatir la prórroga y sus eventuales condiciones. También tendrán lugar las sesiones de control que se consideren oportunas en las diferentes comisiones⁴⁵.

No obstante, hay, al menos, dos cuestiones sobre las que convendría reflexionar: una de ellas es la eventualidad de que un número importante de diputados pueda ver afectada su salud y eso les impida el ejercicio normal de sus funciones, como así ha ocurrido en los últimos meses. Por eso no estaría de más que los reglamentos parlamentarios se reformasen para atender mejor unas circunstancias como las presentes. Una opción, entre otras, es articular legislativa y reglamentariamente la sustitución temporal, por enfermedad, de los cargos representativos.

La segunda cuestión tiene que ver con la ausencia de previsiones constitucionales y legales sobre la eventual duración de las prórrogas del estado de alarma, lo que implicaría que, en principio, fuese posible, si así lo acuerda la mayoría parlamentaria, una prórroga de varios meses –la prórroga del estado de alarma instaurado por el Decreto 926/2020 es de seis meses según el acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de octubre–, lo que no parece que facilite el ejercicio, con consecuencias inmediatas, del control por parte de la oposición sobre el alcance de unas disposiciones que pueden limitar de manera intensa derechos fundamentales.

Finalmente, otra de las, a mi juicio, “disfunciones” prácticas del estado de alarma como instrumento para garantizar determinados derechos fundamentales tiene que ver con el control jurisdiccional del decreto que acuerda tal estado y de sus eventuales prórrogas. Como se recordará, el primer estado de alarma en España se implantó por medio del Real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que fue impugnado jurisdiccionalmente: si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante decreto del Consejo de Ministros, no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio TS con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre

2011 y 2012 (AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio) ese tribunal estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional (TC), primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley¹⁶.

Y esta doctrina fue acogida de nuevo, en su Auto de 4 de mayo de 2020, por el TS al resolver el recurso en el que, en forma directa, “se impugna el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real decreto 4870/2020, de 10 de abril, y el Real decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como –en lo que se denomina ampliación– el Real decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez”.

Este auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que:

«La posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, como declaró el mismo al considerar que “aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10)».

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade:

«Lo que se acaba de expresar no excluiría que, en aquellas situaciones en las que no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013) o sobre los hechos determinantes. La declaración argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide por cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al

resolver un recurso de amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas, pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con ella (art. 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas.

Al margen de otras cuestiones que ahora no viene al caso comentar, el control en exclusiva de estos decretos por el TC no tendría que ser, en principio, especialmente problemático si dicho tribunal diera una respuesta relativamente rápida a una cuestión tan relevante como es resolver si las limitaciones de derechos fundamentales establecidas durante un estado de alarma son compatibles, o no, con la CE. Pero lo cierto es que el Decreto 463/2020 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad “promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso” y, aunque fue admitido a trámite por providencia de 6 de mayo de 2020, más de siete meses después de la aprobación de dicho decreto y más de cinco desde su admisión a trámite no hay una respuesta a dicho recurso y, por tanto, no sabemos si las intensas limitaciones de la libertad de circulación que se impusieron entonces son compatibles con nuestra norma suprema.

3 SEGUNDO ESCENARIO PRÁCTICO: LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/1986, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA, EN RELACIÓN CON LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ya se ha apuntado que el segundo instrumento jurídico que se ha venido utilizando en España para garantizar derechos fundamentales durante la epidemia de COVID-19 ha sido el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986 y dicha aplicación ha estado sujeta a vaivenes jurisprudenciales: así, al principio de la pandemia (finales del mes de febrero) se rechazó judicialmente su aplicación con carácter general con ocasión de la ratificación del confinamiento de empleados y huéspedes de un hotel en Tenerife cuando tuvo lugar la detección del primer contagiado por COVID-19 en España.

Con posterioridad, el citado artículo ha sido admitido en diversos casos para adoptar confinamientos perimetrales de municipios y comarcas y, en general, para avalar medidas que limitaban los derechos de personas que, en principio, ni estaban contagiadas ni se sospechaba que pudieran estarlo; así lo acordaron en varias ocasiones diferentes tribunales superiores de justicia (TSJ): Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana (que ratificó incluso el confinamiento domiciliario nocturno por Auto de 27 de octubre), Extremadura, Galicia, La Rioja (que autorizó el confinamiento de la Comunidad por medio de Auto de 26 de octubre), Madrid y Navarra (que avaló las limitaciones a la entrada y salida de la Comunidad en Auto de 22 de octubre).

No obstante, esta comprensión ha empezado a ser rechazada o, cuando menos, matizada: así, en el Auto del TSJ de Aragón de 10 de octubre se concluyó que «el artículo 3 se está refiriendo siempre (...) a personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación o asociación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y personas que se han relacionado con ellos... En todo momento *se ha entendido (...) que las medidas de control de enfermedades transmisibles adoptables por la Administración eran medidas sobre personas concretas y determinadas, por su relación directa o indirecta con la enfermedad, pero en ningún caso con el territorio o núcleo de población afectado*» (FJ 6).

Esta conclusión enlaza con lo dicho por el TC en relación con la necesaria taxatividad que deben tener las leyes que limiten derechos fundamentales, como sería la libertad de circulación; así, y conforme a la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5, que citan tanto el mencionado Auto del TSJ de Aragón como, de forma mucho más pormenorizada, el del TSJ de Madrid de 8 de octubre, «las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla”. Y añade que el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: “no solo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)”».

Un pronunciamiento posterior que se ha unido a esta línea argumental es del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, en su Auto 32/2020, de 25 de octubre, (FJ 5) reiteró que:

«... la referencia del artículo 3 LO 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren “necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto, que son los “enfermos” y las “personas que han estado en contacto con los mismos”, respecto de los que cabrían medidas de “control” y las que resulten necesarias si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el artículo 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020. A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos. No puede perderse de vista que en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos prevén. En suma, la LO 3/1986 no debería aplicarse para limitar derechos fundamentales más allá de lo expresamente previsto en su artículo 3, por lo que para amparar limitaciones de alcance más general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa una reforma de la citada ley orgánica».

De la misma fecha es el Auto del TSJ de Castilla y León 273/2020, que rechazó la aplicación de la LO 3/1986, aunque, en este caso, para autorizar un confinamiento domiciliario nocturno en toda la comunidad autónoma “entre las 22:00 horas de cada día y las 06:00 horas del día siguiente durante 14 días naturales”.

Según este TSJ, que anteriormente había ratificado medidas preventivas sanitarias consistentes en confinamientos perimetrales de algunas poblaciones de la comunidad o en la limitación del derecho de reunión a seis personas en los casos de reuniones de carácter social o familiar, salvo convivientes, entendió que «la medida rebasaba el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que queda en suspenso durante una franja horaria para toda la población de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia (FJ 4).

Poco antes de cerrar estas páginas, un nuevo Auto del TSJ de Castilla y León, el 297/2020, de 6 de noviembre, recordó, primero, «que no es pacífica la interpretación sobre el alcance del artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, entre los

diversos tribunales superiores de justicia y, segundo, que, aunque ese mismo TSJ había avalado anteriormente “medidas que no comportaban una afectación intensa de un derecho fundamental, se circunscribían geográficamente a una parte de la población especialmente afectada por la enfermedad transmisible con una duración temporal también muy limitada”, sin embargo entiende ahora que “la medida adoptada en el Acuerdo 78/2020¹⁷ rebasa el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986, tanto por la extraordinaria situación de crisis sanitaria mundial existente, persistiendo en el tiempo, como por la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales concernidos, produciéndose *de facto* un confinamiento domiciliario de un sector de la población en todo el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción de centros residenciales afectados o no por la enfermedad de que se trata, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible, lo que exige una ley que la posibilite con las garantías y exigencias de la doctrina constitucional sobre esta materia...

No parece justificado que para la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno sea precisa la declaración del estado de alarma, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado b), de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con el fin de contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, pero no sea necesaria para limitar la libertad de circulación todo el día, aunque solo afecte a un determinado sector de la población de toda una comunidad autónoma. Las personas mayores, que viven en centros residenciales, son ciudadanos como los demás con los mismos derechos y cuya especial vulnerabilidad frente a la enfermedad transmisible de que se trata merece la adopción de cuantas medidas de toda índole sean precisas para hacer efectiva su protección, no necesariamente mediante una restricción mayor que el resto de los ciudadanos de sus derechos fundamentales” (FJ 4).

No se considera, en definitiva, que la medida objeto de ratificación pueda ser adoptada por una comunidad autónoma en el ejercicio de competencias propias y al amparo exclusivamente de legislación en materia sanitaria».

Vemos, pues, que hay notables discrepancias sobre el alcance que puede tener, como derecho legal sanitario de excepción, el citado artículo 3 de la LO 3/1986, y en nuestro caso nos decantamos por la interpretación que de él han hecho algunos de los TSJ mencionados, que lo invalidaría para la aplicación a las restricciones indiscriminadas de derechos fundamentales¹⁸.

La conclusión anterior no resulta desvirtuada, a nuestro juicio, si atendemos a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, que supuso, entre otras cosas, la atribución a las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ de la competencia para “la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal que consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados

individualmente” y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de la misma competencia cuando se trate de medidas aprobadas por las autoridades sanitarias estatales.

Pues bien, y como ha explicado el profesor Francisco Velasco¹⁹, no está claro, en primer lugar, cuáles son los derechos fundamentales cuyo posible sacrificio ha de ser vigilado por los tribunales; en segundo lugar, está pendiente de definir en qué consiste la “autorización o ratificación” judicial de las medidas sanitarias.

Además, parece asimismo discutible que sea oportuna esa intervención judicial con carácter previo a la vigencia de las medidas: como argumenta el profesor Alegre Ávila, «la confusión entre las funciones normativa y jurisdiccional (...) ha llevado a equiparar la indispensable autorización [previa] judicial para entrar en domicilio o llevar a cabo el internamiento forzoso en establecimiento sanitario, por razones de salud pública, de personas debidamente identificadas, con esa ratificación [*a posteriori*] de medidas generales, que, por hipótesis, dado que tienen por destinatarias a una pluralidad indeterminada de personas, no pueden concretar, *a priori*, subjetivamente el círculo o ámbito de personas afectadas»²⁰.

4 EL ÚNICO PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA GARANTÍA DE DERECHOS DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19: LA PROHIBICIÓN DE UNA MANIFESTACIÓN PREVISTA PARA EL 1 DE MAYO EN VIGO

El 30 de abril de 2020 se hizo público el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 40/2020, que es el único pronunciamiento del TC, hasta la fecha, sobre la garantía de derechos fundamentales durante la crisis del COVID-19²¹. En este ATC se inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) contra la Sentencia 136/2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, dictada en el procedimiento Derecho de reunión 152-2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la comunicación de la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo²².

Lo primero que llama la atención es que se trata de un auto de inadmisión que se parece mucho en su extensión (los fundamentos jurídicos ocupan 15 páginas) y, sobre todo, en sus argumentos a lo que podría ser una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo previamente admitido a trámite.

Es llamativo también que se dediquen 4 de las 15 páginas de los fundamentos a analizar si concurre la exigencia prevista en el artículo 50.1.b de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC):

«Y es llamativo porque, efectivamente, el TC concluye que sí concurre, en concreto, “el supuesto g) de especial trascendencia constitucional del FJ 2 de la STC 155/2009, porque el supuesto planteado en el recurso de amparo trasciende del caso concreto ya

que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica. No podemos olvidar que, como reconoce la recurrente, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente.

Ante esta situación es importante el pronunciamiento de este Tribunal por la repercusión que la celebración de esta o de otras manifestaciones con ocasión de la señalada fecha del 1 de mayo que se puedan pretender celebrar, puedan tener sobre el conjunto de la sociedad, especialmente sobre la salud de los ciudadanos, llevando a cabo un análisis de los contenidos del real decreto de declaración del estado de alarma y de su alcance desde la perspectiva constitucional, especialmente en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que puede establecer pautas importantes en la interpretación y aplicación de las distintas previsiones de aquella norma, en tanto que intérprete supremo de la normal fundamental, que resulten provechosas para el conjunto de la sociedad. Lo que también se puede traducir en la enunciación de criterios de actuación que sean importantes en el desarrollo del proceso de desescalada que está iniciando el Gobierno. Es innegable, en suma, la notoria repercusión que este asunto tiene en el conjunto de la sociedad española” (FJ 2).

Bastaría, en principio, este párrafo para seguir adelante con el recurso y entender que concurre esa especial relevancia constitucional pero la Sala Primera hace previamente una extensa serie de consideraciones que parecen ajenas a lo que está tratando en esa parte del auto, pues entra a recordar su jurisprudencia no sobre la especial trascendencia constitucional, sino “en relación con el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, a través de la cual este Tribunal ha establecido criterios muy claros en cuanto a los presupuestos para el ejercicio de tales derechos, los límites y restricciones que pueden imponerse a los mismos, especialmente cuando colisionan con otros derechos o con la protección de otros valores constitucionales, así como las garantías que deben presidir tanto su ejercicio como la posibilidad de introducir modificaciones o limitaciones al mismo y, especialmente, cuando se trata de impedirlo”.

El TC resume a continuación lo dicho en la STC 66/1995, de 8 de mayo, y en las SSTC 301/2006, de 23 de octubre, 170/2008, de 15 de diciembre, y 96/2010, de 15 de noviembre, y todo este arsenal jurisprudencial viene a cuento “pues de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de “orden público” con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada».

Como he anticipado, esta exposición es más bien propia de una sentencia en la que se está analizando si se vulneró un derecho fundamental reclamado en un recurso de amparo admitido a trámite, cosa que –ya se ha dicho– aquí no ocurrió. En todo caso, encajaría mejor en el siguiente apartado del auto donde se analiza la eventual adopción de medidas cautelares y la necesidad de una “respuesta inmediata del Tribunal”, que acude al derecho comparado pero, en parte, para apartarse de él: cita la resolución del Tribunal Constitucional Federal Alemán dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) antes de concluir que no cabe adoptar una similar (que la autoridad administrativa adopte una nueva resolución que compatibilice el derecho de reunión y la protección de la salud) “porque la manifestación del 1 de mayo, conmemorativa de una determinada efeméride, no puede ser celebrada en otra fecha, de modo que no existe margen temporal que permita devolver el asunto a la autoridad competente para que adopte una decisión diversa”.

Sí acoge nuestro TC la doctrina del alemán en otra resolución de 7 de abril para justificar la inviabilidad de adoptar medidas cautelares en este caso, aprovechando para apuntalar con ella su decisión de inadmisibilidad.

En la última parte del auto, el TC analiza, en la línea ya dicha de una sentencia desestimatoria, “la eventual lesión del derecho fundamental invocado (derecho de manifestación del art. 21 CE)”. Y comienza recordando que, “para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso (...) que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente”. El TC admite que la resolución de la Subdelegación del Gobierno “es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, [pero] no puede negarse que existe motivación suficiente en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020. *Cualquier defecto de motivación de la resolución administrativa, por tanto, habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial*”.

A continuación, el TC declara que “la discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, *de facto*, y por derivación de la limitación de la libertad deambulatoria del artículo 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo”.

En suma, el TC deja de lado el Decreto 463/2020, en particular su artículo 7, y pasa a estudiar si la prohibición de la manifestación encaja en el artículo 21 CE. Y lo hace remitiéndose, textualmente, a “una constante jurisprudencia constitucional, a la que ya hemos hecho referencia extensa en el FJ 2” sobre el carácter limitado de los derechos fundamentales en general y de la libertad de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir con la interpretación del artículo 21, especialmente con la parte que alude a la prohibición de reuniones “cuando existan razones fundadas de alteración

del orden público, con peligro para personas o bienes”, el TC acude a los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física) y 43 CE (derecho a la salud) y nos dice que:

«En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el artículo 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso no parece por tanto inexistente».

El TC, en su juicio de proporcionalidad de la medida prohibitiva sobre el que enseguida volveremos, añade que los organizadores no prevén medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria, “que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas [en teoría hora y media] la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa” y, más abajo, que “el impacto de la infección del COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos...”.

En relación con estas argumentaciones cabe, si no objetar, sí, cuando menos, precisar lo siguiente: los promotores ofrecen una modalidad de manifestación que puede ser discutible pero, según la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, “si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación” (art. 10), es decir, si la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra considera que las propuestas de los organizadores son insuficientes, puede proponer medidas que las complementen: por ejemplo, que la manifestación dure media hora y no hora y media o que el recorrido sea

distinto y no limite el acceso a los hospitales; sin embargo, la autoridad administrativa no hace ningún esfuerzo por tratar de hacer efectivo un derecho tan relevante como el de reunión en una fecha tan importante como la del 1 de mayo. Y eso que la entidad convocante se había mostrado abierta a adoptar más medidas²³.

Al respecto, hay que recordar que la prohibición constituye, como es lógico si partimos del principio de efectividad de los derechos fundamentales, el “último recurso”, debiendo antes contemplarse, como prevé la Ley orgánica 9/1983, la opción de proponer a los promotores modificaciones que puedan hacer compatible el derecho de reunión con otros derechos, en la línea, por ejemplo, de lo resuelto por la citada sentencia del TSJ de Aragón.

Pero es que el propio TC en su auto de inadmisión no hace un auténtico juicio de proporcionalidad sobre la medida adoptada por la Subdelegación del Gobierno y avalada por el TSJ de Galicia tal y como el propio TC lo ha configurado:

«... En primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella...; en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (por ejemplo, STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En el caso que nos ocupa, el TC parece obviar las dos primeras exigencias de este principio y va directamente a la tercera: sin duda la protección de la vida, de la salud y del funcionamiento del sistema sanitario son más relevantes para el interés general que la prohibición de una concreta manifestación, pero ¿es la prohibición de una manifestación que se celebrará a bordo de vehículos, en el contexto de concentraciones de personas en centros de trabajo y en supermercados la medida adecuada para esa finalidad? Y, sobre todo, ¿es la prohibición la medida mínima imprescindible en el sentido de que no haya otra que con un sacrificio menor sea apta para el mismo fin?

Cabe valorar de forma positiva que en el Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, se dice de manera expresa que “las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios” (art. 7.3).

5 CONCLUSIONES

En el derecho español tenemos dos leyes orgánicas para, en teoría, garantizar los derechos fundamentales tanto en los casos de graves crisis sanitarias de alcance general (estado de alarma) como en las situaciones en las que es preciso controlar alguna enfermedad transmisible: la primera permite establecer limitaciones de alcance general al ejercicio de derechos fundamentales en los términos previstos en el artículo 11 de la LO 4/1981 y la segunda sirve para limitar los derechos fundamentales de concretas personas –“enfermos [y] personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”– con la garantía del control judicial previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la aplicación práctica de estas normas ha evidenciado, primero, que la LO 4/1981 aunque es clara en sus premisas puede ser insuficiente en sus previsiones actuales para hacer frente de manera eficaz a una pandemia como la que padecemos ahora; por su parte, la LO 3/1986, que algunos han considerado suficiente para responder a las exigencias de la COVID-19, dista mucho de ser clara en lo que respecta a las eventuales medidas de limitación general de derechos fundamentales y a las propias premisas que justificarían su adopción.

En todo caso, y por lo que a la LO 4/1981 se refiere, el decreto de estado de alarma que mejor parece ajustarse a las disposiciones legales es el acordado por medio del Real decreto 926/2020, vigente en el momento de concluir estas líneas, pues restringe, efectivamente, la libertad deambulatoria en unas horas determinadas: “durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades...”.

En segundo lugar, la aplicación “práctica” del estado de alarma ha evidenciado su poca funcionalidad cuando se decreta para un ámbito territorial pequeño, incluso para grandes ciudades (Madrid) o conurbaciones, como ha ocurrido con el Decreto 900/2020, que exigió el acuerdo en Consejo de Ministros y dar cuenta al Congreso de los Diputados, a lo que se suma la poco comprensible ausencia de delegación en la presidencia de la comunidad autónoma. Como ya se ha dicho, no es ajeno a esta disfuncionalidad que la Ley orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo...) son ahora competencia, en buena parte, de las comunidades autónomas.

En tercer término, la ausencia de previsiones constitucionales y legales sobre la eventual duración de las prórrogas del estado de alarma admitiría, en principio, una prórroga de varios meses –la prórroga del estado de alarma instaurado por el Decreto 926/2020 es de seis meses según el acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de octubre–, lo que dificulta el ejercicio, con consecuencias inmediatas, del control por parte de la oposición sobre el alcance de unas disposiciones que pueden limitar de manera intensa derechos fundamentales.

En cuarto lugar, hemos constatado que hay notables discrepancias sobre el alcance que puede tener, como derecho legal sanitario de excepción, el artículo 3 de la LO 3/1986 y, en nuestro caso, nos decantamos por la interpretación que de él han hecho algunos TSJ, que lo invalidaría para la aplicación a las restricciones indiscriminadas de derechos fundamentales. En suma, para amparar limitaciones de alcance general es preciso que se concreten dichas medidas y los supuestos para su aplicación, lo que haría precisa, cuando menos, una reforma de la citada ley orgánica.

Finalmente, y por lo que respecta al único pronunciamiento del TC hasta la fecha relacionado con el estado de alarma, en el auto de 30 de abril avaló la prohibición de una manifestación invocando un criterio de proporcionalidad que, en realidad, no es tal, pues el TC prescinde de las dos primeras exigencias de este principio y va directamente a la tercera: sin duda la protección de la vida, de la salud y del funcionamiento del sistema sanitario son más relevantes para el interés general que la prohibición de una concreta manifestación, pero, atendidas las circunstancias del caso concreto, cabían medidas limitativas del derecho sin necesidad de acudir a su 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 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.OC20.0023>.
- 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. y 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. y Sánchez Lamelas, A. 2021. «La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y apuntes doctrinales», en *Akademía. 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. y 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 mayo de 2020).
- Bilbao Ubillos, J.M. 2020. «La libertad de reunión y manifestación 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.OC20.0013>.
- 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 Doctrina).
- 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 Autonomico y lucha contra la 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.OC20.0005>.
- 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 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros 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 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.OC20.0004>.*
- 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. y 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. (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas).
- Presno Linera, M.Á. 2020b. «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», en J.F. Rodríguez y 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 y M. Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-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 y 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 Quiero agradecer de forma expresa las sugerencias y los comentarios de las personas que evaluaron este trabajo, que han servido para mejorar su forma y contenido.
- 2 En el blog *El derecho y el revés* (disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/>) he publicado diversos comentarios, desde el 8 de marzo de 2020, sobre la aplicación del derecho de excepción a la crisis sanitaria del COVID-19; véanse, asimismo, las entradas de Francisco Velasco Caballero en su blog <https://franciscovelascocaballero.wordpress.com/> y las de Andrés Boix Palop en <http://www.lapaginadefinitiva.com/author/andres-boix/>. De gran interés es el seguimiento realizado por Álvarez García, Arias Aparicio y Hernández Díez, 2020, y la información disponible en <https://forocsyj.com/coronavirus-the-law/>; con carácter general, es de gran utilidad toda la información recogida por el profesor Cotino Hueso en el Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 (<https://www.uv.es/derechos/>); para una panorámica bibliográfica mucho más completa, <https://derechocovid.com/publicaciones-post-covid/>. Para una perspectiva comparada son de gran interés las publicaciones disponibles en <https://www.comparativecovidlaw.it/> y <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>; centrados en la Unión Europea <https://fra.europa.eu/en/themes/covid-19> y <http://www.sidiblog.org/2020/03/24/forum-covid-19-diritto-internazionale-e-diritto-dellunione-europea/>; en Estados Unidos <https://blogs.loc.gov/law/2020/03/coronavirus-resource-guide/?loclr=bloglaw>; sobre COVID-19 y prisiones <https://covid19prisons.wordpress.com/>. Entre los trabajos centrados en los análisis de las respuestas comparadas en general, por una parte, y alemana, francesa e italiana en particular, véanse, respectivamente, los estudios de De la Sierra, Kölling, Alcaraz y Mastromarino, todos en 2020.
- 3 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, así como las competencias y limitaciones correspondientes.
2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.
3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.
4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.
5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.
- 4 Cruz Villalón, 1981 y Cruz Villalón, 1984; también Fernández Segado, 1981; López Garrido, 1984; Carro Martínez 1998; Torres Muro, 2009; Aba Catoira, 2011; Pérez Sola, 2012; Garrido López, 2017; Requejo Rodríguez, 2001 y Requejo Rodríguez, 2009; Solozábal Echavarría, 2020; Garrido López, 2020.
- 5 a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados.
d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.
- 6 Delgado del Rincón, 2020.
- 7 Así, por ejemplo, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, prevé:
1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración general del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.
2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:
- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
b) La intervención de medios materiales o personales.
c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
d) La suspensión del ejercicio de actividades.
e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo con lo establecido en el título II de esta ley.
3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población, y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad".
- Sobre las competencias autonómicas en la materia, Nogueira López, 2020; Velasco Caballero, 2020a; De la Quadra-Salcedo Janini, 2020; sobre el ámbito local, Velasco Caballero, 2020b.
- 8 En un sentido favorable a la declaración del estado de excepción a partir de una comprensión diferente del orden público, Álvarez García, 2020; sobre las diferentes posturas doctrinales, Garrido López, 2020.
- 9 En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 615/2020, de 25 de octubre, sobre el proyecto de real decreto por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: "... Las situaciones de epidemia constituyen por su propia naturaleza una alteración grave de la normalidad y no afectan al orden público democrático. Precisamente por ello, el legislador incluyó a las crisis sanitarias en general y a las epidemias en particular entre los supuestos de hecho que justifican la declaración del estado de alarma. Ciertamente, no cabe descartar en hipótesis que una determinada epidemia, en unión con factores de otra naturaleza –sociales, económicos o políticos–, pudiera llegar a ocasionar graves alteraciones del orden público democrático, en el sentido constitucionalmente exigido para la declaración del estado de excepción. Pero tal situación en modo alguno concurre en la epidemia actual provocada por el COVID-19".
- 10 Santamaría Pastor, 2020; Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2020, y Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2021.
- 11 Sobre estas cuestiones, Requejo Rodríguez, 2004.
- En un sentido contrario al aquí defendido, el Consejo de Estado, en el citado Dictamen 615/2020, concluyó que "no cabe duda (...) de que esas medidas restrictivas o limitativas pueden alcanzar la intensidad que sea necesaria para el fin que se proponen, siempre y cuando quepa concluir –en un juicio de proporcionalidad– que son adecuadas y necesarias para luchar contra la epidemia. El grado de la restricción o limitación de derechos estará en función de la gravedad de la epidemia y de las medidas que resulten oportunas para ponerle fin. De este modo, es posible adoptar, dentro del estado de alarma, medidas restrictivas o limitativas que comporten un alto grado de afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas".
- Tampoco el Defensor del Pueblo cree que existan motivos para cuestionar la constitucionalidad: "el confinamiento generalizado, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales". Sin embargo, advierte de que, a juicio de la institución "en modo alguno significa –o significó durante el estado de alarma– la suspensión de determinados derechos fundamentales, como sostienen muchos de los comparecientes, sino una limitación de su ejercicio. Si se hubiese aplicado el estado de excepción, como consideran algunos peticionarios, sí se habrían suspendido esos derechos". El titular de la institución reconoce que durante el estado de alarma algunos derechos se vieron intensamente afectados, pero señala que "una interpretación conjunta de la Constitución y de la LOAES permite concluir que se limitan derechos, pero no se suspenden". Así, recuerda que esta distinción "no es baladí". "La limitación modula el ejercicio de los derechos, la suspensión los elimina". (Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/constitucionalidad-estado-alarma/>).
- 12 Véanse los trabajos de Nogueira López, 2020; Amoedo Souto, 2020; Cotino Hueso, 2020a y Cotino Hueso, 2020b; sobre los factores asociados al incumplimiento de estas previsiones, Gómez-Bellvis, 2020.
- 13 a) Adquisición de medicamentos, productos sanitarios y otros bienes de primera necesidad.
b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urgencia.
d) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
e) Retorno al lugar de residencia habitual tras realizar algunas de las actividades previstas en este apartado.
f) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

- i) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.
2. La autoridad competente delegada correspondiente podrá determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo de la limitación prevista en este artículo sea entre las 22:00 y las 00:00 horas y la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5:00 y las 7:00 horas.
- 14 “La medida prevista en el artículo 6 no afecta al régimen de fronteras. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que dicha medida afecte a un territorio con frontera terrestre con un tercer Estado, la autoridad competente delegada lo comunicará con carácter previo al Ministerio del Interior y al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación”.
- 15 Sobre estas cuestiones, Dueñas Castrillo, 2020.
- 16 Sobre esta STC, Garrido López, 2017 y Álvarez Vélez, 2016.
- 17 Se suspenden las visitas en los centros residenciales de personas mayores, salvo circunstancias individuales en las que sean de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización o situaciones de final de la vida, que adoptará la dirección del centro, sin perjuicio del uso de formas alternativas de contacto entre los residentes y sus familiares, tales como videoconferencias, llamadas telefónicas o similares. Asimismo, no se permiten las salidas de los residentes fuera del recinto de la residencia salvo para acudir al médico y similares o situaciones de fuerza mayor. Y en su apartado sexto se dice:
«Sexto.- Efectos.
1. El presente acuerdo producirá efectos desde el día 6 de noviembre a las 00:00 horas y mantendrá su eficacia mientras subsista la situación de riesgo que ha motivado la declaración del nivel de alerta 4. A los efectos de evaluar el riesgo sanitario y la proporcionalidad de las medidas aplicadas, se realizará un seguimiento continuo de la situación epidemiológica por parte de la Consejería de Sanidad, que informará cada 14 días, a la Junta de Castilla y León, sobre la necesidad de mantener, ampliar o reducir el nivel de alerta declarado.
2. Las medidas preventivas excepcionales previstas en el apartado segundo mantendrán su eficacia durante un período no superior a 14 días naturales, contados desde el día de la publicación del presente acuerdo y serán objeto de seguimiento y evaluación continua con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, pudiendo ser mantenidas, modificadas o levantadas».
- 18 Ampliamente, Alegre Ávila y Sánchez Lamelas, 2021.
- 19 <https://www.abogacia.es/revista/revistaabogacia/123b/publication/contents/media/1238273.pdf>
- 20 Alegre Ávila, 2020.
- 21 Al respecto, Arnaldo, 2020; Bilbao Ubillos, 2020; Cotino, 2020; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020; Ituren-Oliver y Esteve-Segarra, 2020.
- 22 En los antecedentes se nos informa de que “el motivo de la convocatoria es celebrar el día 1 de mayo, de la clase trabajadora... La manifestación comenzará a las 11:00 en la Plaza de España, indicándose el recorrido, con finalización en Concepción Arenal, delante del edificio de la Xunta a las 12:30 horas”. La Subdelegación del Gobierno en Pontevedra respondió, entre otras cosas, “que, en la actualidad, el 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 COVID-19, no contempla, entre las actividades excepcionadas de la limitación general para circular, los desplazamientos con el fin expuesto en su comunicación”.
- 23 Así, en el punto sexto de la convocatoria se decía que, “entendiendo a gravedad de la 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. 359-376
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4702>
© Carlos Ortega Carballo
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 14/12/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Atribución 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 del Tribunal Constitucional
Letrado del Tribunal de Cuentas
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 y límites del derecho de manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.1 Concepto. 2.2 Límites. 2.3 Aplicación de los límites. 3 Derechos de manifestación y COVID-19. 4 Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Auto 40/2020, de 30 de abril. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es establecer unas líneas generales sobre las limitaciones que la crisis sanitaria del COVID-19 está provocando en el normal ejercicio de nuestros derechos fundamentales, en especial en relación con el derecho de manifestación.

En unos momentos en los que la crispación y la radicalidad política de nuestro país nos muestra una constante utilización partidista de la pandemia, es más necesario que nunca volver al debate jurídico, sin connotaciones políticas, para poder proteger de verdad el ejercicio de los derechos fundamentales en unas circunstancias tan extraordinarias.

La crisis sanitaria sin precedentes que estamos padeciendo nos obliga a enfrentarnos a situaciones límite. Todos los países de nuestro entorno han decretado diferentes medidas jurídicas que, con distintas denominaciones, tienen en común la concentración del poder y la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias que afectan a la esfera jurídica de las personas y, en ocasiones, a sus derechos fundamentales. La idea de estas medidas excepcionales es habilitar al poder para que adopte cualquier medida necesaria para vencer la pandemia. El riesgo de la adopción de dichas medidas extraordinarias es que puedan suponer una limitación o restricción, cuando no la suspensión, de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En un Estado de derecho como el que disfrutamos, el reto es no perder el equilibrio entre la necesidad de adoptar medidas –claramente intrusivas– para proteger a los ciudadanos de la pandemia y, al mismo tiempo y de manera no excluyente, la protección del ejercicio de sus derechos fundamentales.

Es necesario recordar que, tras más de diez meses desde el inicio de esta crisis sanitaria, desgraciadamente la ciencia, por el momento y en espera de una vacuna efectiva y segura, solo ha podido ofrecer una solución parcial a la enfermedad que ha cambiado el mundo: el distanciamiento social. Hoy por hoy, lo único que las autoridades

nos recomiendan –además del uso de mascarillas y del frecuente lavado de manos– es mantener la distancia social y evitar la movilidad no esencial y las reuniones de personas. Por ello, con el estado actual de la crisis parece obvio que si hay un derecho fundamental que se haya visto especialmente afectado es, precisamente, el derecho de reunión y de manifestación, cuyo ejercicio requiere, por definición, una colectividad de personas juntas en un determinado espacio y tiempo.

Además, la prolongación de la crisis por un tiempo aun imprevisible obliga a tener en cuenta esta circunstancia, puesto que permanecer en el domicilio y/o mantener el distanciamiento social, si bien son medidas eficaces para controlar la expansión del virus, no son medidas que puedan mantenerse indefinidamente en el tiempo, puesto que su coste –no solo económico– parece inasumible en la sociedad actual. Todo apunta a que debemos prepararnos para convivir con el virus y por ello también con las medidas que puedan afectar a nuestros derechos fundamentales. El control del poder se hace hoy más necesario que nunca.

Dentro de la sobreinformación de la que disfrutamos y padecemos al mismo tiempo, este artículo solo pretende dibujar las líneas esenciales del derecho fundamental de manifestación y cómo ha sido afectado por la crisis sanitaria. Por ello, es necesario recordar qué ha dicho nuestro Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) acerca de este derecho; y, con esa jurisprudencia sobre la mesa, será más fácil extraer alguna consecuencia útil para saber si el derecho de manifestación sobrevive y, en su caso, en qué condiciones, en estos tiempos tan extraordinarios.

2 CONCEPTO Y LÍMITES DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1 Concepto

El derecho de reunión pacífica y sin armas se recoge en el artículo 21 de la Constitución española (CE)¹, en el que dispone que su ejercicio no necesitará autorización previa, solamente comunicación a la autoridad en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones que solo podrá prohibirlas cuando existan “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. Ha sido el legislador en el artículo 1 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, el que ha definido este derecho como “la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada doctrina sobre este derecho, por todas STC 193/2011, de 12 de diciembre, donde señala que “el derecho de reunión –del que el derecho de manifestación es una vertiente²– se caracteriza como “una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a

través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real u objetivo (lugar de celebración)”.

De estos elementos configuradores, será el subjetivo, la agrupación de personas, el que colisione precisamente con las medidas dictadas para combatir la pandemia y el que deberá ser ponderado cuidadosamente en el momento de modular o incluso de no permitir una manifestación por parte del poder público. Nadie se manifiesta solo, la protesta individual encajaría en la libertad de expresión, más que en el derecho de manifestación.

Explica el Tribunal Constitucional que existe una estrecha vinculación entre el derecho de reunión y manifestación y el derecho a la libre expresión del artículo 20.1.a) CE, que también ha sido resaltada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se verá después. El derecho de manifestación y la libertad de expresión van unidos de manera inseparable, lo que supone una especial protección del ordenamiento jurídico y, por tanto, un especial cuidado y rigor cuando se pretenda limitar o modular tal derecho.

El derecho de reunión se convierte, así, en uno de los ejes vertebradores (cauce del principio democrático participativo) del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución, cuyo contenido, sin embargo, puede verse modulado por los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales. Esta va a ser la clave del problema al que nos enfrentamos: la ponderación del derecho de manifestación con otros derechos o bienes constitucionales.

Pero el estudio de este derecho no puede acabar en la Constitución española; en virtud del artículo 10 CE³, su análisis debe tener como referencia la regulación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo.

El artículo 11 del CEDH⁴ reconoce este derecho en términos similares a nuestra Constitución, si bien debe subrayarse que expresamente establece, a diferencia de nuestra Constitución, como uno de sus posibles límites la protección de la salud. En principio, el TEDH solamente en una ocasión ha abordado la adecuación al CEDH de una limitación del derecho de reunión por motivo de protección de la salud. Fue en el caso *Cisse v. France*, de 9 de julio de 2002; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes.

La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de manifestación, que ha inspirado la de nuestro Tribunal Constitucional, puede sintetizarse en los siguientes principios.

El derecho a la libertad de reunión pacífica es un derecho fundamental en una sociedad democrática y, al igual que el derecho a la libertad de expresión, es uno de los fundamentos de dicha sociedad. El TEDH ha consolidado en su jurisprudencia el

principio general según el cual el derecho a la libertad de reunión no debe interpretarse de forma restrictiva y, por ello, para evitar el riesgo de una interpretación limitativa de este derecho, se ha abstenido de formular la noción de este derecho enumerando exhaustivamente los criterios que la definirían (Navalny c. Rusia [GC], § 98)⁵.

El TEDH recuerda el vínculo entre el artículo 10, libertad de expresión, y el artículo 11, y afirma que es particularmente pertinente esa relación cuando las autoridades han interferido en el derecho a la libertad de reunión pacífica como reacción a las opiniones o declaraciones de los participantes en una manifestación o de los miembros de una asociación (Primov y otros c. Rusia, § 92). Por ello, la importancia de este derecho es especialmente relevante. Por otra parte, el derecho a la libertad de reunión incluye el derecho a elegir el momento, el lugar y la forma de la conducta de la reunión o manifestación, dentro de los límites establecidos en el párrafo 2 del artículo 11 (Sáska c. Hungría, § 21)⁶.

El artículo 11 de la Convención solamente protege, al igual que el artículo 21 CE, el derecho de “reunión pacífica”, una noción que no abarca una manifestación en la que los organizadores y participantes tengan intenciones violentas. Por lo tanto, las garantías del artículo 11 se aplican a todas las reuniones excepto a aquellas en las que los organizadores y los participantes tienen tales intenciones, incitan a la violencia o rechazan de alguna manera los fundamentos de una sociedad.

2.2 Límites

El derecho de manifestación no es un derecho absoluto; está sujeto, como todos los demás derechos fundamentales, a ciertos límites. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los límites del derecho de manifestación pueden clasificarse con relación a su origen en tres tipos.

El primero será el límite que el propio artículo 21 CE establece y al que nos hemos referido antes, “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. Este será el primer límite que ponderará la autoridad administrativa a la que se comunique la celebración de una manifestación, y, en virtud de la posible previsibilidad de tales alteraciones del orden público, podrá modular el ejercicio de tal derecho o, en los casos más extremos, prohibirlo.

En segundo lugar, existen los límites que vienen determinados por el legislador. Ninguna duda hay de que la ley –en su caso orgánica– puede imponer límites al ejercicio de derechos fundamentales, siempre que esos límites legales respeten, a su vez, el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE) y sean proporcionados y que en relación con este derecho recoge la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión⁷.

Un tercer tipo de límites que se aplican a todos los derechos fundamentales son los derivados de la posible colisión de derechos o bienes constitucionales. En el caso del derecho de manifestación en tiempos de COVID-19, parece evidente que tal derecho

colisionará con el derecho a la integridad física, artículo 15 CE⁸ y con el derecho a la protección de la salud, artículo 43 CE⁹. Enseguida volveré sobre este punto.

También dentro de la jurisprudencia del TEDH se encuentra la afirmación de que el derecho a la libertad de reunión no es absoluto y, por ello, puede estar sujeto a restricciones o límites de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 11 CEDH: “El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

Para el TEDH, hay dos tipos de límites, cada uno de los cuales da lugar a una serie de cuestiones jurídicas. El primer tipo comprende condiciones sobre el ejercicio del derecho a la libertad de reunión, en particular normas sobre la planificación y realización de una manifestación impuesta mediante notificación y, en algunos Estados, autorización obligatoria. Las restricciones de este tipo se dirigen principalmente a los organizadores de la asamblea. El segundo tipo de límites comprende medidas de aplicación, como el control de multitudes, la dispersión de una asamblea, el arresto de los participantes y/o las sanciones posteriores. Tales restricciones tienen por objeto principalmente a los participantes de la manifestación, ya sean actuales, aspirantes o pasados.

Como principio general, para que una limitación en el ejercicio de este derecho no constituya una violación del artículo 11 CEDH, debe reunir tres requisitos: que esté “*prescrita por la ley*”, que persiga uno o más “*objetivos legítimos*” con arreglo al párrafo 2 y que sea “*necesaria en una sociedad democrática*” para el logro del objetivo o los objetivos en cuestión.

El TEDH subraya que la expresión “*prescrita por la ley*” que figura en el artículo 11 del Convenio no solo exige que la medida impugnada tenga algún fundamento en el derecho interno, sino que también se refiere a la “*calidad de la ley*” en cuestión. La ley debe ser accesible a las personas interesadas y estar formulada con suficiente precisión para permitirles –si es necesario, con el asesoramiento adecuado– prever, en un grado razonable según las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar (Vyerentsov c. Ucrania, § 51).

Por lo que se refiere a que la actuación del Estado persiga un “*objetivo legítimo*”, el típico ejemplo será el de evitar desórdenes públicos. En cuanto a este límite –uno de los motivos permisibles más comúnmente citados para las restricciones impuestas al ejercicio del derecho a la libertad de reunión–, el TEDH entiende que debe interpretarse de manera restrictiva, en consonancia con la expresión “*la défense de l'ordre*” utilizada en el texto francés (Navalny c. Rusia [GC], § 120). Además de la prevención de los desórdenes, también se suele citar como objetivo legítimo la protección de los derechos de los demás. De hecho, estos dos objetivos están estrechamente vinculados, ya que “las restricciones a la libertad de reunión pacífica en lugares públicos pueden

servir para proteger los derechos de los demás con miras a prevenir los desórdenes y mantener un flujo ordenado del tráfico” (Éva Molnár c. Hungría, § 34).

Por último, en relación con que la interferencia estatal sea “*necesaria en una sociedad democrática*”, concepto especialmente abierto, el TEDH ha explicado que su tarea no consiste en sustituir la opinión de las autoridades nacionales competentes por la suya propia, sino más bien en examinar, en virtud del artículo 11 CEDH, las decisiones que los Estados hayan adoptado, teniendo en cuenta que, al examinar si las restricciones de los derechos y libertades garantizados por el Convenio pueden considerarse “*necesarias en una sociedad democrática*”, los Estados contratantes gozan de un margen de apreciación cierto, pero no ilimitado¹⁰.

Por último, es necesario destacar que, según la jurisprudencia del TEDH, al considerar la proporcionalidad de la medida de limitación o de restricción de este derecho, debe tenerse en cuenta su efecto desalentador.

2.3 Aplicación de los límites

En el momento de aplicación de los límites, hay dos aspectos esenciales que deben ser tenidos en cuenta para el control de los posibles abusos del poder en la restricción de este derecho fundamental: la ponderación de derechos en conflicto y su exteriorización a través de la motivación de la restricción.

En cuanto a la motivación, en palabras del Tribunal Constitucional, la limitación del ejercicio del derecho de reunión requiere una motivación específica. Así, “para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio o prohibiéndolo incluso, es preciso que existan *razones fundadas*, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente (...) en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la *desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución*” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

Además, como principio general, el Tribunal Constitucional ha considerado que la autoridad pública debe realizar una ponderación casuística que, en el supuesto de que decida prohibir una concentración, debe: a) motivar la resolución correspondiente; b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión de que, de celebrarse, se producirá la alteración del orden público proscrito; y, c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental. Por ello, subraya el tribunal que “incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, *antes de prohibirla* deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983

y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse” (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3).

3 DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y COVID-19

Una vez expuesta la jurisprudencia sobre el concepto, contenido y posibles límites del derecho de manifestación, puesto que el objeto de este trabajo es analizar cómo afecta la crisis sanitaria del COVID-19 a este derecho, debemos detenernos en sus posibles restricciones y constatar si la situación de pandemia que vivimos puede constituir, y en su caso en qué medida, un límite constitucionalmente válido al derecho de manifestación.

Es necesario recordar que la crisis sanitaria provocó la declaración del estado de alarma desde marzo a junio de 2020 y que, posteriormente, se ha decretado nuevamente el estado de alarma en noviembre por seis meses más. Un efecto de esta crisis es que se está normalizando la excepcionalidad. Sin embargo, en mi opinión, la declaración del estado de alarma y la multitud de normas no siempre coordinadas –estatales y autonómicas– que se han dictado como consecuencia de la pandemia, sin perjuicio de su mayor o menor idoneidad, no han afectado en lo sustancial al ejercicio del derecho fundamental a manifestarse.

Como ha expresado el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016, lo que permite el estado de alarma es únicamente la “restricción del ejercicio de derechos fundamentales”, no su suspensión. No debemos olvidar que el artículo 55.1 de la Constitución señala que los derechos de libertad, seguridad, circulación, reunión, etc. (todos los concernidos por las previsiones del artículo 116), solo pueden ser “suspendidos” cuando se acuerda la declaración del estado de excepción o de sitio, no cuando se acuerda la declaración del estado de alarma.

Por tanto, como primera idea, quizá sea útil obviar, en la medida de lo posible, tanto las sucesivas declaraciones del estado de alarma como la normativa –estatal y autonómica– surgida como consecuencia de la pandemia que, como he apuntado, solo tangencialmente afectará al ejercicio del derecho a manifestarse.

Como antes se ha expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta este momento –siempre referida a situaciones ordinarias– solamente se ha referido como ratio de sus sentencias a los límites que el propio artículo 21 CE establece al derecho de manifestación, es decir, el orden público como límite natural de este derecho y solo de manera tangencial se ha referido el Tribunal Constitucional a la ponderación con otros bienes o derechos constitucionales que pudieran colisionar con este derecho. Sin embargo, la extraordinaria circunstancia de una pandemia como la que sufrimos provoca la aparición, o, mejor dicho, la aplicación novedosa de otros límites no expresamente recogidos en el citado artículo 21, pero sí en otros preceptos constitucionales.

En las actuales circunstancias, los problemas derivados de las limitaciones o prohibiciones del ejercicio del derecho a la manifestación han sido abordados y resueltos bajo el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas; es decir, bajo el prisma de

la ponderación de los derechos o intereses en conflicto: el derecho de manifestación y, en contraste, el derecho a la protección de la salud o el derecho a la integridad física. Tan sencillo y tan complicado al mismo tiempo. Esta fue, por cierto, la técnica que utilizó el Tribunal Constitucional español ante, por ahora, el único caso en el que se planteó frontalmente el conflicto entre los derechos mencionados (ATC 40/2020); en este auto descarta el tribunal que en estos casos se halle en juego el mantenimiento del orden público como límite natural de este derecho.

La ponderación entre el derecho a manifestarnos y el derecho a la salud será, por tanto, a grandes rasgos, el dilema que en cada caso habrá de resolverse. Ahora bien, puesto que la pandemia nos muestra la constante modificación de su evolución, en días o incluso horas, es imposible establecer un canon más general para poder resolver el problema de proporcionalidad al que nos enfrentamos. Ahora más que nunca, ante una comunicación para celebrar una manifestación, es importante el análisis del cuándo, del dónde, del cómo y de cuántos. Si estas preguntas siempre eran importantes para la celebración de una manifestación, en estos momentos de incertidumbre, estas preguntas son imprescindibles para el correcto ejercicio del derecho y, sobre todo, para poder controlar las limitaciones que al mismo impongan los poderes públicos. No se puede olvidar que nos encontramos ante el peligro de contagio del virus y la prolongación de la epidemia, pero también ante el posible exceso de las autoridades, que, bajo dicho pretexto, limiten o prohíban el ejercicio de derechos fundamentales, en especial el ejercicio de aquellos derechos que puedan ser incómodos para el poder, como lo es sin duda el derecho a manifestarse y el de protestar contra su gestión.

Puede legítimamente entenderse que en este contexto de emergencia sanitaria tan extraordinario y extremo adquiere un especial protagonismo el mandato y derecho constitucional a la salud, artículo 43 CE, frente al derecho fundamental de manifestación, que quedaría muy reducido. Este límite no viene dado ni por la ley ni por el Gobierno (mediante el real decreto de alarma), sino por la propia Constitución. Es la vigencia simultánea y coherente de todos los mandatos y derechos constitucionales lo que obliga a entender que, en una situación de pandemia, con gravísimo riesgo vital para el conjunto de la población, la Constitución misma, de forma inmanente, podría reducir al mínimo posible el contenido del derecho de manifestación.

En este sentido, priorizar la salud por encima de cualquier otro derecho abonaría la tesis de que, mientras dura la pandemia, el derecho de manifestarse conlleva tanto riesgo para la salud pública que debe quedar reducido a una mínima expresión. En mi opinión, esta podría ser una buena opción si la crisis sanitaria tuviera una duración limitada, pero todo apunta, desgraciadamente, a que no va a ser así y este factor debe ser esencial a la hora de solucionar el falso dilema que se pretende imponer, debido más a la utilización partidista de la crisis que por serias razones jurídicas: ¿economía o salud? O, en lo que ahora nos ocupa, salud o derecho fundamental a manifestarse.

Estas preguntas carecen de sentido a largo plazo. Si bien al inicio de la crisis y por el total desconocimiento del virus tales preguntas podrían tener sentido, a la vista de su

prolongación, tales dilemas deben ser reformulados. Economía, derechos fundamentales y salud podrían entenderse como alternativas excluyentes en situaciones excepcionales durante un limitado espacio temporal, pero no es el caso, por desgracia, de la pandemia que sufrimos. Por tanto, el análisis del ejercicio de derechos fundamentales, como el de manifestación, deberá ajustarse a las circunstancias de cada momento, pero con el rigor necesario para que no quede en la práctica anulado indefinidamente por el derecho a la protección a la salud. Habrá que ser especialmente exigentes con la motivación de las autoridades gubernativas que pretenden limitar o prohibir el ejercicio de este derecho con el pretexto de proteger la salud.

Como antes se ha apuntado, parece que debemos acostumbrarnos a convivir con el virus, pero no podemos acostumbrarnos a perder libertades o derechos. Ahora más que nunca es necesaria la protección de los derechos fundamentales, es más necesario que nunca el control del poder.

4 PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL AUTO 40/2020, DE 30 DE ABRIL

Por el momento, el Tribunal Constitucional español solamente se ha pronunciado en una ocasión sobre este asunto, ante un recurso de amparo formulado por la Central Unitaria de Trabajadores/as, que denunciaba la vulneración del derecho de reunión en lugares de tránsito público (art. 21 CE) en relación con el derecho a la libertad sindical (art. 28 CE)¹¹.

Antes de analizar el fondo del análisis del tribunal, creo interesante destacar lo que el alto tribunal apreció sobre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo presentado.

A pesar del riesgo de separarme del tema de fondo, es interesante destacar cómo el tribunal comienza por analizar si el recurso de amparo presentado goza de especial trascendencia constitucional, que según los demandantes residiría en que el tribunal nunca ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la plenitud de ejercicio, suspensión o limitación del derecho de reunión o a la libertad sindical en el supuesto de estado de alarma, lo que nos situaría en el motivo a) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, es decir, el supuesto “de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, intenta desde el inicio de su resolución quitar excepcionalidad al tema planteado y considera que el recurso de amparo no plantea algo novedoso; entiende, como se verá, que el recurso se refiere al típico supuesto de colisión de derechos fundamentales. Reconoce, eso sí, que, *prima facie*, podría reconocerse la novedad del asunto, pero recuerda que en la STC 83/2016, de 28 de abril, ya determinó los presupuestos de la declaración del estado de alarma, así como el alcance que cabía otorgar a dicha declaración¹². Entiende además el tribunal que en

su consolidada jurisprudencia en relación con el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, a través de la cual ha establecido criterios muy claros en cuanto a los presupuestos para el ejercicio de tales derechos, los límites y restricciones que pueden imponerse a los mismos implican que el recurso no genere en realidad una faceta nueva de tales derechos fundamentales y trata de reconducir a la normalidad el problema constitucional formulado por el sindicato recurrente.

Considera por ello el tribunal que es más conveniente entender que concurre el supuesto g) de especial trascendencia constitucional del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, porque el supuesto planteado en el recurso de amparo trasciende del caso concreto, ya que suscita una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica. En el contexto de la crisis sanitaria, entiende el tribunal que es importante un pronunciamiento por la repercusión que la celebración de esta o de otras manifestaciones con ocasión de la señalada fecha del 1 de mayo que se puedan pretender celebrar puedan tener sobre el conjunto de la sociedad, especialmente sobre la salud de los ciudadanos. Concluye su análisis sobre la especial trascendencia constitucional que “es innegable, en suma, la notoria repercusión que este asunto tiene en el conjunto de la sociedad española”.

Es importante subrayar que el tribunal expresa la posibilidad de que una demanda de amparo pueda gozar de “indudable especial trascendencia constitucional, que concretamos en el supuesto g) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009” (ATC 40/2020 FJ 2) y, sin embargo, en el caso planteado no se aprecie vulneración de derecho fundamental alguno.

En cuanto al fondo, se recuerda que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado, pues la propia Constitución, en su artículo 21.2, establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes.

Recuerda también que la limitación del ejercicio del derecho de reunión requiere de una motivación específica, y en este sentido “no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STC 170/2008, FJ 3), en aplicación del principio *favor libertatis*”.

El tribunal, en un argumento discutible, entiende que, en el caso concreto, “si bien podría ponerse en duda la motivación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno, que es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, no puede negarse que existe motivación suficiente en la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020 (Sentencia n. 136/2020)”¹³.

Por otra parte, el tribunal se remite al fundamento jurídico 8 de la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, para subrayar que, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la

declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *a contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio¹⁴.

Asumiendo esta premisa, pasa el tribunal a valorar la verosimilitud de la lesión denunciada. El derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado, sino que puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes– “como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2)”, límites que han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial”.

Explica el tribunal que, en el caso que analiza, no es el mantenimiento del orden público lo que legitima una limitación del derecho, sino que en este caso tal limitación del ejercicio del derecho a manifestarse tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), “ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias”. En mi opinión, esta conexión entre tales preceptos hay que entenderla, exclusivamente, en el contexto en el que dicta el auto en pleno auge de la pandemia; en mi opinión, lo contrario constituiría una modificación cualitativa del contenido del artículo 43 CE, tal y como había sido entendido por el Tribunal Constitucional en sus sentencias.

Concluye el tribunal entendiendo que “parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso no parece por tanto inexistente”¹⁵.

Por último, al realizar el juicio estricto sobre la proporcionalidad de la medida de prohibición, el tribunal concluye que no existen indicios notables de la concurrencia de la lesión denunciada. Reprocha que los organizadores no previeron “medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria”¹⁶. En suma, en el análisis de proporcionalidad de la medida, entiende el tribunal que, en una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas¹⁷ y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación del ejercicio del derecho de manifestación¹⁸.

Quizá hubiera sido posible, aplicando la propia doctrina del tribunal, considerar que la autoridad administrativa debió modular antes que prohibir la manifestación convocada. Como antes se subrayó, “incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el artículo 10 de la Ley orgánica 9/1983 y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse” (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3).

En definitiva, el tribunal inadmite el recurso de amparo, entendiendo que, en las circunstancias tan excepcionales de la pandemia en la localidad donde se pretendía celebrar la manifestación, y a la vista del número de participantes, del recorrido y de las medidas de seguridad ofrecidas por los organizadores, deben prevalecer los otros bienes en conflicto con el derecho de los recurrentes, es decir, el derecho a la integridad física y a la protección de la salud del resto de la población.

Sin perjuicio de que, como se ha dicho, las concretas circunstancias de cada caso suponen que no puedan compararse las soluciones dadas por los tribunales en estos casos, suele ponerse en contraste con la posición del Tribunal Constitucional español la decisión el Tribunal Constitucional alemán de 17 de abril de 2020, que admitió la demanda constitucional argumentando que, bajo el régimen establecido por el COVID-19, no se había dado una prohibición general del ejercicio de la reunión, por lo que solo caben excepciones particulares.

En concreto consideró que, pese a la situación de emergencia sanitaria, se “requiere una consideración adecuada de las circunstancias específicas del caso individual. Las meras consideraciones generales, que podrían plantearse en contra de cada reunión, no harían justicia a la libertad de toma de decisiones abierta por el legislador, que la Administración tiene que utilizar teniendo en cuenta el derecho fundamental del individuo en virtud del artículo 8 GG”. La Administración, para prohibir la reunión, debe “considerar todas las medidas de protección posibles en un acuerdo de cooperación con el solicitante antes de rechazar la admisión de la manifestación” y lograr “encontrar una solución que cree la concordancia práctica” entre los derechos y bienes en juego. Recuerda además que, “si la ciudad de Stuttgart no toma una decisión, el solicitante tiene derecho a celebrar la reunión que ha solicitado”.

5 CONCLUSIONES

Asumiendo el riesgo de que el lector que haya llegado hasta este punto se sienta defraudado, he de concluir que de lo hasta aquí dicho pocas conclusiones se pueden extraer.

Como he apuntado más arriba, la jurisprudencia sobre este derecho, tanto en el Tribunal Constitucional como en el TEDH, es muy casuística y dependiente de las condiciones fácticas de cada caso. Por ello, las conclusiones que se pueden extraer del auto del Tribunal Constitucional analizado no son demasiado esclarecedoras, porque el

resultado de cada caso vendrá condicionado por diversos factores: por las situaciones de la pandemia en el lugar de la celebración de la manifestación, por el número de participantes, por el modo de desarrollarse la concentración, por el recorrido, por las medidas de seguridad que adopten los participantes, etcétera.

Por ello, la única conclusión sensata es el análisis y el control del caso concreto. Precisamente por esto, la volatilidad de la situación de la pandemia ha dado lugar a una jurisprudencia aparentemente contradictoria sobre el ejercicio del derecho de manifestación. Pero esa aparente contradicción se explica por la fecha de la manifestación, o por el número de participantes, o por cómo se implementan las medidas de seguridad, etcétera.

Sirva como ejemplo que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 30 de abril 2020, prohibió una manifestación de La Falange que quería reunirse en la Plaza de la Lealtad y luego dirigirse a la sede del Ministerio de Sanidad, donde pensaban permanecer hasta las 13:30 h, el día el 2 de mayo de 2020. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid avala la decisión de la Delegación del Gobierno que no estaba sustentada en la aplicación del Real decreto 463/2020, del estado de alarma, sino en la “necesidad de evitar la difusión de la pandemia con sus secuelas de contagios, fallecimientos y enfermos”. La sentencia considera que, “en las *circunstancias actuales* y ante las condiciones en que se pretende el ejercicio del derecho fundamental de reunión, éste entra en conflicto con bienes y valores constitucionales, como la salud pública y, más concretamente, la salud, la integridad física y la vida de las personas (arts. 15 y 43 de la CE), que deben prevalecer frente a aquél, justificando su sacrificio al amparo de lo previsto en los artículos 21.2 CE y 11.2 CEDH, en relación con el artículo 10.2 CE, que establece el principio de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

Sin embargo, mediante una sentencia de 21 de mayo de 2020, el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid permitió al Partido Comunista de los Pueblos de España concentrarse el día 23 de mayo de 2020 en la Puerta del Sol con restricciones. Explican en esta ocasión los magistrados que revocan la prohibición y permiten la concentración, en *términos y condiciones* concretas¹⁹. Los magistrados entienden que la concentración ha sido diseñada y programada por el promotor en términos muy específicos y adaptados a las circunstancias de salud pública en que se incardina su celebración, mientras que la Delegación del Gobierno no ha acreditado, ni siquiera indiciariamente, que dichas medidas no alcancen el estándar de seguridad exigible según los actuales parámetros de evolución de la pandemia. Afirma la sentencia que “un mínimo contraste pone de relieve que las medidas de seguridad implementadas llegan a ser más exigentes que las previstas con carácter general (...) la Administración, al prohibir la concentración ha decidido la limitación máxima del derecho de reunión sin aportar la exigible motivación reforzada de la limitación de este derecho fundamental”.

En definitiva, si el ejercicio del derecho de manifestación ha estado siempre condicionado por las circunstancias concretas de cada caso, esa circunstancia se intensifica en la actualidad; como he mencionado a lo largo del presente trabajo, hoy más que nunca es necesario el control del poder. Los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional y, en última instancia, el TEDH tienen la labor de llevar a cabo ese control, censurando los concretos excesos y estableciendo, quizá, una nueva jurisprudencia para la pandemia.

La autoría de los innumerables trabajos jurídicos que aparecen a diario sobre la influencia del COVID-19 en el derecho necesita la actuación de quien ostenta la potestad.

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 mayo 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 y 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 El artículo 21 CE, dispone: "1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".
- 2 El derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurrendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Este elemento de movilidad resulta determinante, pues, de un lado, parece implicar una menor intensidad en la ocupación de las vías públicas –el carácter intrínsecamente dinámico de la manifestación impide, en principio, una ocupación exclusiva y excluyente del espacio público más allá del tiempo necesario para recorrer todo el itinerario marcado–, pero, por otro, incide directamente en el derecho de circulación de otros ciudadanos, pudiendo ocasionar interrupciones o paralizaciones del tráfico rodado.
- 3 Que señala que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".
- 4 El artículo 11 del CEDH dispone "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

- 5 Así, en una jurisprudencia muy casuística, el tribunal consideró, por ejemplo, que el artículo 11 era aplicable a un “paseo” pacífico en el que grupos de personas actuaron de forma coordinada y de manera intencionada, para expresar un mensaje político (Navalny c. Rusia [GC], § 106). La manifestación se define, en particular, por un propósito común de sus participantes y debe ser distinto de una simple aglomeración aleatoria de individuos que persiguen cada uno su propia causa.
- 6 Por lo tanto, cuando la ubicación de la manifestación es crucial para los participantes, una orden para cambiar puede constituir una interferencia en su libertad de reunión según el artículo 11 de la Convención (The United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov v. Bulgaria, § 103). Ahora bien el TEDH también ha considerado que una prohibición de celebrar actos públicos en determinados lugares no es incompatible con el artículo 11, cuando se impone por razones de seguridad (Rai y Evans c. el Reino Unido (dec.)), o, como el caso puede ser con respecto a lugares en las inmediaciones de los edificios de los tribunales, para proteger el proceso en un caso concreto desde la influencia exterior, y de ese modo se protegen los derechos de los demás, a saber, las partes en los procedimientos judiciales. No obstante, esta última prohibición debe adaptarse estrictamente para lograr ese interés (Lashmankin y otros contra Rusia, § 440; Ögrü contra Turquía, § 26).
- 7 Cuyo artículo 5 dispone que “La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos: a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales. b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes. c) Cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes. d) Cuando fueran organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil infringiendo las limitaciones impuestas en el artículo 13 de la Ley orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, o en el artículo 8 de la Ley orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil”.
- 8 El artículo 15 establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.
- 9 El citado precepto 43 CE dispone: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.
- 10 Recuerda, por ejemplo, el TEDH que son raras las situaciones en que una reunión puede ser legítimamente prohibida en relación con el mensaje que sus participantes desean transmitir. El Gobierno no debe tener la facultad de prohibir una manifestación porque considera que el “mensaje” de los manifestantes es erróneo. Esto es especialmente cierto cuando el principal blanco de las críticas es la misma autoridad que tiene la facultad de autorizar o denegar la reunión pública. Las restricciones de la libertad de reunión basadas en el contenido deben ser objeto del más serio escrutinio del TEDH (Navalny c. Rusia, [GC], § 134; Primov y otros c. Rusia, §§ 134-135).
- 11 La Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) presentó escrito el 20 de abril de 2020, dirigido a la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra, en la que se comunicaba la celebración de una manifestación rodada en coches particulares, en la ciudad de Vigo, el viernes día 1 de mayo de 2020, a las 11:00 horas, que tendría comienzo en la Plaza de España. Además, manifestaban que, “entendiendo la gravedad de la situación que vivimos, la CUT opta por la manifestación rodada con un manifestante en cada auto y debidamente protegidos e identificados por el sindicato, y atendiendo a cualquier otra indicación que se nos haga desde esta subdelegación o las autoridades sanitarias”. La subdelegada del Gobierno contestó lo siguiente: “pongo en su conocimiento que, en la actual situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, esta Subdelegación del Gobierno *no puede trasladarle un criterio sobre su celebración* y, menos aún, evaluar la repercusión que, sobre las alteraciones del orden público o de otra naturaleza con incidencia en la seguridad de personas o bienes, pudiera tener el desarrollo de la referida manifestación”. Lo cierto es que, sin autorizar ni prohibir la manifestación, la CUT interpuso recurso contencioso-administrativo contra la misma al entender que denegaba su comunicación de manifestación. El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020.
- 12 En particular, la STC 83/2016 se pronunció en cuanto al alcance que la declaración del estado de alarma podía tener sobre los derechos fundamentales, poniendo de relieve su menor intensidad respecto de los estados de excepción y sitio en cuanto a este extremo.
- 13 Esta solución es discutible, puesto que quien debe motivar es la Administración y no el órgano judicial; asumir lo contrario supone trasladar la competencia para limitar o prohibir el ejercicio de un derecho fundamental como el de manifestación.
- 14 En este sentido, “se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización. Previsiones, todas ellas, cuya entidad adquiere particular relevancia para el enjuiciamiento que ahora abordamos”.
- 15 Aclara el tribunal que no se trata aquí de garantizar el orden público o de asegurar la no alteración del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas, “por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”.
- 16 En relación con este punto en concreto, no puede perderse de vista, entendiéndolo el tribunal, que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa. En estos supuestos de colapso circulatorio e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la STC 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas.
- 17 Una de las cuestiones recurrentes, al igual que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es cómo debe actuar la autoridad pública frente a manifestaciones que afecten al tráfico rodado, algo casi inevitable en la sociedad moderna. En este sentido, el TEDH ha considerado que la obstrucción de las arterias de tráfico como parte de una manifestación es una conducta que, por sí misma, se considera pacífica. Sin embargo, la conducta física que obstruye deliberadamente el tráfico y el curso ordinario de la vida con el fin de perturbar gravemente las actividades llevadas a cabo por otros no está en el centro de esa libertad protegida por el artículo 11 de la convención. Este estado de cosas tiene implicaciones para cualquier evaluación de la “necesidad” en virtud del segundo párrafo del artículo 11 (Kudrevičius y otros v. Lituania [GC], § 97). En estos casos deberá realizarse una cuidadosa ponderación de los derechos

en conflicto. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas, en la STC 193/2011, de 12 de diciembre, se considera que la interrupción del tráfico y la restricción de la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes –que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto durante la celebración de la manifestación– “son consecuencias, sin embargo, que no pueden excluirse *a priori* del contenido del derecho de reunión pues, por su propia naturaleza, el ejercicio de este derecho “requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. (...) Por sí solas dichas restricciones, consecuencia inherente y muchas veces no deseada del ejercicio del derecho de manifestación, no justifican la prohibición de la manifestación o su condicionamiento, sino que, para que proceda una u otro, será preciso que la ocupación intensiva de las vías públicas altere el orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes o suponga un sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles. Esto es así porque, como también hemos reiterado, “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación” (entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 9; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2); respondiendo la exigencia de comunicación previa, precisamente, a esa necesidad de compatibilizar los diversos derechos y bienes constitucionales en juego”.

- 18 El impacto al momento de la enfermedad en el lugar de la manifestación. El tribunal tiene presente el impacto de la infección del COVID-19 en la ciudad de Vigo en la fecha de la manifestación a la hora de formular el juicio de proporcionalidad. Consta que la ciudad de Vigo era entonces la segunda población de Galicia en número de casos activos identificados, siendo este dato de suma importancia a la hora de valorar el riesgo que sobre la salud de las personas puede tener la autorización de una manifestación en la que, a juicio del tribunal, no se han previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios, ni de limitación de asistentes, ni de garantía del libre tránsito de vehículos sanitarios, ni de salida o retorno escalonado, con lo que no es imposible imaginar una concentración de personas en el momento previo a la convocatoria y en el momento sucesivo, de retorno a los lugares de origen, que contribuyese a activar la escalada exponencial de contagios que sabemos posible y que no cabe evitar más que con la limitación del ejercicio del derecho en las condiciones solicitadas por los convocantes.
- 19 Estas condiciones eran: desde las 12:00 hasta las 13:30 horas del día 23, en la Puerta del Sol, frente a la Real Casa de Correos, sede del Gobierno regional, con estricta sujeción a las condiciones declaradas por el PCPE en su comunicación a la Delegación del Gobierno. Participarán un máximo de 50 personas que mantendrán la distancia mínima entre ellas de tres metros y equipadas todas con mascarillas y guantes.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 377-404
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4640>
© Alicia Villalba Sánchez
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 10/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A regulación do teletraballo nas administracións públicas; en particular, a incidencia da pandemia da COVID-19

La regulación del teletrabajo en las administraciones públicas; en particular, la incidencia de la pandemia de la COVID-19¹

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



ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad 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 mar-

co jurídico capaz de amparar una migración flexible hacia modalidades no presenciales 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 La configuración del teletrabajo en las administraciones públicas desde una perspectiva estatal y autonómica. 2.1 Finalidad. 2.1.1 Coyuntural. 2.1.2 Estructural. 2.1.2.1 Cambio organizativo. 2.1.2.2 Conciliación de la vida profesional, familiar y personal. 2.1.2.3 Transformación social. 2.2 Definición. 2.3 Voluntariedad. 2.3.1 Juicio de posibilidad. 2.3.2 Juicio de eficacia. 2.4 Igualdad de derechos. 2.4.1 Prevención de riesgos laborales. 2.4.2 Tiempo de trabajo. 2.4.3 Control de la prestación debida. 2.4.4 Formación. 2.4.5 Instrumentos de trabajo. 3 Conclusión. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la enfermedad ha dejado su impronta en el espacio. Como antaño la peste, el cólera o la tuberculosis, la irrupción de la COVID-19 condiciona hoy el diseño y aprovechamiento de los lugares de convivencia. Los que otrora fueron puntos de encuentro, como el centro de trabajo, constituyen entornos donde el riesgo de propagación del virus se hace patente. Contenerla ha exigido, por una parte, modificar el uso del espacio físico, reduciendo al máximo el número de personas que lo frecuentan; y, por otra parte, conquistar nuevos dominios virtuales donde dar continuidad a la actividad productiva.

Este proceso ha afectado a las empresas que, inmersas ya en la Cuarta Revolución Industrial, eran conocedoras de las diversas fórmulas de organización del trabajo en remoto; pero también a unas administraciones públicas no del todo familiarizadas con las posibilidades brindadas por ingenios de cuya implantación depende la transición hacia la Administración digital. En pos de ese ideal, algunas disponían de instrumentos normativos cuya obsolescencia ha dejado patente su incapacidad para ofrecer una respuesta rápida y flexible a las necesidades planteadas por la pandemia.

Dotadas de un marco jurídico fragmentario e insuficiente para brindar cobertura a una migración súbita hacia la prestación de servicios no presencial, algunas han debido improvisar soluciones *ad hoc* que, en algún supuesto, han dejado entrever el propósito que

ha de inspirar la futura regulación del teletrabajo en las administraciones públicas, cual es canalizar desde el empleo una verdadera transformación del empleador. Haciendo de la necesidad virtud, otras han desarrollado una normativa con vocación de permanencia inspirada por este afán transformador que, a su vez, configura el teletrabajo como medida excepcional para hacer frente a una crisis sanitaria lamentablemente inconclusa.

Procede analizar la evolución de la abundante regulación autonómica del teletrabajo, destinada a adaptarse al marco normativo básico pergeñado por el Real decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19² –en adelante, RD-ley 29/2020– en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor.

2 LA CONFIGURACIÓN DEL TELETRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DESDE UNA PERSPECTIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA

Un análisis de la situación vigente y del impacto irrogado en ella por la pandemia exige distinguir la necesidad a la cual se pretendió dar satisfacción mediante la implantación del teletrabajo. Así, procede comenzar diferenciando los objetivos para cuya consecución fue promulgada la normativa objeto de estudio. De su finalidad dependerá, en buena medida, la definición misma del teletrabajo, adoptando una modalidad más flexible cuanto más ambiciosa sea la transformación administrativa que se pretenda. Esbozado el horizonte al que se encamina la labor reformista, interesa conocer el procedimiento necesario para acceder a la prestación de servicios en régimen de teletrabajo y, así, deducir en qué medida existe un derecho a teletrabajar en las administraciones públicas. Esclarecido lo anterior, conviene abordar el acervo jurídico reconocido al empleado público cuya solicitud de teletrabajar ha sido concedida.

2.1 Finalidad

La irrupción de la pandemia ha supuesto un revulsivo para la regulación del teletrabajo, constituyendo el detonante fundamental del nuevo marco normativo estatal y de las normas autonómicas más innovadoras. Sin embargo, ha constituido también la causa de una regulación divergente, pudiendo diferenciarse aquellas disposiciones destinadas a paliar los efectos de la COVID-19 de aquellas otras que abordan el teletrabajo de manera estructural. Dentro de estas últimas, es dable desgranar los objetivos cuyo alcance se pretende y que, en buena medida, permiten conocer la evolución del teletrabajo en las administraciones públicas y el papel que ha jugado en la propia transformación administrativa.

2.1.1 Coyuntural

Nada nuevo se apunta cuando se reconoce el efecto catalizador de la pandemia, acelerando la implantación del teletrabajo en las administraciones públicas³. El preámbulo del RD-ley 29/2020 reconoce la relevancia por él adquirida cuando hizo posible “asegurar el normal funcionamiento de las administraciones públicas” en tiempos de pandemia. A esta necesidad coyuntural ha obedecido también la Resolución del secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de 17 de junio de 2020 de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración general del Estado con motivo de la nueva normalidad⁴ –en adelante, la Resolución de 17 de junio de 2020–. Aunque aparente perseguir un objetivo estructural, como la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar, un análisis detenido de su contenido despeja cualquier duda, puesto que esta solo interesa en la medida en que las responsabilidades familiares deriven de la propia crisis sanitaria. Basta atender a la composición de los que califica como “colectivos prioritarios” (*sic*), integrados, además de por los sujetos definidos en cada momento por las autoridades sanitarias competentes como grupos vulnerables para la COVID-19, por aquellos empleados públicos que tengan a su cargo menores de hasta 14 años o personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y de centros de día. Se puntualiza que, de concurrir dos empleados responsables en activo, el disfrute de dicha medida no podrá coincidir en el tiempo.

Desde una perspectiva autonómica, también se aprecia la finalidad coyuntural en normas aprobadas para garantizar la continuidad de la prestación de servicios cuando un empleado esté guardando una cuarentena; cuando con ello se evite la concurrencia de numerosos empleados en el lugar de trabajo⁵; cuando ello facilite el cumplimiento de la prestación a quien tenga a su cuidado a “una persona con la que exista una relación de dependencia, y la cual haya sido obligada a guardar cuarentena por motivo de la COVID-19⁶; cuando permita la asunción de responsabilidades familiares derivadas del cierre de centros durante la pandemia⁷; a velar por la seguridad y salud de los empleados especialmente sensibles a esta enfermedad⁸; o, en definitiva, cuando no sea posible aplicar las medidas de prevención frente a la exposición al SARS-CoV”⁹, con independencia del colectivo al que pertenezca el empleado en cuestión. Todo ello, sin perjuicio de la elaboración de un marco normativo estable, “con vocación de permanencia que, independientemente de situaciones coyunturales o de fuerza mayor, contribuya a que el teletrabajo mejore el funcionamiento de la Administración”, como reconoce el Pacto de la Mesa general de negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Protocolo de medidas organizativas para la aplicación temporal del régimen de trabajo no presencial en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19¹⁰ –en adelante, el Protocolo andaluz–.

En previsión de las necesidades derivadas de la crisis sanitaria no superada, las otras normas aprobadas durante la pandemia para regular el teletrabajo con vocación de permanencia también contemplan su implantación circunstancial. Así, el Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid¹¹ –en adelante, el Decreto madrileño–, dedica un capítulo IV a la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo debida a necesidades de prevención de riesgos laborales y razones de emergencia sanitaria, pero también a la procedente de otras circunstancias ajenas a la pandemia, como la realización de obras o reformas en el lugar de trabajo, traslados o mudanzas entre distintos edificios (art. 14). A su vez, el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña y sus organismos autónomos –en adelante, el Decreto catalán– prevé la implantación de un “régimen especial de prestación de servicios ocasionales en la modalidad de teletrabajo” cuando: 1) por razón de un servicio fuera del centro de trabajo habitual el desplazamiento resulte ineficiente, supuesto en el cual la jornada restante puede completarse en régimen de teletrabajo; 2) por necesidades del servicio se deriven encargos específicos y concretos que deban ejecutarse en un breve periodo de tiempo y sea más efectivo y adecuado utilizar la modalidad de teletrabajo; o 3) se declaren episodios ambientales de contaminación o de otras situaciones de emergencia derivadas de planes de protección civil (art. 7).

2.1.2 Estructural

2.1.2.1 Cambio organizativo

No obstante, el paso a dicha modalidad de prestación de servicios “deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento” (preámbulo del RD-ley 29/2020). Emerge así el propósito estructural del nuevo artículo 47bis del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público¹² –en adelante, EBEP– concebido para dar impulso a “nuevas formas de organización y estructuración del trabajo de las empleadas y empleados públicos para el mejor servicio a los intereses generales que tienen encomendado”, avanzando desde el marco rector del empleo público un paso en el camino hacia la “Administración digital” (preámbulo del RD-ley 29/2020). No en vano, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) en julio de 2002 y revisado en 2009 –en adelante, el Acuerdo Marco–, destacó su idoneidad para “modernizar la organización del trabajo para las empresas y

organizaciones de servicios públicos” a fin de contribuir así a “la mejora de la prestación de los servicios públicos”.

De esta guisa, las tecnologías de la información y comunicación que “han constituido una herramienta clave para reducir el impacto de las medidas de contención y restricciones en el trabajo” sientan ahora las bases de una forma de organización de la prestación de servicios flexible y adaptable a cualesquiera circunstancias que se puedan dar en el futuro” (preámbulo del RD-ley 29/2020). El efecto revulsivo del teletrabajo en la transformación de las administraciones públicas también se ha visto reflejado en la normativa autonómica aprobada con un propósito estructural. Ya el Decreto n. 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos –en adelante, Decreto vasco–, atribuye al teletrabajo el potencial necesario para “conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios, mediante una mejor organización del trabajo a través del uso de las nuevas tecnologías y de la gestión por objetivos”.

Por su parte, el Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears¹³ –en adelante, el Decreto balear–, invoca, en primer lugar, su virtualidad para “modernizar la Administración autonómica”¹⁴ o, según el Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León –en adelante, el Decreto castellanoleonés–, para posibilitar la “implantación de la Administración electrónica”, perfilándose la transformación administrativa como detonante del cambio en la prestación de servicios, y no a la inversa. Sin ambages, el Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos¹⁵ –en adelante, el Decreto riojano–, y el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura¹⁶ –en adelante, el Decreto extremeño–, reconocen el ahorro que dicho cambio comporta en beneficio de la Administración.

Instituyéndolo definitivamente en elemento transformador del empleo público tal como ha sido tradicionalmente concebido, destaca la normativa autonómica de nuevo cuño, como el Decreto catalán, a tenor del cual “constituye un instrumento para reforzar la orientación del trabajo a los resultados, que permite a la vez superar la cultura de la presencialidad, fomentar la confianza, la iniciativa y la autonomía de los servidores públicos, elementos decisivos en orden a incrementar los niveles de motivación y, consecuentemente, el rendimiento y la productividad de las administraciones públicas”. Tampoco elude subrayar su utilidad para captar y retener el talento en la organización,

al incrementar la satisfacción del empleado que goza de una mayor soberanía para optimizar su tiempo de trabajo. Merece la pena hacer mención a la progresiva incorporación de terminología procedente del ámbito empresarial, no del todo apropiada cuando se aplica a un ente que procura la eficiencia en el servicio público, no la productividad. Más ambicioso se muestra el Decreto madrileño. Su contenido no solo pretende dar cobertura a nuevas formas de organización del trabajo mediante el uso de “herramientas informáticas colaborativas”, sino también repercutir positivamente en el administrado logrando una mejora en “los procedimientos de gestión o en la forma de relación con la ciudadanía”.

2.1.2.2 Conciliación de la vida profesional, familiar y personal

La implantación del teletrabajo puede incrementar el bienestar del empleado público cuando le facilita la asunción de responsabilidades familiares. A este segundo objetivo aludía ya la Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia –en adelante, la Orden gallega¹⁷–, cuando reconocía en su artículo 13 su adecuación para “alcanzar una mayor eficiencia en la gestión pública, contribuyendo a la conciliación de la vida familiar y laboral”, perfilando así este segundo objetivo como efecto secundario o consecuencia necesaria del primero¹⁸.

También el Decreto vasco todavía regula el teletrabajo con la voluntad de “contribuir a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, para conseguir con ello un mayor grado de satisfacción laboral” (art. 2.2). Enfatiza así su idoneidad para “independizar a la persona empleada del lugar físico en el que desarrolla su trabajo” mediante la utilización de las tecnologías de la información, erigiéndose así en una “forma de organización” propia. Aúna, por tanto, el servicio al interés general con el interés del empleado, pero supeditando la satisfacción del segundo a lo requerido por el primero.

En el mismo sentido, el artículo 1.2 del Decreto balear hace notar su idoneidad para favorecer la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, a través de la flexibilidad para trabajar desde el domicilio o a distancia, todo ello sin disminuir la dedicación ni la calidad del servicio. Es dable, así, colegir la inclinación de algunas normas hacia el teletrabajo prestado desde el domicilio que exaltan las ventajas de “reunir en un mismo espacio a la familia y el trabajo” (preámbulo del Decreto balear), combinación que, como se tendrá ocasión de puntualizar, alimenta nuevos conflictos, a resultas de los cuales emergerán nuevos riesgos que amenazan tanto al empleado, a menudo incapaz de desconectar de sus obligaciones, como a la Administración, cuyos procedimientos pueden verse aquejados de una notable falta de confidencialidad.

2.1.2.3 Transformación social

A los anteriores propósitos se añaden otros que revelan en todo su esplendor el potencial transformador del teletrabajo, susceptible de provocar un cambio social. Remontándose a los años 70, el Decreto balear recuerda que la crisis del petróleo incentivó el recurso al teletrabajo como medida tendente a “evitar desplazamientos en automóvil y, de esta manera, ahorrar energía” contribuyendo, a largo plazo, “a mejoras medioambientales como la disminución de la contaminación y el ahorro de energía avanzando en la línea de la responsabilidad social pública para mejorar el clima laboral y modernizar la estructura de la Administración”. En el mismo sentido, el preámbulo del Decreto riojano concibe el teletrabajo como una “medida orientada a la gestión más sostenible de los recursos y a la consecución de ahorro energético, de transporte y de otros consumos derivados de la actividad presencial”. Sobre este extremo hace también hincapié el Decreto catalán, que recuerda su aptitud para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, el consumo energético, el nivel de ruido en las ciudades y los accidentes de trabajo *in itinere*. Además de suponer un avance hacia un empleo público “verde”, la reducción de desplazamientos que posibilita el teletrabajo contribuye a la integración de personas con discapacidad y a una mayor cohesión territorial, permitiendo la prestación de servicios a personas “con problemas de movilidad o con residencias alejadas del puesto de trabajo” (preámbulo del Decreto balear). De la relevancia que para el Decreto madrileño adquiere esta vertiente externa del teletrabajo da buena cuenta su artículo 4, donde alude a “la responsabilidad social de la Comunidad de Madrid”, si bien resulta difícil imaginar que una Administración pública incurra en una actitud “socialmente irresponsable” y, por ende, contraria al interés general que inspira su actuación. Emerge, de nuevo, una terminología empresarial cuyo “trasplante” al ámbito público resulta, cuando menos, cuestionable, pero cuya utilización denota un cambio de rumbo en la regulación de un empleo público cada vez menos alejado del privado.

2.2 Definición

Del propósito que se proponga alcanzar la Administración pública con la implantación del teletrabajo dependerá, en buena medida, la modalidad a la cual se acoja. El Acuerdo marco construyó la definición del teletrabajo sobre tres elementos: 1) el funcional, que lo configura como forma de organización y/o de realización del trabajo; 2) el instrumental, que implica en su ejecución la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación; y 3) el locativo, que ubica su realización regular fuera de los locales de la empresa. Sin alterar el elemento instrumental, la normativa básica contenida en el artículo 47 bis EBEP concibe el teletrabajo como una “modalidad de prestación de servicios a distancia”, género que no implica necesariamente el recurso a las nuevas tecnologías. Tampoco el desarrollo de la prestación en el domicilio del trabajador, aunque el Convenio n. 177 (1996) de la OIT¹⁹, sobre el trabajo a domicilio, utilice esta

denominación para referirse a un trabajo susceptible de ser realizado tanto en él como en otros locales que escoja el empleado, siempre que sean distintos de los del empleador.

Para que dicha modalidad de prestación de servicios sea factible “el contenido competencial del puesto de trabajo” ha de poder desarrollarse “fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación”. No ha de sufrir mutación alguna el contenido competencial del puesto de trabajo. Lo que se deja entrever es un cambio en la prestación de servicios inherente a la metamorfosis hacia la Administración digital, siendo esta el verdadero detonante del cambio irrogado en la prestación de servicios. Sin llegar a distinguirse como el factor desencadenante del cambio, la implantación del teletrabajo “deberá contribuir a una mejor organización del trabajo”, que dependerá de la consecución de los intereses generales, a cuyo servicio están los empleados públicos. Juicio de posibilidad supeditado, por tanto, al principio de eficacia que ha de inspirar la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE), y que también preside la prestación coyuntural de servicios a distancia realizada al amparo de la Resolución de 17 de junio de 2020. En él, la prestación de servicios en modalidad no presencial dependerá de la existencia de un puesto de trabajo cuya naturaleza lo permita, cuyo cumplimiento no requiera la presencia física del empleado en el centro o lugar de trabajo y garantizándose en todo caso la correcta prestación de los servicios.

Desde su concepción como “modalidad de prestación de servicios”²⁰, cierta normativa autonómica insinuó un cambio en el paradigma organizativo²¹ derivado de la implantación de las nuevas tecnologías cristalizado en la nueva ola de decretos del año 2020, que, como el catalán, lo definen como “forma de organización del trabajo”, tránsito que hallará reflejo también en el elemento locativo. Así, la normativa básica comprende todo aquel teletrabajo que se desarrolle “fuera de las dependencias de la Administración”. La deliberada indeterminación de este complemento circunstancial de lugar abre un amplio abanico de posibilidades entre las cuales encuentra cabida la prestación más tradicional, donde el servicio se realiza desde el domicilio del trabajador, pero también la más disruptiva, cuyo cumplimiento prescinde en buena parte de referentes temporales y geográficos, pasando a depender de la consecución de unos objetivos preestablecidos. Parece ofrecerse así la posibilidad de ejecutar la prestación íntegramente en una modalidad no presencial. No obstante, el artículo 47bis.2 EBEP advierte que la prestación de servicios mediante teletrabajo “será compatible con la modalidad presencial”, lo que denota una preferencia velada por la alternancia entre períodos de trabajo presencial y otros de trabajo a distancia también manifestada en algunos decretos autonómicos²².

Temeroso de que el tránsito a una modalidad íntegramente no presencial produjera “desarraigo o un cambio de hábitos y rutinas de tal magnitud que la vuelta a la modalidad presencial [pudiera] causar algún perjuicio a la persona empleada”, el artículo 8 del Decreto vasco no solo contempla su realización únicamente en alternancia con la prestación presencial, sino que fracciona los períodos de su disfrute. Así, por una parte, la jornada de trabajo semanal se distribuirá de manera que tres días a la semana se

presten de forma no presencial y dos días en jornada presencial, con carácter general. También lo hacen el Decreto balear (art. 9); el Decreto extremeño (art. 6.2); el Decreto valenciano, que permite reducirlo a dos días presenciales (art. 7); y el Decreto madrileño (art. 21). Además, según el Decreto vasco, uno de los días de jornada presencial, determinado por la persona responsable de la unidad administrativa, se dedicará a reuniones de coordinación, formación y participación en proyectos comunes. Más flexible se muestra el Decreto castellanomanchego, a tenor del cual el porcentaje de jornada de teletrabajo nunca podrá ser superior al cuarenta por ciento de la jornada de trabajo en cómputo mensual (art. 3.2). También el Decreto riojano es adaptable, al permitir desempeñar entre un veinte y un cuarenta por ciento de la jornada de forma no presencial (art. 14.1). Novedoso resulta el Decreto castellanoleonés, que establece tres niveles, todos los cuales implican el mantenimiento de un vínculo presencial con el centro de trabajo. Además, se muestra particularmente flexible al reducir su presencia en el centro a solo un día (art. 15.1). Asimismo, es digna de mención la graduación que hace el Protocolo andaluz, en función de las circunstancias del solicitante. Con carácter general, la parte de la jornada no presencial será del 20% de la jornada en cómputo semanal, pudiendo ascender al 100% de pertenecer el empleado a alguno de los grupos de personas especialmente sensibles definidos por el Ministerio de Sanidad. Por su parte, los colectivos a los que se refiere la base cuarta del Acuerdo de la Mesa General, de 8 de mayo de 2020 (a saber: personas con menores de 14 años o personas dependientes a su cargo), podrán compatibilizar la prestación de servicio sin presencia física con una modalidad presencial del 20% de su jornada en cómputo semanal, hasta que se proceda a la reapertura ordinaria de los centros asistenciales, educativos o de conciliación familiar. Procede destacar que cuando la implantación del teletrabajo obedezca a circunstancias extraordinarias, a tenor del Decreto madrileño no estará limitada por las jornadas mínimas de actividad presencial, pudiendo establecerse que la prestación en teletrabajo se extienda hasta la totalidad de las jornadas semanales.

Por su parte, la Resolución de 17 de junio de 2020 contempla una modalidad no presencial de prestación de servicios que, lejos de facilitar una migración absoluta del centro de trabajo tradicional, la compagina con la modalidad presencial. En concreto, tasa el porcentaje que el personal al servicio de la Administración general del Estado debe continuar ejecutando de manera presencial en sus dependencias, con carácter general, en un mínimo del 20% de la jornada semanal presencial, que puede alcanzar hasta un máximo del 20% de pertenecer a alguno de los colectivos “priorizables” (*sic*). Basta atender a la composición de tales colectivos para constatar que uno de los propósitos primordiales estriba en hacer posible la conciliación de la vida profesional con la familiar motivada por la crisis sanitaria.

La alternancia entre trabajo presencial y trabajo a distancia preside también la normativa coyuntural aprobada para prevenir la propagación del virus causante de la COVID-19 en las diversas comunidades autónomas. Lo evidencia el Acuerdo balear, por el que se establecen turnos de trabajo presencial por días o semanas, dentro de la

jornada laboral establecida, “con el objetivo de evitar el riesgo de coincidencia masiva de personas en los centros de trabajo”, desarrollándose la prestación de servicios no presencial “mediante la modalidad de teletrabajo”. Serán los titulares de los órganos directivos, con el apoyo de los jefes de departamento o de servicio, quienes deban determinar la composición de los turnos, el tipo de rotación, aunque se advierte que cada unidad orgánica debe distribuir a su personal con dos o tres turnos rotatorios de trabajo presencial y de carácter diario o semanal, cuya composición debe tener carácter estable, garantizándose, en todo caso, el desempeño de los servicios esenciales. Además, la coexistencia del teletrabajo coyuntural, ejecutado por mor de la pandemia, con el implantado de forma estructural en la Administración pública obliga a que las disposiciones adoptadas de forma puntual regulen la distribución entre teletrabajadores habituales y teletrabajadores circunstanciales. Así, el Acuerdo balear obliga a tener en cuenta que las personas que tengan autorizada la prestación de sus servicios mediante la modalidad de teletrabajo, de acuerdo con el Decreto balear todavía vigente, mantendrán las condiciones de la autorización inicial, a la hora de establecer los nuevos turnos rotatorios de trabajo.

Este elemento locativo varía levemente en la normativa autonómica, que, como el Decreto riojano (art. 3) o el valenciano (art. 8), lo circunscribe al “domicilio particular” del empleado (art. 3). Con ello, se introduce un referente geográfico que permite acotar el teletrabajo al realizado desde el domicilio, denotando su clara alineación con las medidas que posibilitan compatibilizar el cumplimiento de la prestación con la asunción de responsabilidades de índole familiar o doméstica. En el otro extremo figura el Decreto castellanoleonés, que elude fijar referente alguno, permitiendo la prestación de servicios desde la “oficina a distancia”, que puede o no estar ubicada en el domicilio particular del empleado (art. 2.1). Es de advertir, sin embargo, que la libertad de elección del lugar de trabajo se supedita a su consignación en el documento de compromisos. A su vez, el Decreto madrileño opta también por abarcar las diversas subespecies de teletrabajo siempre que el lugar elegido sea compatible con las medidas de prevención de riesgos laborales, con la protección de los datos empleados en su trabajo y con la seguridad de los sistemas informáticos de la Administración de la Comunidad de Madrid (art. 2).

Asimismo, con el propósito de combatir los efectos adversos, personales y organizativos, derivados del aislamiento del empleado, el Decreto catalán proyecta la creación de espacios de cotrabajo que, “además de facilitar el acercamiento de las sedes de trabajo al domicilio del personal, tienen que permitir el fomento de la interrelación entre los empleados públicos y la generación de dinámicas de trabajo colaborativo y sinergias”. Surge así una nueva modalidad de trabajo en remoto diverso al ejecutado desde el domicilio, cuya idoneidad para fijar población en entornos deshabitados resulta innegable.

Por último, el elemento instrumental persiste como característico en la normativa básica y autonómica. Nótese, empero, que la Resolución de 17 de junio de 2020 omite aludir al desempeño del puesto de trabajo mediante las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, lo cual permitiría incluir cualesquiera modalidades

de trabajo a distancia. No obstante, el contenido competencial de aquellos puestos de trabajo susceptibles de ser desempeñados extramuros de las dependencias administrativas dificulta ejecutarlos al margen de unas tecnologías cuyo uso era ya cotidiano en su modalidad presencial.

2.3 Voluntariedad

Reproduciendo uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el marco europeo de referencia, el artículo 47.bis EBEP preceptúa la voluntariedad y reversibilidad del teletrabajo que, en el ámbito privado, se refleja en el acuerdo entablado entre el trabajador y su empleador. Sin embargo, cuando este es una Administración pública, la formación de su voluntad está sometida al principio de legalidad (arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución española, en adelante, CE). Puesto que la vinculación positiva de la Administración a la legalidad convierte “el proceso de producción jurídica en un proceso de *legis executio* paulatina a partir de la norma fundamental”²³, su anuencia no puede sino orientarse a la consecución de los intereses generales (art. 103.1 CE)²⁴ y cuya satisfacción prevalece sobre la del interés particular del empleado. A tal efecto, su implantación vendrá “supeditada a que se garantice la prestación de los servicios públicos y [...] el cumplimiento de las necesidades del servicio” (preámbulo RD-ley 29/2020). Lo anterior obliga a valorar, en primer término, si el “contenido competencial del puesto de trabajo hace posible desarrollar la prestación en régimen de teletrabajo”, juicio de posibilidad en el que deberán tomarse en consideración otros aspectos como la evaluación y planificación de la actividad preventiva y la formación en competencias digitales del empleado. Pero, concluida su viabilidad, debe añadirse un segundo juicio de eficacia, en virtud del cual su implantación solo procederá cuando “las necesidades del servicio lo permitan” (preámbulo RD-ley 29/2020), sin que con ello se arriesgue el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las administraciones públicas. La emisión de ambos juicios se articula a través de un procedimiento de autorización expresa basado en “criterios objetivos para el acceso” (preámbulo RD-ley 29/2020) cuya concreción dependerá del desarrollo normativo.

2.3.1 Juicio de posibilidad

En la actualidad, la normativa autonómica pendiente de adaptarse al marco diseñado por el artículo 47bis EBEP hace depender su viabilidad, en primer lugar, de la indiferencia del lugar de trabajo para el correcto desempeño de la prestación; y, en segundo término, del grado de autonomía que requiera su cumplimiento. Lo primero obliga a descartar puestos de trabajo que requieran la presencia física del empleado, como los de registro y atención e información al ciudadano, a los que alude el Decreto vasco (art. 4), los que comporten labores de conducción (Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan las instrucciones relativas al desarrollo de la

Orden de 20 de diciembre de 2013 por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia –en adelante, Resolución gallega–) o los que supongan el manejo de documentación no informatizada (art. 7 del Decreto madrileño). El Decreto valenciano excluye también el personal de emergencias, los destinados en residencias y centros de atención a personas mayores dependientes o con diversidad funcional, centros de recepción y acogida de menores, centros de reeducación, comedores sociales, centros especializados de atención a mayores, centros de evaluación y orientación de discapacitados (art. 4).

Quedan, por tanto, disponibles aquellos otros cuyas funciones sean de índole intelectual, aunque el Decreto balear (art. 3) impida que su ejecución conlleve el “transporte de documentación en papel que contenga datos confidenciales o protegidos por la normativa de protección de datos de carácter personal”. Por ello descarta algunos habitualmente incluidos, consistentes en “la elaboración de informes, de normativa, de estudios, la asesoría o la corrección y traducción de documentos”, en aras de una confidencialidad y de una protección de datos de carácter personal difíciles de salvaguardar cuando se autoriza la prestación de servicios en un ámbito en el cual la Administración no ostenta control alguno sobre el acceso de personas ajenas a la organización.

Por la índole de sus funciones, el Decreto castellanomanchego (art. 2) y el Decreto vasco [art. 4.1.a)] consideran inidóneos los puestos que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, e inspección, las jefaturas de servicio de las unidades administrativas, añadiendo el Decreto valenciano (art. 4) y el extremeño (art. 4) los provistos mediante libre designación. Curiosamente, este último excluye también los de naturaleza eventual (art. 4), quizá por el esfuerzo organizativo que conlleva el tránsito hacia esta modalidad, difícilmente amortizable cuando el puesto de trabajo en cuestión dejará de existir en un breve plazo.

Además del contenido funcional, la autorización del teletrabajo también se ha hecho depender de la aportación, por parte del solicitante, de un espacio adecuado para la ejecución de la prestación, que “cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral” [art. 5.1.d) Decreto valenciano y, en el mismo sentido, art. 20 del Decreto castellanoleonés]. Esta exigencia no contraviene lo dispuesto por el artículo 47bis.4 EBEP, que solamente obliga a la Administración pública a proporcionar y mantener “los medios tecnológicos necesarios para su actividad”, aunque suponga desplazar sobre el empleado costes y funciones propias del empleador, consecuencia que sí se ha propuesto atajar el Real decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia²⁵, al contemplar en su artículo 12 el derecho al abono y compensación de los gastos generados por los “medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”. Aunque el Acuerdo marco admita que se pacte la utilización del equipo propiedad del trabajador, excepción a la regla general que redundaría en perjuicio del empleado²⁶, con la entrada en vigor de esta norma se pretende restaurar uno de los presupuestos del trabajo subordinado, cual es la ajenidad en los medios²⁷. Nótese, sin embargo, que la concreción de los mecanismos

encargados de la determinación y compensación o abono de estos gastos incumbe a la negociación colectiva²⁸.

Así, la adaptación de la normativa autonómica no ha de modificar lo preceptuado en el Decreto extremeño, que demanda que el empleado disponga “de un espacio de trabajo adecuado a las funciones a desempeñar”, como requisito para conceder la autorización [art. 14.1.d)]. En la misma línea, el artículo 2 del Decreto castellanoleonés obliga a que la “oficina a distancia” elegida por el empleado disponga “de los medios tecnológicos necesarios para realizar las funciones propias de su puesto de trabajo y en el que quedarán garantizadas las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de privacidad y de confidencialidad de los datos”. De esta forma, el tránsito hacia esta modalidad de prestación se configura como disponible solo para quien acredite una exigencia que no depende de su mérito o capacidad intelectual, sino económica.

Sí se confirma la evolución normativa que obliga a la Administración pública a aportar los útiles de trabajo en el artículo 16 del Decreto madrileño, aunque el empleado deba asumir la conexión a internet compatible. Persiste, no obstante, en el Protocolo andaluz, que estipula que, si la persona no dispone de dichos medios y la Administración no se los pudiera suministrar en ese momento, no podrá optar a esta modalidad de trabajo (art. tercero), como también lo hacen las restantes normas con la excepción del Decreto vasco y el valenciano. Incluso el artículo 3 del reciente Decreto catalán, si bien matiza en su artículo 8.1 que “el departamento de adscripción o el organismo autónomo que corresponda evaluará la viabilidad de poner a disposición de los empleados las herramientas y los medios que considere necesarios y adecuados para la prestación de los servicios en la modalidad de teletrabajo”, aunque es claro al imputar los gastos de conexión al empleado. Se trata de disposiciones destinadas a ser adaptadas a la normativa básica, lo que impedirá repercutir sobre el empleado ciertos costes organizativos, contribuyendo a la vez a una mayor seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal y a la protección de cualquier información confidencial, como reconoce el preámbulo del Decreto valenciano.

El grado de autonomía necesario para el cumplimiento de la prestación dependerá no solo de las funciones inherentes al puesto de trabajo, sino también de las características del empleado, como su formación²⁹, su experiencia³⁰, su capacidad para realizar el trabajo sin una supervisión directa continua o para planificar su trabajo y gestionar los objetivos establecidos³¹.

2.3.2 Juicio de eficacia

Aun siendo viable, la prestación de servicios en una modalidad no presencial puede llegar a denegarse de concurrir algún obstáculo que impida una actuación eficiente de la Administración, en cuyo caso el interés del trabajador cederá ante el interés general. Constituyen causas de denegación la concurrencia de razones organizativas, la existencia de limitaciones de las infraestructuras tecnológicas, y, en general, cualesquiera necesidades del servicio que desaconsejen su implantación. Dan fe de lo anterior

también las causas que permitan revertir la implantación del teletrabajo. Mientras que la voluntad del trabajador comunicada con cierta antelación³² basta para tornar a la prestación presencial de servicios, la de la Administración ha de fundarse en alguna de las contempladas en la norma.

Algunas tienen que ver con la prestación del trabajador, como el incumplimiento de los objetivos establecidos (art. 12 del Decreto riojano y 25 de la Orden gallega), la no adopción por parte del empleado de las medidas preventivas y correctoras recomendadas por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales o su negativa a permitir que su personal efectúe la comprobación del cumplimiento de dichas medidas (art. 12 del Decreto riojano) o la no adopción de las medidas recomendadas en materia de confidencialidad en el tratamiento de la documentación y protección de datos de carácter personal (art. 19 del Decreto extremeño). Pero también se admiten otras tendentes a salvaguardar el interés general. A menudo estas necesidades son sencillas de identificar, como acontece cuando derivan de un fallo informático (art. 8.6 del Decreto extremeño o art. 5.5 del Decreto catalán, si bien algunos supuestos suelen justificar la mera suspensión de la prestación en remoto), aunque habitualmente el fundamento jurídico estriba en la satisfacción de las “necesidades del servicio”.

La indeterminación de tales necesidades concede a la Administración pública cierto margen de apreciación presente, tanto en la fase de autorización como en la de revocación. Aunque no resulten cuantificables, su determinación tampoco da cabida a la discrecionalidad administrativa, sino que implica un juicio de valor de índole técnica cuya emisión compete, en primer término, a la Administración pública, atribuyéndole así “cierta presunción en favor de su juicio”³³ que de ningún modo alcanza hasta excluir su posterior control³⁴, incluso en esa “zona de incertidumbre” del concepto donde la Administración ha de perseguir “la razonabilidad en su decisión”³⁵. Así, a la pluralidad de soluciones válidas dimanantes del ejercicio de la potestad discrecional, cabe anteponer aquí una única decisión justa, que resultará de la aplicación de una norma que, si bien “ha sido configurada con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, [...] su precisión [resta] indeterminada”³⁶.

Procede, por último, mencionar que este “carácter voluntario y reversible” puede desaparecer en “supuestos excepcionales debidamente justificados [...] en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente” (art. 47bis.2 EBEP). Adelantándose a esa mención, que brinda cobertura al teletrabajo impuesto o “forzoso” implantado en tiempos de pandemia, el artículo 14 del Decreto madrileño prescinde de esta voluntariedad por razones de emergencia sanitaria, circunstancias de fuerza mayor o prevención de riesgos laborales. Pero también ante la concurrencia de otro tipo de circunstancias donde es más difícil de apreciar la justificación de su aplicación forzosa, como la realización de obras o traslados en los edificios administrativos.

2.4 Igualdad de derechos

A tenor del artículo 47bis EBEP, “el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial”, haciendo especial mención a “la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial”. No obstante, teniendo en cuenta que el presupuesto locativo fue el determinante de la nueva forma de organización del trabajo para la cual se articuló esta rama del ordenamiento jurídico, numerosos serán los derechos cuyo contenido deba diferir del aplicable al trabajador presencial.

2.4.1 Prevención de riesgos laborales

Con el tránsito hacia la prestación en remoto cambian los riesgos a los que se expone un trabajador que ha dejado de integrarse en un entorno físicamente construido por el empresario para tornar a su propio domicilio, pero en condiciones bien distintas que el artesano de una era preindustrial. El trabajador que ahora nos ocupa, además de quedar a merced de los riesgos inherentes a la prestación de servicios en un ámbito doméstico, no concebido para el trabajo, se verá expuesto a otros de nuevo cuño, derivados de un vínculo de subordinación que, lejos de debilitarse, se ha recrudecido al amparo de las nuevas tecnologías.

La especial protección que merece el lugar de trabajo cuando se ubica en el domicilio del empleado desplaza sobre él cierta responsabilidad en cuanto a la evaluación de los riesgos presentes y a la adopción de las medidas preventivas. Por ello, en la normativa autonómica se prevé el deber de proporcionarle información acerca de los riesgos, así como una formación inicial destinada al acondicionamiento del puesto de trabajo (art. 18 del Decreto riojano). Asimismo, el artículo 16 del Decreto vasco dispone que el Servicio de Prevención facilitará al personal que se acoja a la modalidad de teletrabajo la evaluación de riesgos de su actividad, la formación y la información necesaria en materia de seguridad y salud laboral para evitar los riesgos laborales o, si son inevitables, minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias. También recibirán asistencia telefónica cuando lo precisen. Por su parte, el Decreto balear dispone que la Administración informará a la persona teletrabajadora de “la política de la empresa³⁷ en materia de salud y seguridad en el trabajo, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos, que deberá aplicar correctamente” (*sic*). Por añadidura, incumbe al empleado “rellenar el cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para el puesto de teletrabajo (art. 11.5), cuya cumplimentación también prevé el Decreto madrileño (art. 17).

Igualmente, se podrá solicitar del servicio de prevención de riesgos laborales el examen del puesto de trabajo en su domicilio particular. Esta voluntariedad en la inspección también parece deducirse del artículo 9.2 del Decreto balear, que permite al empleado

solicitar que se realice una inspección domiciliaria a fin de comprobar las condiciones alegadas en el cuestionario de valoración que previamente debe cumplimentar. No obstante, a renglón seguido reconoce que “las condiciones del puesto de trabajo también podrán ser objeto de revisión y análisis durante toda la vigencia del programa, previa comunicación a la persona interesada”, aunque debe entenderse necesaria su autorización para acceder a su domicilio. En el mismo sentido, el Decreto extremeño permite realizar una “valoración presencial del citado entorno cuando así lo solicite la persona teletrabajadora”, pero también “cuando el propio Servicio de Prevención lo considere necesario, y siempre previa comunicación a la persona teletrabajadora” (art. 11.1). También la norma gallega prevé la posibilidad de acordar una inspección presencial en el domicilio del trabajador, contando previamente con su autorización (véase la Resolución gallega). Habida cuenta de la especial protección de la que es acreedor el ámbito donde se ejecuta la prestación de servicios, inviolable, a fin de proteger la intimidad del trabajador y de su familia³⁸, cabe destacar la adecuación de esta última postura.

Además, según el Decreto riojano, en el caso de que el servicio de prevención recomienda adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, será responsabilidad del personal teletrabajador su implantación, como acontece también en la regulación vasca (art. 16) y extremeña (art. 11) del teletrabajo.

Sobre la formación, el Decreto vasco preceptúa la asistencia obligatoria a una sesión formativa, que será objeto de evaluación, donde se le indicará el modo de acondicionar su puesto de trabajo, instruyéndolo acerca de “las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos”. Además, se prevé la organización de actividades formativas por parte del Instituto Vasco de Administración Pública (art. 17 Decreto vasco).

Preocupa, como riesgo específico derivado del uso intensivo de las nuevas tecnologías bajo esta modalidad de prestación de servicios, la recepción de comunicaciones relativas al puesto de trabajo durante los períodos de descanso. Como escudo, se esgrime el derecho a la desconexión que el artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales³⁹ –en adelante, LOPDGDD–, reconoce también a los empleados públicos. Difuminadas las referencias espaciotemporales que antaño encuadraban la ejecución de sus funciones, el teletrabajador ha de atender a la consecución de unos objetivos para dar cumplimiento a la prestación debida. Por ello, en el trabajo a distancia “los elementos estructurales de la prestación se convierten [...] en una variable dependiente del empleo material y espacial de dispositivos técnicos, cuyas terminales dilatan, a su vez, los contenidos prestacionales y los límites funcionales de la actividad contratada”⁴⁰.

Pese a reconocer este derecho, el artículo 88 LOPDGDD elude concretar el haz de facultades que aquel podría conferir a los empleados públicos. Emplaza, en su lugar, a la negociación colectiva a definir sus “modalidades de ejercicio”, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral, razón por la cual ha considerado “un derecho cuya realización está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo

informal de empresa”⁴¹, previsión que, en decir de la doctrina, “no presenta mayores dificultades en su aplicación en el sector público, puesto que el artículo 37.1 m) EBEP incluye entre las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva «las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos [...]»⁴².

A falta de regulación convencional sobre de tal extremo, o como complemento de aquella, se prevé la elaboración de una “política interna”, destinada a la definición de las modalidades del ejercicio de este derecho, pero también al diseño y aplicación de acciones de formación y sensibilización acerca del “uso razonable de las herramientas tecnológicas” con el propósito de evitar “el riesgo de fatiga informática”. Así configurado, este derecho supone una doble limitación: para el empresario, por cuanto implica el reconocimiento de un derecho del empleado a no atender sus requerimientos fuera del tiempo de trabajo; y para el trabajador, por cuanto le impone cierta contención en el uso de las herramientas digitales⁴³. El primero, a su vez, asume una obligación positiva y otra negativa, consistentes, respectivamente, en “elaborar una política interna dirigida a los amparados por la garantía, donde deberán definirse las modalidades de su ejercicio y las acciones concretas de formación y de sensibilización” al respecto; y en “cumplir el Protocolo pactado, absteniéndose de realizar o entablar comunicación alguna fuera de [dichos] términos”⁴⁴. Es de advertir la necesidad de evacuar consulta con los representantes de los trabajadores en caso de acometer el desarrollo de esta “política interna” llamada a paliar la negociación fallida de una norma convencional o como desarrollo de aquella⁴⁵.

Dado que la LOPDGDD hace especial hincapié en la preservación del derecho a la desconexión digital “en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”, sorprende que la normativa *new wave* se limite a enunciarlo, sin concretar las medidas en las que se ha de traducir⁴⁶. Curiosamente, es el Protocolo andaluz, que nace con vocación circunstancial, el más preciso, al exigir que se consigne en la planificación del teletrabajo “la disponibilidad para atender durante la misma correos electrónicos, llamadas, videoconferencias y resto de conexiones *online* requeridas” (art. tercero).

Sin embargo, el riesgo de aislamiento que se cierne sobre el empleado justifica también mantener abiertas vías de comunicación incluso durante el período de trabajo no presencial. Se regulan así períodos y modalidades de interconexión cuyo reconocimiento obedece también, e incluso de forma preferente, a la necesidad de garantizar la correcta prestación del servicio. Así, el artículo 8.5 del Decreto vasco y el artículo 7.2 del Decreto valenciano permiten fijar períodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo, pudiendo coincidir con unas franjas horarias determinadas, en las que las necesidades del servicio hagan conveniente la intercomunicación entre la Administración y el empleado. También el Decreto balear alude a los períodos mínimos de interconexión, que han de tener lugar dentro de la franja fija del horario, aunque también autoriza acudir a otros adicionales fuera de esta franja, durante los cuales el empleado

debe estar disponible para el supervisor y para el resto del personal. No obstante, y para que ello no obre en detrimento de su derecho a la desconexión, estos períodos se acordarán periódicamente con el supervisor, teniendo en cuenta la propuesta del solicitante, a menos que se decida, motivadamente, otra cosa, según las necesidades de los servicios o la concurrencia con otras personas teletrabajadoras (art. 5.3 Decreto balear).

Avanzando un paso más en este sentido, el artículo 7 del Decreto valenciano llega a permitir imponer el deber de acudir al centro cuando las necesidades del servicio así lo demanden, siempre que se requiera la presencia del empleado con una antelación mínima de veinticuatro horas, como también lo hace el Decreto castellanoleonés, debiendo dejarse constancia de tales circunstancias en el plan individual de teletrabajo (art. 15.6). Por su parte, el artículo 21 del Decreto madrileño reconoce que, excepcionalmente y por razones surgidas de las necesidades del servicio y expresamente justificadas, la Comunidad de Madrid podrá requerir la presencia física en las dependencias administrativas del empleado que tuviera previsto prestar ese día su servicio en régimen del teletrabajo, pero en la franja horaria de obligado cumplimiento que, con carácter ordinario, tenga asignado su puesto de trabajo y siempre y cuando se le avise con al menos cuarenta y ocho horas de antelación, salvo que por razones de fuerza mayor no sea posible llevar a cabo el aviso en tales condiciones.

2.4.2 Tiempo de trabajo

El teletrabajo trastoca el modo tradicional de mensurar la prestación debida. Así lo reconoce el artículo 8.5 del Decreto vasco cuando afirma que, si bien el teletrabajo “por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación ni horaria ni de jornada”, sí conlleva “una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios”. Por ello, resulta frecuente que comporte su distribución irregular (art. 14 del Decreto riojano). Con mayor contundencia se pronuncia la Resolución gallega⁴⁷, que descarta la exigencia del “fichaje” toda vez que “su desarrollo se llevará a cabo en función de los objetivos señalados por la unidad”.

También en esta materia se entrevé el protagonismo recobrado por la autonomía de la voluntad cuando se permite fijar el cumplimiento de la jornada mediante acuerdo alcanzado con el empleado. Así lo autoriza el artículo 5.3 del Decreto extremeño, abriendo un aparente cauce para la negociación que, empero, se ve matizado cuando supedita la conclusión del acuerdo al contenido que “aconseje la mejor prestación del servicio”, propósito que ha de inspirar la voluntad de la Administración. De modo similar, el artículo 8 del Decreto vasco deja al acuerdo individual “la distribución de la jornada semanal de trabajo”, que se determinará “en función de las necesidades de servicio y las necesidades de la persona teletrabajadora”, resolviendo, en caso de discrepancia, el órgano competente en materia de personal, siguiendo los criterios que establezca al respecto la Dirección de Relaciones Laborales. También en el Decreto madrileño, donde se encarga al acuerdo suscrito entre el empleado público y la unidad administrativa a la que esté adscrito la fijación de la distribución de la jornada semanal entre días de

prestación en régimen de teletrabajo y días de prestación presencial, con el visto bueno del titular del centro directivo, si bien su determinación se supedita, como no podría ser de otro modo, a la satisfacción de las necesidades del servicio (art. 21).

Pese a la flexibilidad inherente a esta modalidad de prestación de servicios, persisten sistemas de control de la jornada, como el que establece el Acuerdo balear, que impone a las personas que realicen teletrabajo el deber de fichar como trabajo externo, concretando como motivo “teletrabajo COVID-19”, o la Resolución de 1 de octubre de 2020, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, por la que se aprueba y ordena la publicación del Pacto de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, de 25 de septiembre de 2020, por el que se aprueba el desarrollo del Protocolo de medidas organizativas para la aplicación temporal del régimen de trabajo no presencial en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, aprobado por la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía en fecha 14 de septiembre de 2020⁴⁸ (en adelante, el desarrollo del Protocolo andaluz), que prevé la realización de fichajes al inicio y al final de la jornada, así como el control del tiempo de conexión (art. segundo). Lo anterior casa con la vocación transitoria de unas normas que todavía no han incorporado la transformación organizativa que se plasma en la superación de tales sistemas de control, en pos de un cumplimiento basado en la consecución de objetivos preestablecidos.

Deviniendo el módulo temporal insuficiente para mensurar la prestación debida en esta modalidad de prestación de servicios, para un tránsito hacia una implantación del teletrabajo flexible que no obre en detrimento de los derechos del empleado, procederá combinar el registro de la jornada con la implantación de otros sistemas de control encaminados a constatar el rendimiento del trabajador.

2.4.3 Control de la prestación debida

La “licuefacción de los códigos espaciotemporales”⁴⁹ en la prestación de servicios ha producido una profunda transformación del vínculo de subordinación, que acusa una aparente relajación a la luz de preceptos como el artículo 7.2 del Decreto valenciano, donde se dispone que, “con carácter general, el control del trabajo se realizará atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados”. E incluso parecen surgir nuevos cauces para la negociación individual del contenido de la prestación. Así se constata en el artículo 8 del Decreto vasco, donde se prescribe que el acuerdo entre la persona responsable de la unidad administrativa y el empleado será el que determine las tareas a realizar y los resultados a obtener durante el desarrollo de la jornada de trabajo bajo la modalidad no presencial. También en el documento de compromisos previsto por el Decreto castellanoleonés (art. 2.8) se describirá, entre otros extremos, la forma de organización del trabajo, así como el compromiso de mantener permanentemente actualizado el plan individual de teletrabajo. No obstante, su validez requiere el informe favorable del supervisor, lo que resta importancia a la voluntad del trabajador en la

consecución de un acuerdo cuya validez estará supeditada a la autorización unilateral de la Administración, en cuya emisión deberá prevalecer el interés general concretado en la correcta satisfacción de las necesidades del servicio⁵⁰.

La aparente autonomía que otorga la ejecución no presencial de la prestación de servicios robustece, como no podría ser de otro modo, las facultades de control del empleador, exigiendo de él un papel activo no solo en la previsión y diseño de los objetivos a alcanzar, sino también en la comprobación de su adecuado cumplimiento. Así, el Decreto balear, encomienda a la persona encargada de supervisar la actividad del empleado la determinación de las tareas concretas que tendrán que llevar a cabo en esta modalidad de prestación de servicios; de los criterios de control de las tareas desarrolladas y de los sistemas de indicadores o mecanismos de medida, en su caso, que permitan comprobar que dichos objetivos se han cumplido, atribuyéndole el seguimiento del trabajo desarrollado de acuerdo con los objetivos y resultados que se tengan que alcanzar (art. 9). No obstante, obliga al trabajador a rendir cuentas mediante el envío de correos electrónicos de control al acabar y empezar (art. 9).

Abogando por métodos más sofisticados, el artículo 8.2 del Decreto castellanomanchego introduce la posibilidad de utilizar los medios tecnológicos como instrumento de control del trabajo realizado, pero solo con carácter “adicional”, siendo general y preferente el control o evaluación del rendimiento atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados. Asimismo, el artículo 20 del Decreto madrileño permite acudir a medios telemáticos como instrumentos de control adicional para verificar y comprobar los tiempos de conexión y los trabajos realizados. A tal efecto, “La Comunidad de Madrid se reserva el uso de herramientas informáticas y procedimientos que, salvaguardando en todo momento la intimidad del trabajador, permita hacer un seguimiento y comprobación del trabajo que se está” realizando a lo largo de la jornada de trabajo”. Brilla por su ausencia, sin embargo, una concreción de los derechos digitales destinados a preservar dicha intimidad.

Asimismo, se percibe la introducción de mecanismos que permiten fiscalizar el control llevado a cabo por el empleador. Sucede cuando se obliga a la Administración a dejar constancia por escrito del seguimiento realizado, con base en los criterios de control de las tareas desarrolladas y de los sistemas de indicadores o mecanismos de medición que determinen el cumplimiento de los objetivos, extremos que el artículo 7.1 del Decreto extremeño impone notificar al empleado. Además, la misma norma prevé la creación de una Comisión Técnica de Seguimiento del Teletrabajo (art. 12), como también lo hace el artículo 25 del Decreto castellanoleonés, que la denomina “Comisión de Seguimiento del Teletrabajo”; el Decreto catalán, que alude a la “Comisión de Evaluación del Teletrabajo”; el Decreto madrileño, que atribuye funciones a la “Comisión Interdepartamental” y a la “Comisión de Seguimiento”; y, entre las normas coyunturales, la Comisión Técnica de Seguimiento, prevista por el artículo séptimo del desarrollo del Protocolo andaluz.

2.4.4 Formación

El éxito del cambio en la forma de prestar y organizar el servicio descrita depende en buena parte de la formación proporcionada al empleado, cobrando especial relevancia la dispensada al encargado de supervisar la prestación⁵¹. Así, por ejemplo, el artículo 17 del Decreto vasco dispone la impartición de formación “acerca de la redacción, gestión y evaluación de objetivos y sobre elaboración de indicadores y resultados esperados”, tanto para los empleados como para “las personas que asuman la supervisión de teletrabajadores”⁵². En el mismo sentido se pronuncia la Orden gallega, cuyo artículo 16 prevé una formación al trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, protección de datos, confidencialidad e incluso soportes telemáticos a emplear. Al tiempo, prevé la formación acerca de “técnicas de dirección por objetivos, planificación y gestión, al personal responsable de los empleados/as públicos/as que presten servicios en esta modalidad de teletrabajo” (art. 16)⁵³.

De todo lo anterior se deduce un cambio trascendental en la forma de prestar servicios donde adquiere cierto protagonismo la capacidad de organización de un empleado que también ha ganado en responsabilidad, recayendo sobre él la de cumplir un encargo cuya definición deviene a menudo difícil por la distancia que media entre él y el empleador. Para que esta no dé pábulo a nuevos riesgos, procede intensificar la labor formativa de la Administración al personal encargado de dirigir la ejecución de la prestación, pues ya hay quien ha advertido, con acierto, de que el tránsito hacia un trabajo a distancia “por objetivos es una bomba de relojería que activa insidiosamente la espoleta del exceso, el sobreesfuerzo y la autoexplotación”⁵⁴. Solo así quedará garantizada una implantación del teletrabajo acorde con las exigencias de la evolución hacia la Administración digital sin que ello obre en detrimento de los derechos del empleado.

2.4.5 Instrumentos de trabajo

Procede, por último, hacer mención a la titularidad de los instrumentos de trabajo. El artículo 47bis.4 EBEP obliga a la Administración pública a proporcionar y mantener los medios tecnológicos necesarios para su actividad, como también lo hace el artículo 14 del Decreto vasco. Precursor en imponer a la Administración el deber de proporcionar los útiles informáticos de trabajo, no fue en consonancia con la posición mayoritaria seguida por otras normas autonómicas, indefectiblemente abocadas a su derogación. Procede traer a colación preceptos como el artículo 4.1.e) del Decreto balear, por el que se confirma como requisito para acceder a la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo “disponer [...] del equipo informático”, amén de los sistemas de comunicación, y mantenerlo, correspondiéndole también la solución de cualesquiera incidencias, salvo aquellas que resulten imputables a los sistemas informáticos de la Administración. También el artículo 5.e) del Decreto castellanomanchego, que exige a quien desee teletrabajar “disponer o adquirir el compromiso de tener un ordenador personal con un software compatible con el establecido por la Administración y de una

conexión adecuada, asumiendo el empleado la solución de toda incidencia relativa al equipo informático. Asimismo, artículo 14.d) de la Orden gallega contempla la necesidad de que el personal disponga de un equipo informático básico con acceso a internet y acceso remoto a la red corporativa de la Xunta de Galicia, asumiendo el empleado la solución de las incidencias que pudieran afectarle”. Aportando sus propios medios y las conexiones necesarias, el Decreto riojano obliga a la Administración a proveer al empleado “de servicios técnicos adecuados [...] para que pueda realizar el trabajo desde su domicilio”, precisión que no empece la necesidad de revisar este desplazamiento de costes hacia el trabajador, considerándose también digno de censura valorar la aportación de los medios técnicos de los que el empresario disponga en su domicilio como criterio de prelación (art. 7 del Decreto riojano).

Asimismo, el Decreto balear obliga al empleado a facilitar su número de teléfono de contacto personal, además de aportar el terminal y línea propios, asumiendo su coste. También el Decreto extremeño⁵⁵ (art. 8.4) y el valenciano obligan a facilitar un número de teléfono de contacto “para mantener la comunicación precisa en la prestación del servicio” (art. 8.4).

Parece marcar un punto de inflexión el Decreto valenciano, cuyo preámbulo invoca serias “razones basadas en el marco de la obligada protección de datos y de la seguridad en el tratamiento de la información”, que “aconsejan que sea la Administración la que analice y proporcione el equipo informático necesario” al empleado, que “será preparado con las aplicaciones necesarias para la prestación del servicio en régimen de teletrabajo”. Congruente con lo anterior es su artículo 8, en virtud del cual se prohíbe al empleado utilizar una conexión informática que pueda poner en riesgo la seguridad de la comunicación, como son “las ofrecidas por tiendas, hostelería, lugares públicos u otros tipos de establecimientos comerciales y, en general, de aquellas redes de comunicaciones compartidas al público en general”; este erige en requisito para autorizar la prestación de servicios a distancia disponer de un lugar que “cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral” [art. 5.1.d)], como también lo hace el artículo 20 del Decreto castellanoleonés, extremo que no contraviene el artículo 47bis EBEP, pero cuya exigencia supone, como se ha avanzado, desplazar sobre el empleado costes y funciones propias del empleador.

No obstante, esta evolución es meramente aparente, dado que el Decreto extremeño, inmediatamente posterior al valenciano, retoma la obligatoriedad de aportar los instrumentos de trabajo por parte del empleado, quien, a su vez, asume la resolución de toda incidencia procedente de su equipo informático (art. 8.2 y 3), como también lo hace el Decreto castellanoleonés (art. 5.1 y 19). También lo hace el artículo 3 del reciente Decreto catalán, si bien matiza en su artículo 8.1 que “el departamento de adscripción o el organismo autónomo que corresponda evaluará la viabilidad de poner a disposición de los empleados las herramientas y los medios que considere necesarios y adecuados para la prestación de los servicios en la modalidad de teletrabajo”, aunque es contundente al imputar los gastos de conexión al empleado. Persiste en su exigencia

el desarrollo del Protocolo andaluz, pues, si la persona no dispone de dichos medios y la Administración no se los puede suministrar en ese momento, no podrá optar a esta modalidad de trabajo (art. tercero).

Sí se confirma en el artículo 16 del Decreto madrileño, que prevé la aportación por parte de la Administración del equipo informático y las aplicaciones necesarias, debiendo el empleado asumir la conexión a internet compatible (art. 16). Sin embargo, se advierte que este derecho no podrá suponer con carácter general una duplicación de medios a disposición del empleado, en función de las jornadas con actividad presencial y de las jornadas en régimen de teletrabajo. No obstante, normas como el Decreto extremeño demandan que el empleado disponga “de un espacio de trabajo adecuado a las funciones a desempeñar”, dejando en evidencia el desplazamiento de costes hacia el teletrabajador, cuyo alcance puede suponer una minoración indirecta de las retribuciones a percibir⁵⁶ que no resolverá del todo la adaptación de la normativa autonómica al marco diseñado por el artículo 47bis EBEP.

3 CONCLUSIONES

La consecución del interés general condiciona el rol como empleador de las administraciones públicas. Por consiguiente, la regulación del teletrabajo se encaminará a la satisfacción de aquel sin olvidar la protección del empleado, persiguiendo un equilibrio difícil de alcanzar. Lejos de marcar un punto de inflexión, la entrada en vigor del artículo 47bis EBEP confirma el proceso en virtud del cual el teletrabajo se distinguió como un instrumento clave para adaptar la organización administrativa a las exigencias de esta nueva era tecnológica, supeditando la soberanía del empleado público sobre su tiempo y espacio de trabajo a la satisfacción de las necesidades del servicio. Sin embargo, la primacía del interés general sobre el particular del empleado no excluye el control sobre una decisión cuyo fundamento exige la determinación de dichas necesidades, concepto jurídico que, pese a su vaguedad, no concede margen alguno a la arbitrariedad administrativa.

Correlato de este propósito es la configuración del teletrabajo en las normas más recientes. Del teletrabajo a domicilio, destinado a compatibilizar el desempeño de las funciones del empleado con la asunción de sus responsabilidades familiares, se ha asistido a la aparición de otro, donde la libertad de elección del tiempo y el lugar de trabajo apenas está limitada por las exigencias derivadas de la seguridad en el tratamiento de la información. No sería de extrañar, pues, que la adaptación de la normativa existente al marco diseñado por el artículo 47bis EBEP prosiguiera en la dirección hacia un teletrabajo flexible y orientado a la obtención de unos objetivos razonables por el empleado e idóneos para agilizar la relación del empleador con el administrado. A tal efecto, el papel proactivo de la Administración en la organización del trabajo, el refuerzo formativo del empleado y de quien dirija su labor o la dotación de los medios necesarios para la ejecución de la prestación debida constituyen los principales retos a afrontar

por el desarrollo normativo que tendrá lugar durante los próximos meses. So pena de defraudar las esperanzas en él depositadas, dicho desarrollo ha de venir acompañado de una inversión imprescindible para culminar con éxito el largo y tortuoso periplo hacia la Administración digital.

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. y 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 el día 30 de septiembre de 2019).
- Megino Fernández, D. y 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.) y 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 trabajo es fruto del proyecto de investigación del 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, de 30 de septiembre de 2020.
- 3 Advertiendo su potencial para vencer la resistencia su implantación, véase Almonacid Lamelas, 2020: 1.
- 4 Disponible en el siguiente enlace: <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/secretaria-general-de-funcion-publica/Actualidad/2020/06/2020-06-17.html> (consultado el día 17 de octubre de 2020).
- 5 Como el Acuerdo de 14 de septiembre de 2020, que concreta las medidas de carácter organizativo y de prestación de servicios públicos en el ámbito de los servicios generales de la Administración de la Comunidad Autónoma y del sector público instrumental –en adelante, el Acuerdo balear– (BO. Illes Balears, de 17 de septiembre de 2020).
- 6 Véase el Acuerdo balear.
- 7 Así, la Resolución de 12 de mayo de 2020, de la Consejería de Presidencia, por la que se aprueban las Instrucciones de medidas preventivas y organizativas con motivo de la reincorporación del personal de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos (BOPA n. 91, de 13 de mayo de 2020), permite teletrabajar a quienes precisen aplicar medidas de conciliación de la vida laboral y familiar como consecuencia de la pandemia. Dando continuidad a las mismas, véase también la Resolución de 7 de septiembre de 2020, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se dictan instrucciones de carácter organizativo en materia de empleo público para la prevención de la COVID-19 mientras persista la declaración de crisis sanitaria establecida en el artículo 2.3 del Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio (BOPA n. 175, de 9 de septiembre 2020).
- 8 Como prevé la Resolución de 12 de mayo de 2020, de la Consejería de Presidencia, por la que se aprueban las Instrucciones de medidas preventivas y organizativas con motivo de la reincorporación del personal de la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos.
- 9 Posibilidad que confirma la Resolución de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Presidencia, por la que se dictan instrucciones de carácter organizativo en materia de empleo público para la prevención de la COVID-19 (BOPA n. 118, de 10 de julio de 2020).
- 10 BOJA n. 184, de 22 de septiembre de 2020.
- 11 BOCM n. 226, de 17 de septiembre de 2020.
- 12 BOE n. 261, de 31 de octubre de 2015.
- 13 BOIB n. 91, de 29 de junio de 2013.

- 14 Como también lo hace el Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat (DOCV n. 7828, de 14 de junio de 2016) –en adelante, Decreto valenciano–.
- 15 BO de La Rioja n. 154, de 13 de diciembre de 2013.
- 16 DOE n. 10, de 15 de enero de 2018.
- 17 DOG n. 249, de 31 de diciembre de 2013.
- 18 No en vano se ha concluido que la regulación del teletrabajo en Galicia fue esencialmente concebida como medida destinada a favorecer la conciliación de la vida personal y familiar y, solo de modo colateral, a alcanzar otros objetivos como la conservación del medio ambiente o la prevención de accidentes (Villalba Sánchez, 2018: 33).
- 19 No ratificado todavía por el Reino de España.
- 20 Arts. 2.1 del Decreto vasco y 1.2 del Decreto 57/2013, de 12/08/2013, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM n. 158, de 16 de agosto de 2013), en adelante, Decreto castellanomanchego.
- 21 Art. 21. del Decreto balear.
- 22 Véanse sendos arts. 2 del Decreto valenciano y del Decreto extremeño.
- 23 García de Enterría y Ramón Fernández, 2017: 485.
- 24 Sobre su alcance y control, véase García de Enterría Martínez-Carande, 1996: 79.
- 25 BOE n. 253, de 23 de septiembre de 2020.
- 26 Pérez de los Cobos, 2005: 1315.
- 27 Mella Méndez, 2003: 177; y Thibault Aranda, 2000: 55.
- 28 Sobre la dificultad de determinar qué gastos han de ser objeto de compensación, véase Sierra Benítez, 2020: 1.
- 29 Sobre la formación, el Decreto vasco exige que reúna los conocimientos informáticos y telemáticos, teóricos y prácticos, suficientes que requiere el desarrollo de las funciones de su puesto en la modalidad de teletrabajo [también exigido por el art. 4.1.f) del Decreto balear, que entenderá el requisito cumplido mediante una declaración responsable del solicitante], además de superar los cursos de formación del Instituto Vasco de Administración Pública relativos a la prestación del servicio en la modalidad no presencial. Procede destacar que el Decreto vasco y el riojano configuran la superación de las actividades formativas como un requisito necesario para acceder a la prestación de servicios en esta modalidad no presencial.
- 30 En aras de una mayor eficiencia en el tránsito hacia esta modalidad de prestación de servicios, se exige que el empleado ostente cierta experiencia en el desempeño de su puesto de trabajo. Así, en la Orden gallega, el personal empleado público debe contar con una antigüedad igual o superior a los dos años de servicio en el puesto de trabajo para el que se solicita el teletrabajo o, en su caso, acreditar la experiencia por prestación de servicios en puestos con funciones y tareas análogas a las del puesto para el que se solicita este derecho [art. 14.b)]. Más común resulta que la antigüedad requerida se cifre en un año (art. 6 del Decreto extremeño). En esa línea, el Decreto vasco y el Decreto valenciano (art.4) exigen haber desempeñado el puesto de trabajo en cuestión en los últimos dos años durante períodos que sumen, al menos, un año a la fecha de inicio de la prestación del servicio mediante teletrabajo. Parecido es el artículo 5.1 del Decreto castellanoleonés al exigir el haber desempeñado efectivamente el puesto de trabajo "u otro de contenido similar en la misma unidad administrativa durante un período mínimo de un año dentro de los últimos dos años". Menos exigente se muestra el Decreto balear, a tenor del cual basta con que se acredite el "desempeño efectivo mínimo de seis meses en el puesto de trabajo que pretende desarrollar mediante teletrabajo o en otro puesto con funciones análogas, siempre que en este último caso ya lleve un mes en el que ha de ejercer mediante teletrabajo" (sic). No obstante, cuando el solicitante se encuentre en alguna situación administrativa que lleve aparejada la reserva de puesto de trabajo, una vez solicitado el reingreso al servicio activo, se debe acreditar que se desempeñó efectivamente el puesto reservado durante un mínimo de seis meses, si hace menos de tres años desde que dejó de hacerlo. Y, si hace más de tres años, además tendrá que ocupar como mínimo el puesto en cuestión durante tres meses con posterioridad al reingreso, antes de acceder a prestarlo en la modalidad de teletrabajo [art. 4.1.b) Decreto balear]. Con ello se pretende evitar una desconexión temporal susceptible de provocar la pérdida de competencias requeridas para el dominio del puesto de trabajo. Ante la misma tesitura, el Decreto castellanomanchego, que exige un año de antigüedad en el puesto en cuestión, simplemente requiere haber desempeñado ese puesto durante el año inmediatamente anterior al pase a esa situación administrativa [art.5.b)]. Otra alternativa, por la cual se decanta el Decreto riojano, consiste en no exigir antigüedad alguna, pero valorar la permanencia del empleado como criterio de prelación en la concesión de la solicitud (art. 7).
- 31 Estos dos últimos introducidos por el artículo 6 del Decreto madrileño.
- 32 Que el Decreto balear cifra en 15 días anteriores a la fecha de finalización deseada.
- 33 García de Enterría Martínez-Garante y 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 Advuértase, una vez más, el inapropiado uso de una terminología procedente del ámbito empresarial.
- 38 Mella Méndez, 2015: 179.
- 39 BOE n. 294, de 6 de diciembre de 2018.
- 40 Alemán Páez, 2017: 6
- 41 Baylos Grau, 2019: 2
- 42 Taléns Visconti, 2019: 158; y Rodríguez Escanciano, 2019: 123 y ss.
- 43 Villalba Sánchez, 2020: 377.
- 44 Megino Fernández y Lanzadera Arencibia, 2020: 68.
- 45 Lantarón Barquín: 5.
- 46 Véase, p. ej., artículo 4.5 del Decreto catalán o el artículo 21 del Decreto madrileño.
- 47 DOG n. 155, de 18 de agosto de 2014.
- 48 BOJA n. 194, de 6 de octubre de 2020.
- 49 Utilizando la expresión acuñada por Alemán Páez, 2017: 1.
- 50 Elaboración de la programación también prevista por el artículo tercero del Protocolo andaluz en el Decreto catalán (art. 6). También el Decreto madrileño contempla la elaboración conjunta de un plan individual de trabajo donde se indicarán, al menos, "los objetivos para el período propuesto; el calendario, los controles y el sistema de indicadores que se aplicará a la medición del grado de consecución de los mismos; la descripción general del trabajo a realizar y de su forma de organización; la indicación de las jornadas concretas de teletrabajo y de actividad presencial; el empleado que vaya a efectuar la correspondiente supervisión; y cualquier otro extremo que se establezcan en las instrucciones de desarrollo o en el propio plan". En todo caso, el plan individual de teletrabajo habrá de incluir indicadores que permitan valorar el nivel de contribución del empleado público al logro de los objetivos establecidos para la unidad

de la que dependa, así como en relación con los resultados de los demás empleados que presten servicio en la misma, en orden a la correspondiente evaluación del desempeño (art. 20).

51 Álvarez Cuesta, 2020: 184.

52 Sobre la formación de las personas responsables en técnicas de dirección por objetivos, planificación y gestión, también se pronuncian los artículos 4.4 del Decreto castellanomanchego, artículo 9 del Decreto extremeño y artículo 18 del Decreto castellanoleonés.

53 El Decreto balear encomienda a la Escuela Balear de Administración Pública la acreditación de la cobertura adecuada del cuestionario relativo a las formas de cumplimiento de la jornada de trabajo no presencial, a la evaluación por objetivos, a la prevención en riesgos laborales, a la protección de datos, a la seguridad informática y a la confidencialidad administrativa, a rellenar por parte del empleado. Previamente, se pondrá a disposición de su personal un manual de teletrabajo con el contenido necesario para adquirir los conocimientos señalados, para que cumplimente el cuestionario antes de empezar cada nuevo período en la modalidad de teletrabajo. A su vez, se pondrá a disposición de las personas que tengan que cumplir las funciones de supervisoras un manual relativo a técnicas de evaluación, dirección por objetivos, planificación y gestión y formas de cumplir la jornada de trabajo no presencial (art. 12).

54 Alemán Páez, 2020: 18.

55 Si bien este impone a la Administración el deber de facilitar una cuenta de correo electrónico, las aplicaciones informáticas necesarias para el desarrollo de su trabajo cotidiano y un escritorio remoto, con acceso seguro VPN que reproduzca las condiciones de trabajo de un puesto físico del centro de destino (art. 8.5).

56 Villalba Sánchez, 2017: 244.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 405-420

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: 1887-5270

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

Editado bajo licencia 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)
Universidad 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)
Universidad 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 El previsible impacto de la COVID-19 sobre las finanzas públicas. 2.1 Estimación. 2.2 Naturaleza de la reacción del sector público. 3 Medidas extraordinarias para una situación excepcional. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A estas alturas, es probablemente redundante volver a incidir en el enorme impacto económico de la COVID-19, así como en lo inesperado de la misma. Ante un *shock* de esta naturaleza, el papel del sector público está claro: estabilizar la economía a través de los ingresos, básicamente de los estabilizadores automáticos, y de manera crucial en esta crisis a través también del gasto. El objetivo era, y todavía lo es en el momento de escribir este artículo (octubre de 2020), garantizar la liquidez de los agentes económicos (de ahí el papel crucial del gasto público no-financiero y financiero), evitando cierres empresariales y un aumento del desempleo. A pesar de la tremenda caída del PIB, creemos que esos objetivos han sido más o menos alcanzados¹, teniendo en cuenta que lo prioritario en una pandemia debe ser salvaguardar la salud pública.

Tal política fiscal solo podía tener una consecuencia: aumentar el déficit no financiero de nuestras administraciones públicas y, por ende, el nivel de la deuda pública. En épocas pasadas, y con niveles positivos de crecimiento, tal comportamiento era valorado negativamente por la sociedad y, más en concreto, por los agentes financieros. En la actualidad, el déficit y el consiguiente aumento de la deuda tienen una naturaleza coyuntural y, por lo tanto, distinta. Esa circunstancia, añadida al hecho de que los tipos de interés de la deuda pública eran y siguen siendo bajos y el apoyo financiero de la Unión Europea, ha hecho que el impacto, al menos a corto plazo, sobre nuestras finanzas públicas no haya afectado la credibilidad financiera de nuestro país. Esto es, provoca que nuestro nivel de deuda sea sostenible si los parámetros financieros actuales se mantienen dentro de sus valores actuales, cuando menos a medio plazo.

Ello, sin duda, da un respiro a nuestro sector público, lo cual es coherente con dejar que el impacto negativo de la crisis recaiga únicamente sobre el déficit. No obstante, este impacto no se distribuye de manera uniforme. Hay agentes económicos, ya sean empresas o individuos, que han podido obtener ganancias extraordinarias derivadas

de gastos e inversiones en sectores favorecidos por la crisis, en particular, pero no únicamente, aquellos relacionados con el sector sanitario². Tanto por razones de equidad como de eficiencia, una opción en manos del sector público es gravar esos rendimientos extraordinarios. Haría que el impacto sobre el déficit y, por tanto, sobre el endeudamiento fuera, siquiera, ligeramente menor y sería también una manera de, digamos, cohesionar fiscalmente nuestro país. ¿Cuándo, si no, se hace más evidente la necesidad de contribuir al sostenimiento de las finanzas públicas?³.

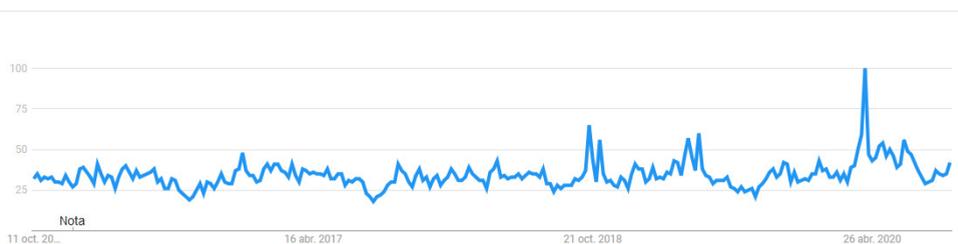
Se tomen o no ese tipo de medidas extraordinarias, lo que está claro es que la sociedad ha entendido la gravedad de la situación. A modo de ejemplo, véanse los gráficos 1 y 2. En ellos, se muestra en términos relativos con cuánta frecuencia se busca a través de internet información sobre “deuda pública” e “impuestos”, respectivamente. El interés, aproximado a través de esas búsquedas, se disparó a mediados de abril de 2020 en comparación con el interés despertado por tales cuestiones a lo largo de los últimos cinco años. Ello quiere decir que los agentes económicos y la sociedad en general son conscientes de que ese impacto se acabará notando en sus bolsillos. La cuestión es que a nuestro sector público se le acumulará el trabajo: garantizar la devolución de la deuda derivada de períodos anteriores cuando el crecimiento era positivo (esto es, derivada de un déficit estructural) y la nueva deuda acumulada a consecuencia de la pandemia (esto es, como ya hemos dicho, a raíz de un déficit coyuntural). Por consiguiente, el *shock* actual debería servir de estímulo para acometer ajustes en nuestro sector público no para estar asegurados ante una nueva pandemia, lo cual es imposible, sino para tener un sector público equilibrado estructuralmente y, por tanto, sostenible a largo plazo.

Gráfico 1. Deuda pública de España en los últimos cinco años



Fuente: Google Trends.

Gráfico 2. Interés a lo largo del tiempo en los últimos cinco años



Fuente: Google Trends.

El objetivo de este artículo, no obstante, no es analizar las diversas opciones de que dispone nuestro sector público para alcanzar la estabilidad financiera a largo plazo. En su lugar, mostramos, a partir de las estimaciones disponibles en el momento actual, la escala del impacto del *shock* sobre nuestras finanzas públicas a corto plazo que, más allá de los estabilizadores automáticos, ha incluido una diversidad de respuestas por el lado del gasto y del ingreso. La extraordinariedad de la situación pudiera haber llamado igualmente a la puesta en marcha de políticas impositivas de carácter excepcional, las cuales también describimos con cierto detalle.

Acorde con los objetivos anteriores, el resto del trabajo se estructura como sigue. En la siguiente sección, haremos una recopilación de las estimaciones actuales sobre el impacto financiero de la COVID-19 sobre nuestras finanzas públicas, así como un breve análisis de las medidas adoptadas más relevantes. En la sección tercera, valoramos algunas de las medidas que podría acometer nuestro sector público de manera singular a consecuencia del *shock*. Por último, la sección cuarta concluye.

2 EL PREVISIBLE IMPACTO DE LA COVID-19 SOBRE LAS FINANZAS PÚBLICAS

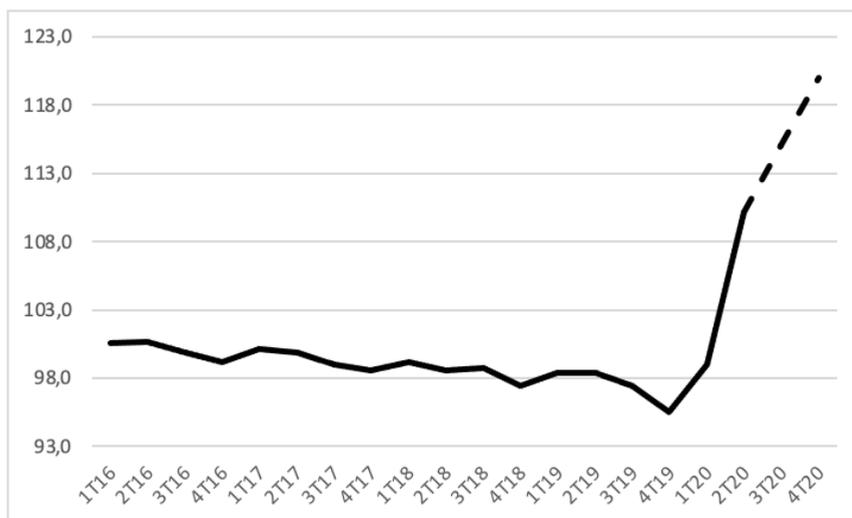
2.1 Estimación

A finales de marzo de 2020, hicimos una primera estimación del impacto financiero de la COVID-19⁴. En concreto, basándonos en las previsiones macroeconómicas existentes en ese momento, así como en la cuantificación que hizo el ejecutivo central de las medidas tomadas inicialmente para hacer frente a la pandemia⁵, estimamos un déficit sobre el PIB del 12,4% tal que concluimos que la ratio deuda pública sobre el PIB acabaría rondando el 110% a finales de año. Para ello, supusimos que el PIB caería un 9,45%, y solo tomamos en consideración el impacto directo de las medidas antes citadas del Ejecutivo central. Con la información de que disponemos en la actualidad, ¿han cambiado

tales estimaciones? Tomemos, por ejemplo, los datos macroeconómicos actualizados (a principios de octubre de 2020) de Torres y Fernández⁶.

La previsión de caída del PIB, suponiendo que no haya un confinamiento generalizado a partir de septiembre de 2020, es superior a la que utilizamos, del 13%⁷, mientras que el déficit se situaría en el 12,2%⁸, esto es, no muy alejado de la previsión que utilizamos. No obstante, esos 4 puntos porcentuales adicionales de decrecimiento provocan que la estimación de la ratio deuda pública *versus* PIB se sitúe en el 120% a final de año⁹. El nivel del que partíamos a inicio de año era del 95,5% (véase gráfico 3). En el gráfico, se puede observar cómo de manera muy ligera e insuficiente¹⁰ la ratio iba disminuyendo. La parte discontinua de la serie identifica la extrapolación para los dos últimos trimestres del año basándose en el nivel estimado a final de año. Una cuestión importante, y que no por obvia se debe olvidar: en ausencia de la expansión fiscal a raíz de la COVID-19, el numerador de la ratio deuda/PIB no hubiese aumentado tanto en valor absoluto, pero el desplome de la actividad económica (denominador) hubiera caído todavía más de lo que ya lo ha hecho. A raíz de esta combinación de circunstancias alternativas, paradójicamente, habríamos llegado a una ratio similar a la que se estima que se llegará, pero con un coste social y afectación de nuestra capacidad productiva mucho mayor¹¹.

Gráfico 3. Deuda pública sobre PIB (%) de las AAPP



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

En apenas seis meses, las previsiones iniciales han quedado algo desfasadas, aunque, cualitativamente, la conclusión no ha variado: nuestro nivel de endeudamiento como porcentaje del PIB alcanzará una cota desconocida para nuestro país, al menos en épocas recientes. La pregunta importante, no obstante, es si tal nivel es sostenible a lo largo del

tiempo. En Durán Cabré y Esteller Moré¹², intentamos dar respuesta a esta pregunta clave. Para ello, partimos de la conocida siguiente relación:

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

donde cada uno de los parámetros se define como sigue: r es el coste financiero real de la deuda, g es la tasa de crecimiento real del PIB previsto en 2021, y SAP_{2021} es el superávit primario previsto en 2021 como porcentaje del PIB de ese año. La situación interesante es aquella en que $g > 0$, pues, en la medida en que la economía crezca, la ratio de endeudamiento debería disminuir, $\text{Variación_Deuda/PIB} < 0$. Si $g < 0$, y dependiendo del alcance contracíclico de la política fiscal, la variación, en cambio, puede ser positiva; es lo que va a suceder en 2020. En concreto, dado un coste financiero de la deuda y una determinada tasa de crecimiento económico, la deuda será sostenible si a partir de 2021 (y siguientes años):

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

Esta última desigualdad nos permite inferir, por tanto, cuál debería ser la naturaleza de la política fiscal a partir de 2021 en tanto en cuanto $g > 0$. Volviendo a las estimaciones anteriores basadas, por ejemplo, en Torres y Fernández¹³, tenemos lo siguiente (todo expresado en tanto por uno):

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

Recordemos que solo estamos trabajando con las previsiones de 2021. Para concluir afirmando que la deuda es o no sostenible a medio-largo plazo, deberíamos disponer de la senda anual prevista de crecimiento, así como de las ratios iniciales de deuda/PIB de cada año para comprobar que la relación anterior se cumple a lo largo del tiempo. Volviendo a 2021, desconocemos cuál será el coste financiero en ese año. Si, por ejemplo, adoptamos como referencia el coste de las obligaciones a 10 años¹⁴ emitidas en 2020, el cual se sitúa en la actualidad alrededor del 0,2%¹⁵, la relación anterior nos informa de que la ratio disminuirá si el superávit primario es superior al -8,55%. Esto es, incluso si se produjera un déficit de hasta esa magnitud, la ratio mostraría una tendencia decreciente y, por tanto, concluiríamos que es sostenible, lo cual debería mantenerse en períodos futuros de crecimiento real positivo. No obstante, dado que $g > 0$, esperaríamos que, como mínimo, $\text{SAP}_{2021} = 0$. A partir de ahí, para ir más allá de ese mínimo (esto es, para que $\text{SAP}_{2021} > 0$), será necesario dotar nuestro sistema fiscal de una capacidad recaudatoria que no tiene, como se ha demostrado en estos últimos años.

Solo como referencia: si se mantuvieran los parámetros anteriores (coste financiero de la deuda y estimación prevista de crecimiento económico), en la medida en

que $SAP_{2021}=0$, la ratio deuda pública/PIB pasaría del 120% al 109,7%. Obsérvese, no obstante, que en el escenario Pre-COVID, a pesar de la situación de crecimiento económico, el déficit primario previsto era del 0,1%, esto es, $SAP_{2021,pre-COVID}=-0,001$ (gráfico 65 informe AReF, nota al final 5). En definitiva, pendiente de que se vayan eliminando las incertidumbres, lo cual depende en gran medida de la obtención de una vacuna contra la COVID-19, deberemos estar atentos a la sostenibilidad financiera de nuestro sector público. A partir de entonces, deberíamos entrar en un círculo virtuoso tal que generemos un superávit estructural y que el destino de los recursos públicos –incluidos, y de manera clave, los recursos derivados del fondo de recuperación Next Generation de la UE– maximice, dado un objetivo de equidad, la eficiencia económica. Además del impacto directo positivo de ese círculo sobre el superávit, ello permitiría contribuir al crecimiento económico y evitar que el coste financiero de nuestra deuda se disparara a causa de la desconfianza del sector financiero.

2.2 Naturaleza de la reacción del sector público

Desde el inicio de la pandemia hasta el momento de finalizar este artículo, han sido numerosas las medidas que han ido tomando las administraciones públicas españolas. Sin ánimo de ser exhaustivos, y dejando de lado las medidas directamente relacionadas con el nivel de gasto sanitario, a continuación destacamos algunas de las más relevantes agrupadas en función de su finalidad.

Mantenimiento del empleo y de los ingresos. Sin lugar a duda, la medida más importante, en términos presupuestarios y por sus efectos sobre la economía, ha sido la utilización de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE). Como es conocido ya, esta figura permite suspender de manera temporal los contratos de trabajo o reducir la jornada laboral, de forma que disminuyen los costes salariales de las empresas mientras que a los trabajadores se les mantienen sus ingresos mediante la prestación por desempleo¹⁶. Las empresas han de seguir pagando la cuota patronal, si bien cabe su exoneración total o parcial, según las empresas, cuando la suspensión se derive de una causa de fuerza mayor. Aunque son numerosos los cambios que se han ido introduciendo en la regulación de los ERTE en función de la evolución de la crisis, seguramente el más relevante se refiere a su duración: en un primer momento se liga al estado de alarma, posteriormente se amplía hasta el 30 de junio, luego hasta el 30 de septiembre y, en el momento de redactar estas líneas, hasta el 31 de enero de 2021.

En relación con los trabajadores autónomos, se aprueba una prestación extraordinaria para aquellos que se hubieran visto obligados al cese de su actividad económica, o bien que su nivel de facturación se hubiera visto reducido en al menos un 75% en comparación, en general, con la media del semestre anterior¹⁷. La prestación se aplica en un primer momento hasta el 30 de junio, al concluir el mes en el que finaliza el estado de alarma, si bien posteriormente se introduce la posibilidad de solicitar la prestación por cese de actividad hasta el 30 de septiembre y, más recientemente, hasta el 31 de enero de 2021.

Creación del ingreso mínimo vital. Con el fin de prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de personas y hogares, se crea un ingreso mínimo vital, aunque no se puede considerar consecuencia directa de la COVID-19, ya que formaba parte del acuerdo de coalición entre el PSOE y Unidas Podemos, y su aplicación se va a mantener más allá de la crisis derivada por la pandemia. En efecto, el ingreso funciona como una prestación no contributiva de la Seguridad Social que se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, mediante transferencias a la Seguridad Social, que se cobra mensualmente mientras se mantenga la situación de vulnerabilidad¹⁸. Para un beneficiario individual el importe de la prestación coincide con la cuantía de las pensiones no contributivas fijada anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado, esto es, 5.538 euros anuales en 2020. En el caso de hogares, o una unidad de convivencia según la terminología de la norma, la cuantía se incrementa en un 30 por ciento por cada miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220 por ciento. Además, se prevén ciertos complementos para hogares monoparentales y para gastos de alquiler. Se considera que se da una situación de vulnerabilidad económica cuando los ingresos totales del beneficiario individual o de la unidad de convivencia se sitúen por debajo del nivel garantizado de renta y, además, el valor de su patrimonio no supere tres veces la pensión no contributiva si se trata de un beneficiario individual, o un importe incrementado en el caso de unidad de convivencia. A efectos del cálculo del valor del patrimonio, no se tiene en cuenta la vivienda habitual.

Liquidez vía financiación. De manera urgente, incluso antes de declarar el estado de alarma, se aprueba el 12 de marzo¹⁹ un paquete de medidas de hasta 180.000 millones de euros para, entre otros, garantizar la liquidez a las empresas, en particular, a las pymes y a las relacionadas con el sector turístico. Pocos días después, el 17 de marzo²⁰, se aprueba otro tipo de medidas, de nuevo enfocadas a garantizar la liquidez a familias y empresas a través de créditos por un importe de hasta 200.000 millones de euros. Estas medidas se refuerzan y amplían el 21 de abril²¹.

Liquidez vía aplazamientos. Igualmente se adoptan medidas por el lado del ingreso consistentes en la concesión de aplazamientos en los pagos de impuestos²². En concreto, todas aquellas deudas tributarias que se tuvieran que pagar desde el 13 de marzo, día de entrada en vigor de la norma, hasta el 30 de mayo por parte de pymes y autónomos se podían aplazar durante un período de seis meses, sin coste financiero alguno durante los primeros cuatro meses. También se autoriza a la Tesorería General de la Seguridad Social a conceder moratorias de seis meses sin intereses en el pago de las cotizaciones sociales devengadas a las empresas y autónomos que lo soliciten y cumplan ciertas condiciones que se fijarán mediante orden ministerial²³.

Reducción de tipos. Se introdujo en el IVA un tipo impositivo del 0 por ciento aplicable a todas las compras de bienes necesarios para combatir los efectos de la COVID-19 por parte de las entidades hospitalarias, manteniendo no obstante para las empresas suministradoras de dichos bienes el derecho a deducirse el IVA soportado. Esta medida estaba inicialmente prevista para las compras efectuadas hasta el 31 de julio, pero se

amplió posteriormente hasta el 31 de octubre^{24,25}. También se bajó el tipo del IVA al 4 por ciento en los libros, periódicos y revistas digitales, que hasta entonces tributaban al tipo general del impuesto²⁶. Aunque esta última medida se justifica en la exposición de motivos del real decreto-ley con el fin de facilitar el acceso a los libros, periódicos y revistas digitales ante el incremento en la demanda de productos culturales y de información de los ciudadanos provocado por el confinamiento, en realidad viene a poner fin a la anomalía que suponía que los mismos bienes en formato papel tributaran al tipo superreducido del 4 % mientras que en su versión electrónica lo hicieran al tipo general.

Facilitar la imposición a la nueva realidad económica. A la hora de calcular los pagos fraccionados del impuesto sobre sociedades, se amplía el plazo para optar por la modalidad de cálculo a partir del resultado del ejercicio corriente frente a la alternativa del cálculo a partir de la cuota del ejercicio anterior. De manera similar, a la hora de calcular el pago a cuenta en el IRPF y en el IVA en las respectivas modalidades de estimación objetiva por módulos, se establece que no computen los días en los que se hubiese decretado el estado de alarma. Asimismo, en estos dos impuestos se amplía el plazo para renunciar a la aplicación de la estimación **objetiva** en el año 2020 y se limita, en su caso, su impacto al ejercicio 2020 en lugar del periodo habitual de exclusión de tres años. No deja de ser relevante destacar que este grupo de medidas tienen que adoptarse por una defectuosa configuración de los impuestos, cuya normativa prevé métodos de cálculo de la cuota tributaria alejados de la realidad económica. Si siempre se calculara a partir de la realidad económica de las empresas, como parecería razonable en un sistema fiscal moderno²⁷, no hubieran sido necesarias estas modificaciones.

Este conjunto de medidas brevemente analizadas ha tenido, lógicamente, su impacto en las finanzas públicas, según se puede observar en la tabla de más abajo, de acuerdo con las previsiones de la AIReF²⁸. En concreto, las medidas adoptadas para el mantenimiento de empleo y de los ingresos de los trabajadores por cuenta ajena constituyen con gran diferencia las de mayor impacto en el presupuesto público. El coste final dependerá de cómo evolucione la pandemia y del ritmo de recuperación de la economía, razón por la cual la AIReF identifica dos posibles escenarios económicos, y prevé que se situará entre los 23.019 y los 25.871 millones, lo que en términos de PIB representa entre el 2,1 y el 2,4 %, respectivamente. La prestación a favor de los trabajadores autónomos constituye la siguiente medida más importante en términos presupuestarios, con un coste previsto de entre el 0,6 y el 0,7 % del PIB. El coste de las otras medidas, aun siendo relevante, es muy inferior, de entre el 0,1 y el 0,2 % del PIB, si bien en el caso del ingreso mínimo vital hay que tener en consideración que su aplicación no queda condicionada a la situación derivada de la pandemia, aunque lógicamente esta incide en su importe. Sobre el conjunto de medidas fiscales comentadas, cabe señalar que en muchos casos no tendrán impacto sobre los ingresos del conjunto del año, puesto que el pago de impuestos y cotizaciones sociales está previsto que se produzca antes de finalizar el ejercicio actual. No obstante, sí que introducen un elemento adicional de incertidumbre a la hora de realizar la previsión de los ingresos.

Tabla 1. Estimación del coste presupuestario de las medidas adoptadas en función del escenario económico previsto

	Escenario menos adverso		Escenario más adverso	
	Millones €	% PIB	Millones €	% 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 fiscales	1.461	0,1	1.574	0,1

Fuente: AIReF, *Informe sobre Ejecución Presupuestaria, Deuda Pública y Regla de Gasto 2020, Informe 3/20*, 15 de julio 2020, página 39.

Además de las medidas adoptadas por la Administración central y por la Seguridad Social, las comunidades autónomas y las corporaciones locales también han adoptado medidas tanto por el lado del gasto como del ingreso para paliar los efectos sociales y económicos de la pandemia. Entre otras muchas, se han adoptado medidas a favor de empresas y autónomos, de colectivos y sectores afectados, y en el ámbito educativo. Sin tener tampoco en cuenta las medidas que han supuesto un mayor gasto en sanidad, sin duda la partida más importante para las CC.AA., se estima, según la AIReF²⁹, que las medidas tendrían un impacto en los presupuestos de las regiones de 1.727 millones de euros, esto es, en torno a un 0,2% del PIB. Y las medidas de las CC.LL., de 2.009 millones, algo más del 0,2% del PIB.

3 MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA UNA SITUACIÓN EXCEPCIONAL

En la sección 2.1 hemos discutido las condiciones de sostenibilidad de nuestra deuda pública. Se trata de un ejercicio, digamos, arriesgado, pues depende de la evolución futura de diversos parámetros, pero, creemos, útil para entender los retos a los cuales se enfrenta nuestro sector público. Al respecto, retomemos la anterior expresión:

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

Supongamos una situación desfavorable tal que $r > g > 0$. Ciertamente, no es previsible que esto suceda, por ejemplo, en 2021, pero no se puede descartar que se dé en el futuro. Se trata de una situación donde el crecimiento económico es positivo, pero no suficientemente elevado, y la prima de riesgo se empieza a disparar. Bajo ese escenario, necesitaríamos hacer un esfuerzo para generar un superávit estructural positivo, tanto mayor cuanto mayor fuese la ratio deuda/PIB inicial; en nuestro ejemplo, la acumulada a

final del ejercicio fiscal 2020. Para evitar el impacto negativo de ese tipo de contingencias, puede estar justificado acometer a corto plazo medidas extraordinarias tales que hagan que el incremento de esa ratio deuda/PIB inicial no sea tan sustancial. A partir de ahí, como hemos insistido, convendrá que nos dotemos de un sistema fiscal que garantice la estabilidad estructural de las cuentas públicas.

Estando todavía en una situación de crisis económica, conviene, no obstante, ser especialmente cuidadoso para no afectar la esperada recuperación. Digamos que estamos ante un *trade-off*: elevar los impuestos a corto plazo para atenuar el impacto sobre la deuda en 2020 (beneficio) frente a elevarlos y dificultar la recuperación económica (coste). La resolución, pues, de este *trade-off* requiere de un cierto *fine-tuning*. Por ejemplo, a través de tres posibles medidas:

- *Promover la moral fiscal* mediante campañas publicitarias (las guerras mundiales han sido un buen ejemplo³⁰). De hecho, en ausencia de medidas que faciliten la liquidez o que lo hagan de manera incompleta, es posible un resurgimiento de la economía sumergida³¹ y, por tanto, de la evasión fiscal³². Por consiguiente, la apelación a la moral fiscal es una oportunidad para generar ingresos a corto plazo, pero también para favorecer estructuralmente el superávit primario siempre que el impacto de este tipo de medidas se mantenga a largo plazo. Esta medida solo aportaría beneficios.

- *Recargo extraordinario en el impuesto sobre sociedades*. De nuevo, en momentos excepcionales como las guerras mundiales, se ha establecido un gravamen sobre los beneficios extraordinarios, esto es, aquellos por encima de los que se obtendrían bajo una inversión segura³³. En la situación actual, este recargo se añadiría al tipo nominal, 25%. La tarifa debería estar expresada en rentabilidades anuales de 2020 en relación con el capital de la empresa. Por ejemplo, para rentabilidades de entre el 0 y el 0,5% (el tipo de interés de los bonos y obligaciones del Estado a 15 años, aproximadamente; véase nota al pie 11), el recargo sería del 0%. A partir de ese nivel “normal” de rentabilidad, podría establecerse una tarifa progresiva por escalones. No sin ironía, hace 100 años Plehn³⁴ destacaba que ya en 1917, 13 países, pertenecientes a los dos bloques de la Primera Guerra Mundial o incluso neutrales, habían sido invadidos por este impuesto que se contagiaba tan rápido como la gripe española. La diferencia, en este caso, es que proponemos un recargo excepcional; este ayudaría a disminuir el nivel de deuda que prevemos a finales de 2020 sin un impacto, por tanto, en el superávit estructural. De nuevo, al gravar los beneficios extraordinarios, más allá de las posibles prácticas de elusión fiscal de las multinacionales, se trataría de una medida neutral.

- *Gravamen extraordinario sobre el patrimonio*. Esta medida, por ejemplo, ha sido propuesta por Landais, Saez y Zucman³⁵. En concreto, estos autores proponen un impuesto progresivo sobre la riqueza de los más ricos, definidos estos como aquellos con un patrimonio neto por encima de 2 millones de euros. La progresividad se conseguiría de tal manera que entre 2 y 8 millones el tipo impositivo marginal sería del 1%, entre 8 y 1.000 millones, del 2%, y a partir de 1.000 millones, el marginal sería del 3%. Según sus cálculos, la recaudación anual sería del 1,05% del PIB de la UE, de tal manera que

en unos 10 años se podría repagar el aumento de la deuda pública (estimado a fecha de abril de 2020) derivado de la pandemia. La idea de que sea un impuesto a nivel de la UE viene motivada para evitar la movilidad de bases dentro de la Unión. Los cálculos parecen algo optimistas. Por ejemplo, a partir de la experiencia española, Durán-Cabré y Esteller-Moré³⁶ estiman que, eliminando la evasión fiscal y ajustando la valoración de los activos sujetos a gravamen a su valor de mercado, la importancia del impuesto sobre el patrimonio en España pasaría del 0,18 al 0,46%. Por tanto, dejando de lado incluso las dificultades de naturaleza política entre los países de la Unión para ponerse de acuerdo para establecerlo y sin conocer los detalles legales de la propuesta, que su recaudación se sitúe por encima del 1% en países con nula experiencia para administrar este impuesto parece una estimación alejada de la realidad.

Las dos primeras medidas nos parecen realizables, equitativas y, además, como ya hemos avanzado, neutrales económicamente. En cambio, la tercera propuesta es más arriesgada. En ausencia de estimaciones precisas sobre el impacto de cambios reales de comportamiento (acumulación de ahorro), más allá de las que existen sobre la elusión³⁷ y sobre la evasión fiscal³⁸, aumentar de manera significativa los tipos impositivos sobre la riqueza y mantenerlos a lo largo del tiempo, a pesar del “optimismo” de Landais, Saez y Zucman³⁹, es un territorio ignoto. Al respecto, nuestra propuesta consiste en el establecimiento de un recargo extraordinario sobre los más ricos, de manera que el aumento de presión fiscal no se consolidara. Esto lo asemejaría a una “leva del capital”. Además, en la medida en que la recaudación extra fuese a parar a las arcas del Gobierno central, sería un incentivo/excusa para que este –a través de la AEAT– se involucrara de manera directa en la aplicación de este impuesto.

En definitiva, creemos que estas medidas, aunque la “tempestad” no haya todavía amainado, deberían, cuando menos, ser consideradas y serlo como algo excepcional en el tiempo. De hecho, más allá de la eficiencia de las dos primeras, la tercera, en la medida en que grava implícitamente el ahorro, a diferencia de, por ejemplo, un recargo en el IRPF (implícitamente, este impuesto grava el ahorro, así como el consumo), generaría a corto plazo un incentivo a consumir, lo cual es deseable en plena “tormenta”⁴⁰.

4 CONCLUSIONES

La COVID-19 ha supuesto un golpe tremendo en nuestra sociedad. Ha significado la pérdida de vidas humanas, pero también ha tenido un impacto enorme sobre la actividad económica. El sector público, el objeto de este artículo, ha ejercido su papel contracíclico a costa de incrementar de manera sobresaliente el nivel de endeudamiento. La buena noticia es que ese papel, al menos a corto plazo, no ha sido a costa de erosionar la credibilidad financiera de nuestras cuentas públicas. Ello no quita que, a medio plazo, pero incluso a corto plazo, deberían acometerse acciones por el lado del ingreso para sustentar unas cuentas públicas sostenibles a largo plazo.

El *shock* y su naturaleza, de carácter sanitario, podría ser una oportunidad para ser proactivos a corto plazo por el lado del ingreso, ya sea apelando a la moral fiscal o a la necesidad del gravamen de rentabilidades extraordinarias, en parte generadas al albur de esta crisis. Esas acciones deben ser compatibles con medidas de carácter más estructural que, idealmente, deberían tomarse ya a partir de 2021 o cuando la senda de crecimiento económico esté consolidada.

El sistema fiscal refleja las preferencias que los ciudadanos de cada país han expresado democráticamente. Que España tenga una presión fiscal de entre 5 y 6 puntos porcentuales inferior a la media comunitaria no significa que nuestra presión fiscal tenga que aumentar, ni en el caso de hacerlo significa que tenga que aumentarse el peso de un determinado impuesto para acercarnos a lo que sucede en los países de nuestro entorno. Ahora bien, a la hora de adoptar reformas estructurales sí sería importante tener presentes las recomendaciones de la literatura académica de disponer de impuestos más neutrales con bases imponibles amplias, lo que requeriría una profunda revisión de los numerosos tratamientos especiales establecidos en los impuestos, cuya justificación con frecuencia está más que cuestionada⁴¹ y que reducen sensiblemente la recaudación.

Finalmente, no podemos dejar de destacar la importancia fundamental que para la economía española van a tener los fondos europeos procedentes del programa Next Generation, en sus tres pilares: apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis; impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades; y reforzar los programas clave de la UE para extraer las enseñanzas de la crisis, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente, y acelerar la doble transición ecológica y digital. Como hemos visto anteriormente, cuanto mayor sea el crecimiento económico, mayor será la solvencia de nuestras 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* (tesis doctoral no publicada). Murcia: Universidad de Murcia.
- Boscá, J.E., Doménech, R. y 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-tesis-del-coronavirus>.

- Cuadro-Sáez, L., López-Vicente, F.S., Párraga-Rodríguez, S. y 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. y 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. y 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. y 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. y 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. y 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. y 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. y 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: <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/09/Cie278art04.pdf>.
- Torres, R. y 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 Ello no quita, repetimos, que el impacto haya sido extraordinariamente negativo. Véanse los *Boletines de seguimiento de los aspectos económicos en la crisis del COVID-19* para un seguimiento de los principales indicadores macroeconómicos. Último disponible: <https://www.fedea.net/quinto-boletin-de-seguimiento-de-los-aspectos-economicos-de-la-crisis-del-covid/>.
- 2 Para una primera valoración de esta cuestión que merecerá futura atención, véase <https://www.pwc.ch/en/publications/2020/UBS-PwC-Billionaires-Report-2020.pdf>.
- 3 Este tipo de argumentación es la que subyace bajo este manifiesto liderado por multimillonarios: <https://www.millionairesforhumanity.com>. Entre los firmantes, la presencia mayoritaria es de norteamericanos, pero también de países miembros de la UE; no hay ningún español entre ellos.

- 4 Durán Cabré y Esteller Moré, 2020a.
- 5 Véase: <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750b56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=cb5cb-342d03f0710VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>. Una recopilación posterior de medidas de carácter presupuestario, incluyendo la comparación con otros países, se puede encontrar en Cuadro Sáez, López-Vicente, Párraga-Rodríguez y Viani, 2020 (disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerriadas/DocumentosOcasionales/20/Fich/do2019.pdf>).
- 6 Torres y Fernández, 2020.
- 7 Por tener otra referencia: de acuerdo con la AIReF, la caída prevista del PIB es del 10,1%, la cual podría llegar al 12,4% si, en el segundo semestre del año, se produjera de nuevo un confinamiento generalizado. Véase <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/07/INFORME-SOBRE-LA-EJECUCI%C3%93N-PRESUPUESTARIA-DEUDA-P%C3%9ABLICA-Y-REGLA-DE-GASTO-2020-WEB-1.pdf>. En la actualidad, el nivel de incertidumbre sobre la evolución de la pandemia es tal que se hace difícil confiar en la robustez de las predicciones formuladas a día de hoy. Por ello, el objetivo de esta sección es, principalmente, entender la escala y no tanto el número concreto, así como la naturaleza del impacto sobre las finanzas públicas. En cualquier caso, para una revisión completa de las diferentes estimaciones del déficit y de la deuda pública, véase Romero y Sanz-Sanz, 2020.
- 8 Las estimaciones de la AIReF sitúan el déficit previsto entre el 11,9% y el -14,4% (escenario más adverso). Para la fuente, véase la nota 5.
- 9 De nuevo, las previsiones de la AIReF son que la ratio se situará entre el 117,6-123,2%. Para la fuente, véase la nota 5.
- 10 Por insuficiente queremos decir que, aparte de que suponía el incumplimiento de los objetivos de déficit incluidos en el Plan de Estabilidad presentado ante la Comisión Europea, tal disminución se debió al hecho de que la tasa de crecimiento fue positiva y no tanto a la generación de superávits, como hubiese correspondido dado el momento del ciclo (véase, por ejemplo, gráfico 61 del informe de la AIReF citado en la nota al pie 5). Esto quedará claro más adelante al explicar analíticamente el concepto de “sostenibilidad de la deuda”.
- 11 Véase, por ejemplo, Boscá, Doménech y Ferri, 2020, para una estimación de los efectos positivos macroeconómicos de las medidas estabilizadoras.
- 12 Durán Cabré y Esteller Moré, 2020b.
- 13 Torres y Fernández, 2020.
- 14 Por ejemplo, este es el tipo de interés de referencia del coste financiero de la deuda pública que, semanalmente, publica *The Economist* en su sección “*Economic data, commodities and markets*”.
- 15 De hecho, deberíamos trabajar con el coste financiero habiendo descontado la inflación. Actualmente, octubre de 2020, según el INE, se sitúa en el -0,4%, esto es, su impacto sobre el coste nominal es despreciable. Para datos actualizados sobre el coste nominal de la deuda, véase: https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/ti_1_3.pdf.
- 16 Real decreto-ley 8/20, de 17 de marzo, artículos 22 a 28. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>.
- 17 Artículo 17 del Real decreto-ley 8/2020.
- 18 Real decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/05/29/20/con>
- 19 Real decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3580-consolidado.pdf>.
- 20 Real decreto-ley 8/20, de 17 de marzo.
- 21 Real decreto-ley 15/2020, de 21 de abril. Disponible 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. Las CC.AA. también han adoptado medidas de naturaleza tributaria; véase <https://reaf.economistas.es/Contenido/REAF/Notas%20de%20Aviso/Regulacion%20medidas%20tributarias%20CCAA%20coronavirus45.pdf>.
- 23 Real decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, artículos 34 y 35. Disponible 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 final segunda, Real decreto-ley 15/2020.
- 27 Durán-Cabré y Esteller-Moré, 2020a.
- 28 AIReF, 2020a: 39.
- 29 AIReF, 2020a: 39.
- 30 Véase, por ejemplo, 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-su-mergida-7941664>.
- 32 Esteller-Moré, 2020.
- 33 Esto no se ha llegado a producir en nuestro país. Santiago Alba, ministro liberal de Hacienda en dos etapas durante la Primera Guerra Mundial, ya quiso gravar los beneficios extraordinarios de aquellas empresas que, aprovechando la neutralidad de España, se beneficiaron como exportadoras, entre otros productos, de materias primas. Sin embargo, no se acabó llevando a cabo a consecuencia de la actividad de los grupos de presión contrarios a su aprobación (Balibrea, 1995).
- 34 Plehn, 1921.
- 35 Landais, Saez y Zucman, 2020.
- 36 Durán-Cabré y Esteller-Moré, 2019.
- 37 Durán-Cabré, Esteller-Moré y Mas-Montserrat, 2019.
- 38 Durán-Cabré, Esteller-Moré, Mas-Montserrat y Salvadori, 2019.
- 39 Landais, Saez y Zucman, 2020.
- 40 No parece ser esta la opinión del Ejecutivo central, según declaraciones de la ministra de Hacienda. Véase: <https://www.elcorreogallego.es/panorama/montero-reconoce-que-subir-impuestos-no-es-algo-prioritario-GJ4920459>.
- 41 Véase, por ejemplo, el reciente informe de la AIReF, 2020b.



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 421-440
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4661>
© Oscar Rodil Marzábal
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 13/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia 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
Universidad 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 a 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 de la COVID-19 en un contexto de globalización avanzada como el actual, en el que muchas actividades económicas participan en cadenas globales de valor como resultado de la fragmentación productiva internacional.

Palabras clave: COVID-19, pandemia, cadenas globales de valor, efectos económicos, 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 potential 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 complejo. 2 La fragmentación productiva internacional como motor de la última ola globalizante. 3 Las cadenas globales de valor en un contexto de crisis pandémica. 4 Evidencias del impacto de la COVID-19 a través de las cadenas globales de valor. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN: UN CONTEXTO DIFÍCIL PARA UN FENÓMENO COMPLEJO

Una de las manifestaciones más visibles de la economía actual es el elevado grado de fragmentación productiva internacional. Como evidencia de este fenómeno se puede señalar, por ejemplo, que el 58,3% de las importaciones y el 46,8% de las exportaciones de la Unión Europea con el resto del mundo (comercio extracomunitario) en 2019 fueron bienes intermedios¹. Se trata de una realidad económica en la que los diversos territorios, con sus matices y especificidades, ejercen de soporte de los encadenamientos productivos que culminan en la elaboración de bienes y servicios finales. Estos encadenamientos, considerada su secuencia completa, conforman lo que se ha denominado cadenas globales de valor (CGV).

En este nuevo marco interpretativo, la visión subsumida en la tradicional identidad productor-exportador, propia de anteriores etapas industriales, fue dando paso a una nueva visión conformada por múltiples economías interdependientes entre sí y coordinadas bajo una lógica de cadena productiva, que culmina en la elaboración de un producto final. Desde la óptica de la eficiencia, esta secuencia e interdependencia productiva permite la optimización del proceso de generación de valor. Sin embargo, al mismo tiempo, esta nueva forma de organización de la producción exige la máxima coordinación, a fin de evitar cualquier posible disfunción o estrangulamiento que pueda afectar al funcionamiento de la cadena. En este punto constituye un elemento crucial la gobernanza de la cadena, normalmente bajo el control de una empresa trasnacional, tanto a la hora de fortalecer los vínculos productivos como a la hora de establecer reglas, incentivos, sanciones y mantener el control de esta.

A partir de la existencia y superposición de estas CGV, la economía actual adquiere una mayor complejidad, marcada por las crecientes interdependencias que se tejen entre los diferentes actores económicos y territorios. En este contexto, la crisis pandémica de la COVID-19 y sus consecuencias inmediatas a nivel económico y social constituyen una fuerte perturbación y desafío para un sistema económico basado en este modo de organización de la producción. Como muestra de lo anterior, las primeras evidencias en forma de paralización de actividades por falta de suministro de partes y componentes no se hicieron esperar ya desde un primer momento, después de la declaración oficial de la pandemia en marzo de 2020.

Bajo este prisma contextual, este trabajo se propone como objetivo realizar un análisis de los potenciales efectos económicos de la COVID-19 sobre la economía desde la óptica de las CGV. Con este objetivo, se parte de una aproximación conceptual y teórica al fenómeno de la fragmentación productiva internacional (sección 2), para a continuación analizar los posibles efectos económicos que una crisis pandémica como la de la COVID-19 puede tener en un contexto caracterizado por la preponderancia de las CGV (sección 3). El estudio se completa con la presentación de diversas evidencias relativas a efectos ocasionados por la crisis pandémica sobre la dinámica económica y que guardan una relación directa con las CGV (sección 4). El trabajo concluye con una serie de consideraciones a modo de síntesis y reflexión final.

2 LA FRAGMENTACIÓN PRODUCTIVA INTERNACIONAL COMO MOTOR DE LA ÚLTIMA OLA GLOBALIZANTE

La conformación de las actuales CGV es el resultado del fenómeno de la fragmentación productiva internacional, proceso que tiene sus raíces en los cambios que acompañan a la expansión de la economía mundial desde los años sesenta del siglo XX. El origen del concepto se remonta a los trabajos de Hopkins y Wallerstein², que introdujeron el término “cadena de mercancías” (*commodity chain*) para referirse al conjunto de procesos encadenados que conducen a la elaboración de un bien, abarcando desde la obtención de la materia prima hasta la fase final, prestando especial atención al papel del trabajo como factor esencial del proceso productivo.

Sin embargo, no será hasta mediados de los noventa cuando Gereffi³ aplique la idea de Hopkins y Wallerstein al estudio de las redes empresariales conectadas con proveedores internacionales y mercados globales, introduciendo el término “cadena global de mercancías” (*global commodity chain*) para analizar cómo la participación en el ámbito global puede favorecer el desarrollo económico.

En la acepción de Gereffi, este tipo de cadenas incluyen tres dimensiones de interés. Una primera es la dimensión productiva, referida a la secuencia de actividades y tareas que añaden valor al proceso de obtención del producto final. Una segunda dimensión es la territorial, que se refiere al grado de dispersión o de concentración geográfica de las redes de producción y distribución. La tercera dimensión es la de gobernanza, referida

al modo en que se organiza la cadena y donde se localizan los recursos que intervienen en la producción.

Posteriormente, diversos trabajos⁴ constataron que, como consecuencia del auge de las subcontrataciones y el avance del comercio electrónico, muchos productores globales actúan también como compradores globales. Ello, unido a la necesidad de unificar la diversidad terminológica existente sobre las cadenas resultado de la fragmentación productiva internacional, ha elevado a categoría universal el término “cadena global de valor” (*global value chain*), entendido como el conjunto de actividades que culminan en la elaboración de un bien o servicio final y que se localizan en diferentes países.

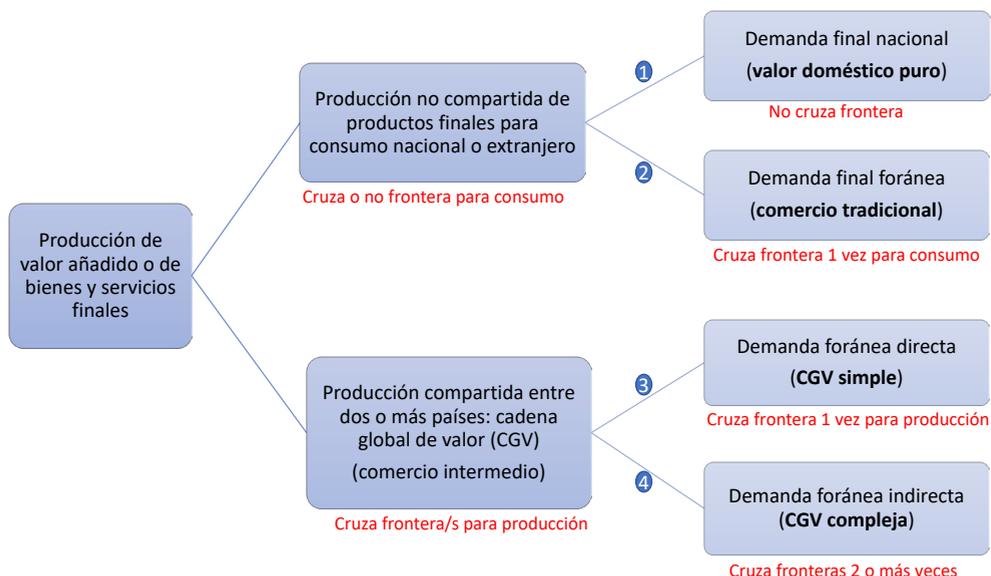
Por su inherente carácter internacional, una de las manifestaciones más visibles de las CGV son los flujos comerciales internacionales vinculados con su dinámica interna. Para capturarlos con mayor precisión, las estadísticas de comercio internacional avanzaron hacia un nuevo enfoque basado en el comercio en valor añadido, que consiste en la descomposición del valor de los flujos comerciales atendiendo a los países en los que fue generado, superando así la doble contabilización en la que suelen incurrir los datos de comercio en bruto. De esta manera, desde los años noventa, asistimos a un avance del comercio internacional vinculado con estas cadenas productivas de ámbito global.

Desde la óptica de la generación de valor añadido, la actividad productiva de un territorio se puede descomponer en cuatro tipos dependiendo de si la producción es o no compartida, o si esta es compartida entre dos o más economías (diagrama 1). Los dos primeros tipos encajan en el concepto más tradicional de lo que venían siendo las actividades productivas en las etapas previas al arranque de la globalización: primero, el valor añadido producido es consumido íntegramente dentro de la propia economía, sin cruzar frontera nacional alguna (valor doméstico puro); y, segundo, el valor añadido nacional (doméstico) incorporado en las exportaciones de productos finales para su consumo en otra economía (comercio de productos finales o comercio tradicional). Es preciso destacar que, actualmente, estos dos tipos de actividades –especialmente el consumo doméstico– siguen concentrando una parte muy importante del PIB mundial (más del 85 %).

Los otros dos tipos de actividades son las que se vinculan propiamente al fenómeno de la fragmentación productiva internacional y las CGV, dando lugar al comercio de productos intermedios. En este sentido, un tercer tipo de actividades son aquellas que son generadoras de valor añadido nacional que da lugar a exportaciones de productos intermedios con destino a un país socio, que emplea para su propia producción nacional y consumo interno. En esta tercera modalidad, el valor añadido nacional se utiliza para la producción fuera del país de origen, pero sólo cruza una única frontera nacional; de ahí que se denomine CGV “simple”. El cuarto tipo de actividad consiste en la producción de valor añadido nacional que es exportado a un país socio para producir exportaciones (productos intermedios o finales) con destino a otros países, por lo que atraviesa fronteras nacionales como mínimo dos veces, dando lugar a una CGV “compleja”. Como se verá

más adelante, esta diferenciación de actividades tiene diferentes implicaciones sobre el posible impacto económico derivado de una crisis de carácter pandémico como la actual.

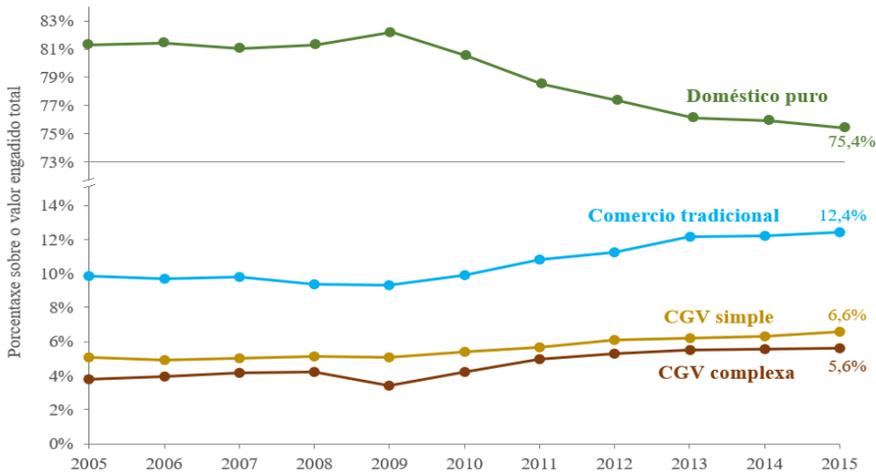
Diagrama 1. Descomposición de la actividad productiva por tipo de actividad generadora de valor añadido



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

En cuanto a las tendencias, hace falta destacar que, aunque las actividades vinculadas con ellas CGV fueron las que experimentaron un mayor dinamismo en los años noventa y dos mil, desde el año 2011 se asiste a una caída de su peso en el PIB mundial, y a un aumento de la importancia de las actividades de producción doméstica pura⁵. La economía española no resulta ajena a estas tendencias, aunque presenta la particularidad de que la caída general del peso de las actividades generadoras de valor doméstico puro no se manifiesta con claridad hasta el año 2009, afianzándose en los años posteriores (gráfico 1).

Gráfico 1. Evolución de las actividades generadoras de valor añadido en España, 2005-2015

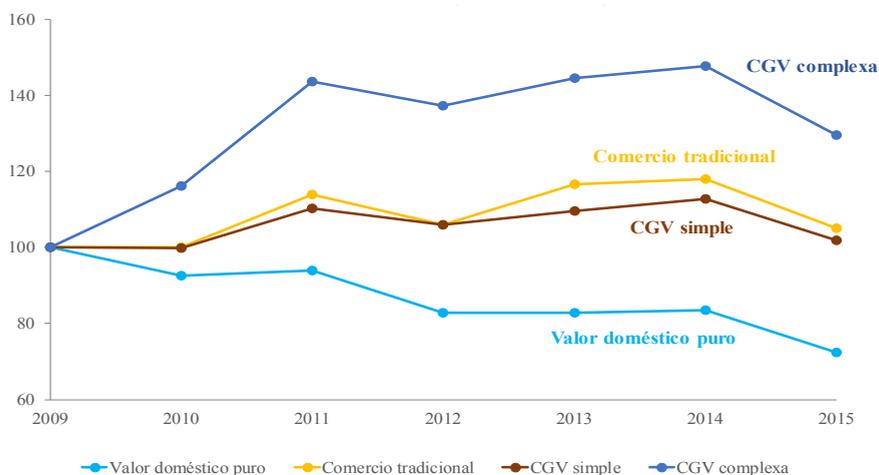


Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos Trade in Value Added (TiVA) de la OCDE (Fecha de la consulta: 05.10.2020).

Por su parte, tanto las actividades generadoras de exportaciones de productos finales (comercio tradicional) como las actividades vinculadas con las CGV (simples o complejas) experimentan aumentos en su importancia relativa. Son precisamente estas últimas actividades, ligadas al fenómeno de la fragmentación productiva internacional, las que muestran un mayor salto entre 2009 y 2015, al pasar de representar el 8,5 % al 12,1 % del valor total generado en el conjunto de la economía (gráfico 1).

A nivel comparativo, las actividades vinculadas con CGV complejas son las que exhiben una mayor tendencia ascendente, lo que le imprime a la economía española una creciente interdependencia global, tanto desde la óptica productiva como comercial (gráfico 2). Esta dinámica enlaza con un hecho estilizado del comercio mundial asociado a las CGV, que es su mayor elasticidad ante cambios en el ciclo económico, en comparación con la evolución del comercio mundial en su conjunto. Esto les atribuye a las economías participantes en las CGV la oportunidad de beneficiarse de una mayor dinámica productiva y comercial en las etapas de expansión económica, al contar con el “motor de arranque” de la cadena productiva en la que se insertan; pero, al mismo tiempo, aumenta el riesgo de exposición a potenciales frenos u obstáculos externos en las etapas de crisis o desaceleración económica.

Gráfico 2. Evolución del valor añadido generado por tipo de actividad, España, 2009-2015 Índice base 100 (año base: 2009)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos Trade in Value Added (TiVA) de la OCDE (Fecha de la consulta: 05.10.2020).

Estas tendencias se manifiestan en un contexto internacional en el que se están produciendo procesos con grandes implicaciones para el funcionamiento y configuración de las CGV. Uno de estos procesos es el cambio de estrategia económica de China, que trata de orientar su crecimiento poniendo el énfasis en el mercado interno, sin dejar de ser una potencia exportadora. Se trata de una estrategia iniciada tras la crisis de 2008, reforzada en 2015 con el plan de desarrollo industrial *Made in China 2025*, y que en los últimos años se ha visto intensificada por las tensiones comerciales con los Estados Unidos y por la irrupción en 2020 de la crisis del coronavirus. Este giro estratégico no tendría mayores consecuencias sobre las actividades ligadas a las CGV si no fuera porque se trata de un auténtico gigante a escala comercial y productiva, así como un eje central de la fábrica del mundo.

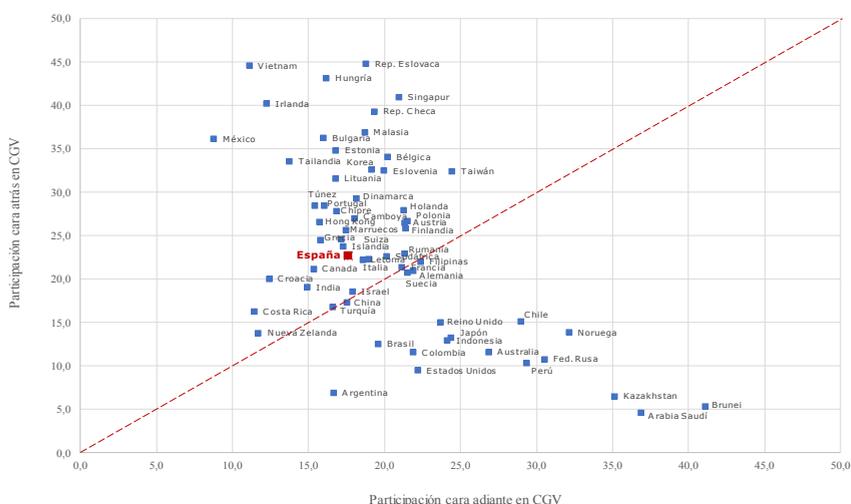
Otro proceso de incidente global es el plan de acción *Agenda 2030*, aprobado en 2015 por la ONU, para avanzar hacia el desarrollo sostenible. Entre los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que se contemplan, se incluyen algunos que suponen un verdadero desafío para el actual modo de organización de la producción. Es el caso, por ejemplo, de los objetivos relativos a energía accesible y no contaminante; crecimiento económico y trabajo decente; industria, innovación e infraestructura; producción y consumo responsables; y acción por el clima. La puesta en marcha de estrategias nacionales conducentes a la consecución de los ODS puede no resultar neutral desde la óptica de las CGV, que giran alrededor de una lógica diferente. De hecho, el cumplimiento de ciertos ODS puede requerir cambios en la cadena de aprovisionamiento o en la localización

de actividades, así como la introducción del criterio de proximidad y de reducción del impacto medioambiental asociado a los flujos comerciales.

La existencia de diferentes modos de inserción es una característica destacable del fenómeno de la fragmentación productiva internacional, tal como refleja el gráfico 3, en el que se muestran los diferentes patrones de participación de un grupo de economías seleccionadas en las CGV. En el caso concreto de España, a pesar de exhibir un nivel medio de participación en CGV, existe una preponderancia de los encadenamientos productivos hacia atrás⁶, actuando como portadora neta de valor añadido de origen foráneo. Esto pone de manifiesto una cierta dependencia de las cadenas de aprovisionamiento productivo (importaciones de insumos, y por lo tanto de valor añadido foráneo) a la hora de generar sus exportaciones. Así, el 22,7% de las exportaciones españolas en el año 2015 correspondían a valor añadido foráneo, mientras que España aportaba valor añadido propio a la producción de otros países en términos de un 38,2% de valor de sus exportaciones brutas (20,6% en CGV simples y 17,6% en CGV complejas).

Desde una perspectiva comparada, se observa una gran heterogeneidad de modos de inserción, con situaciones en algunos casos muy diferentes. En este sentido, existe un amplio número de países que destacan por el mayor peso de los encadenamientos productivos hacia atrás, y por tanto con una elevada dependencia de la cadena de aprovisionamiento de insumos productivos, como es el caso por ejemplo de República Eslovaca, Vietnam, Hungría, Singapur o Irlanda, con más del 40% del valor exportado conteniendo valor generado en otras economías. En el otro lado, con un predominio de la participación hacia delante⁷, aportando valor generado internamente (doméstico) a las exportaciones de otros países, se encuentran, entre otros, países como Arabia Saudí, la Federación Rusa, Noruega o los Estados Unidos.

Gráfico 3. Participación hacia atrás y hacia delante en CGV, economías seleccionadas, 2015 (porcentaje sobre el total de exportaciones brutas)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos Trade in Value Added (TiVA) de la OCDE (Fecha de la consulta: 05.10.2020).

Hace falta aclarar que, a pesar de las posibles coincidencias que se pueden producir en el perfil de la participación en CGV, subsisten importantes diferencias que no aparecen recogidas en este tipo de indicadores de participación, como es el tipo específico de tareas productivas que se llevan a cabo en unas economías o en otras. En este sentido, una mayor presencia de encadenamientos productivos hacia delante puede ser atribuida en unos casos a actividades ubicadas en el inicio de la cadena y que son generadoras de alto valor añadido y tienen altos requerimientos de mano de obra cualificada, como es el caso de las actividades de diseño e innovación de producto; pero, en otros casos, puede ser debido a actividades extractivas o de primera transformación, generadoras de escaso valor añadido y que no requieren una elevada calificación de la fuerza de trabajo.

Igualmente, se pueden dar casos de economías con predominancia de los encadenamientos productivos hacia atrás, pero sobre la base de actividades y tareas muy diferentes, tanto en potencial de generación de valor añadido como también en los requerimientos de empleo cualificado. Suelen encontrarse en esta situación economías que realizan tareas propias de la fase final de producción (industria maquiladora o de ensamblaje), pero también economías más orientadas a la comercialización, distribución del producto final y servicio postventa.

Estos importantes matices encuentran su encaje en el marco explicativo de la llamada "curva de la sonrisa"⁸, y ayudan a explicar por qué no es posible extraer una conclusión unívoca sobre cuál es el perfil de inserción *a priori* más ventajoso para una economía a partir de los indicadores simples de participación en CGV. En cualquiera caso, estos

indicadores proporcionan información de interés sobre la posición que ocupan las economías en la cadena de valor y, en particular, sobre la importancia relativa de sus encadenamientos productivos aguas arriba (*upstream*) y aguas abajo (*downstream*).

3 LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR EN UN CONTEXTO DE CRISIS PANDÉMICA

En una situación de crisis pandémica, como la provocada por la COVID-19, las consecuencias sociales y económicas resultan sumamente difíciles de predecir por varias razones. Primero, por la propia incertidumbre asociada a la evolución de la pandemia, tanto en lo que se refiere a su duración como intensidad. Segundo, por las políticas y medidas que, con mayor o menor acierto, se adopten por parte de los diferentes gobiernos. Tercero, por su desigual incidencia sectorial, resultando afectadas en mayor medida unas actividades que otras. Sin embargo, más allá de estas cuestiones, otro elemento que puede incidir en la dispar evolución e intensidad del impacto económico es la participación de los países en las CGV.

En una primera aproximación analítica, cualquier actividad productiva de un país puede resultar afectada por factores internos a cada economía, tales como el establecimiento de medidas de confinamiento de la población o la paralización (parcial o total) de actividades, junto con la consiguiente caída de ingresos y empeoramiento de las expectativas, con afectación directa sobre los niveles de consumo e inversión. En este caso, las actividades productivas que pueden resultar más afectadas son, directamente, las que se corresponden con el primero tipo de actividades señaladas en el epígrafe anterior, generadoras de valor doméstico puro, en la medida en que están plenamente orientadas a satisfacer la demanda final interna.

Este es el caso de una gran parte de la actividad productiva nacional, que engloba un amplio abanico de actividades tanto de servicios (hostelería, transporte, comercio...) como industriales (bienes de consumo local y energía), y que pueden resultar directamente afectadas por la falta de demanda y/o por las propias restricciones impuestas sobre la oferta. No obstante, de igual forma, el segundo tipo de actividades, vinculadas con el comercio internacional tradicional (comercio de bienes y servicios finales), también pueden resultar directamente afectadas por medidas similares (cierre de fronteras, confinamientos, restricciones de movilidad...) que se adopten en los países. Una vez más, nos encontramos con un amplio abanico de actividades tradicionalmente exportadoras sobre la base de las diferencias internacionales en la dotación de factores productivos (ventaja comparativa), tales como el turismo o la producción de bienes basados en los recursos naturales, como alimentos y productos básicos.

Tanto en el primero caso como en el segundo, el impacto de la crisis es directo y fácilmente visible, estableciéndose una relación directa y tangible entre las medidas que se adoptan y las consecuencias económicas derivadas. Desde la óptica de la decisión política y la respuesta social, es obvio que esta conexión sea el foco de fuertes tensiones

y conflictos internos si no viene acompañada de medidas paliativas que compensen los costes económicos y sociales asociados.

Una segunda aproximación conduce al ámbito de la fragmentación productiva internacional. En las actividades vinculadas directa o indirectamente con las CGV, la red de interdependencias productivas puede generar efectos inducidos o arrastre desde el exterior, sin que se pueda establecer una relación directa con las medidas adoptadas a nivel de cada gobierno. Es el caso del tercer tipo de actividades identificadas en el apartado anterior, relativas a las CGV simples, y en que la economía proveedora (exportadora) de productos intermedios que son transformados en un producto final y consumidos directamente en el país de destino puede ver frenada su actividad como consecuencia de la paralización de actividades y restricciones que se adopten en el país socio, y viceversa.

Por último, en el cuarto tipo de actividades, ligadas al funcionamiento de CGV complejas, la secuencia de efectos sigue la misma lógica, aunque con una mayor dificultad en la identificación de la relación causa-efecto, al existir un mayor número de enlaces productivos intermedios derivados de la propia extensión y complejidad de la cadena productiva. Además, es necesario tener presente que la posición que ocupa un país en la CGV puede variar de un caso a otro, actuando en mayor o menor medida como co-rea de transmisión de los efectos inducidos hacia otras economías participantes en la cadena. Ello dependerá del modo de inserción productiva de los países en el marco de la CGV, y concretamente de si estos participan “aguas arriba”, incorporando contenido importado de otros países en sus exportaciones, o “aguas abajo”, exportando insumos a otros países con vistas a futuras exportaciones. El diagrama 2 ofrece una síntesis de los efectos inmediatos que se derivan de una crisis pandémica como la COVID-19 en los diferentes tipos de actividad productiva.

Diagrama 2. Efectos inmediatos de la COVID-19



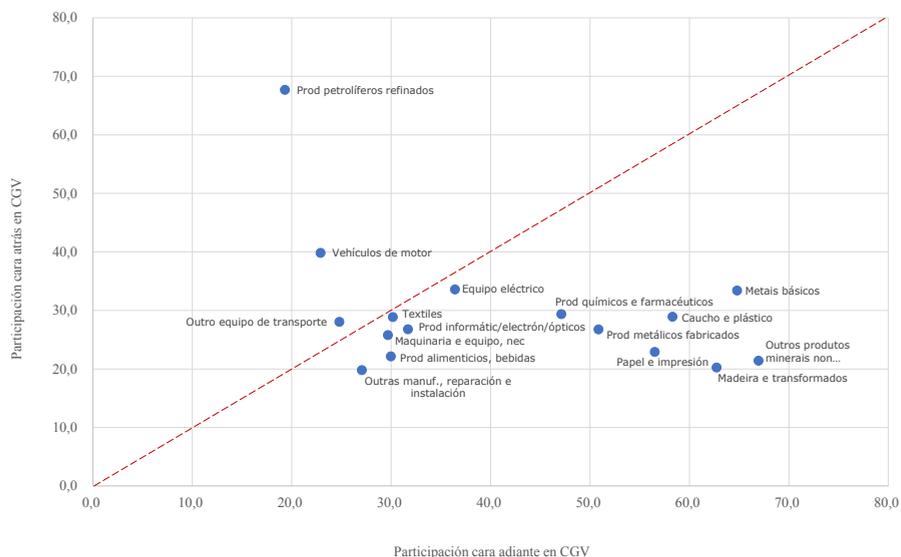
Fuente: Elaboración propia.

Partiendo de lo anterior, una de las formas en que una crisis pandémica como la COVID-19 puede afectar a la actividad productiva de un país tiene que ver con el grado de dependencia que este establece con proveedores situados en otros países. Esto puede llevar a situaciones en las que un país, con independencia de su grado de afectación pandémica, puede experimentar la paralización de parte de su actividad productiva debido a la falta de aprovisionamiento de insumos (materias primas o productos semielaborados) inducida por la mayor afectación pandémica o medidas preventivas adoptadas en el país proveedor. Ello origina un estrangulamiento de la cadena, que impide su normal operativa, afectando al conjunto de encadenamientos productivos, tanto hacia atrás (parálisis por falta de suministro) como hacia delante (caída de la demanda, comercialización y servicio postventa)⁹.

El gráfico 4 muestra la importancia de los encadenamientos productivos hacia atrás (aguas arriba) y hacia delante (aguas abajo) de la industria manufacturera de España, expresados como porcentaje de las exportaciones brutas de cada sector. Dejando a un lado la industria del refino de petróleo, que por su propia naturaleza se caracteriza por un elevado peso del valor de origen foráneo (67,7% del valor bruto exportado por el sector), destaca la industria automotriz, con un 39,8% de las exportaciones brutas conteniendo valor generado fuera de España. Sin embargo, las perspectivas de esta última no están exentas de sombras, asociadas a problemas de capacidad tecnológica y pérdida de competitividad¹⁰. Otras dos industrias: metales básicos y fabricación de equipo eléctrico presentan una importancia del valor añadido de origen extranjero superior al 30% de sus respectivas exportaciones brutas.

A continuación, por orden de magnitud en la importancia de los encadenamientos productivos hacia atrás, aparecen siete industrias manufactureras con un peso superior al 25% de las exportaciones: industria química y farmacéutica (29,4%), industria del plástico y caucho (28,9%), industria textil (28,9%), otro equipo de transporte (28,1%), fabricación de productos electrónicos, informáticos y ópticos (26,8%), fabricación de productos metálicos (26,8%), otra maquinaria y equipo (25,8%). Las restantes industrias –papel e impresión, alimentos y bebidas, productos minerales no metálicos, madera, otras manufacturas– exhiben un peso de los encadenamientos hacia atrás superior al 20%.

Gráfico 4. Participación hacia atrás y hacia delante en CGV por sectores manufactureros, España, 2015 (porcentaje sobre las exportaciones brutas del sector)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos Trade in Value Added (TiVA) de la OCDE (Fecha de la consulta: 05.10.2020).

Igualmente, el gráfico 4 muestra la importancia de los encadenamientos productivos hacia delante (aguas abajo), expresados también como porcentaje de las exportaciones brutas de cada sector. En este caso, como es lógico, sobresalen los sectores productores de productos intermedios (productos semielaborados), que por su naturaleza se orientan al suministro de insumos. Así, se encuentran las industrias del metal, de la madera y plásticos y sus respectivos productos transformados, que aportan valor doméstico a las cadenas productivas de otros países, bien sea para consumo interno (CGV simple) o para exportación (CGV compleja), con un peso superior al 50 % de sus exportaciones brutas.

Otras industrias que muestran un importante peso de los encadenamientos productivos hacia delante son la industria química y farmacéutica (47,1%), la industria de equipo eléctrico (36,4%), así como los productos informáticos, electrónicos y ópticos (31,7 %). El resto de las actividades manufactureras (textil, alimentación y bebidas, maquinaria, material de transporte...) exhiben un peso de los encadenamientos hacia delante que se sitúan entre el 20 y el 30 % de sus respectivas exportaciones brutas.

Más allá del impacto directo o indirecto asociado a la participación en CGV, hace falta señalar que el impacto final sobre la actividad productiva puede resultar amplificado debido a las interdependencias sectoriales que operan en el marco de cada economía. Esto obliga a considerar como elemento adicional el marco *input-output*, que contempla dichas conexiones intersectoriales y que, por tanto, permite acercarse de forma más

precisa y realista al impacto potencial de una crisis pandémica. Este aspecto queda recogido, por ejemplo, en el trabajo de Campos y Rodil¹¹, que, combinando la perspectiva de los encadenamientos productivos globales con el método de extracción hipotética, cuantifican los potenciales impactos sectoriales derivados de la supuesta paralización de actividades debido a una perturbación externa como la provocada por la COVID-19.

Centrándose en las relaciones de España con la Unión Europea, los Estados Unidos y China en siete sectores seleccionados¹², estos autores ponen de manifiesto la existencia de encadenamientos externos relevantes que elevan la vulnerabilidad de la economía española ante un posible *shock* externo, como una pandemia del tipo de la COVID-19. Una perturbación de esta naturaleza acabaría afectando a la entrada de insumos necesarios para la actividad productiva, sin capacidad en el corto y medio plazo para que la industria nacional pueda asumir las tareas de las CGV paralizadas en el exterior. En cualquiera de los cuatro escenarios contemplados¹³ en el citado estudio se estima un impacto negativo sobre el PIB que varía entre el 6% y el 33% en función del escenario considerado.

Por último, desde una perspectiva sectorial, el trabajo de Campos y Rodil¹⁴ revela que los sectores potencialmente más afectados por una paralización externa de la actividad son los sectores nacionales equivalentes, destacando la importancia de las relaciones intraindustriales a escala global a la hora de estimar los posibles impactos económicos.

4 EVIDENCIAS DEL IMPACTO DE LA COVID-19 A TRAVÉS DE LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR

La primera manifestación de los efectos negativos de la COVID-19 a escala global fue el desplome experimentado por el comercio mundial, que sufrió una abrupta caída en el segundo trimestre del año 2020. En el caso concreto del comercio de mercancías, que representa más de 3/4 del comercio mundial, la caída intertrimestral fue del 14,3%, aunque la mayor caída se produjo en el comercio de servicios, que descendió en un 30% con respecto al primer trimestre del año. Se trata del mayor descenso intertrimestral del que se tiene constancia desde la anterior crisis financiera mundial de 2008-2009¹⁵.

Además de los riesgos asociados a la propia incertidumbre en la evolución de la enfermedad, estos descensos tienen su causa inmediata en las políticas aplicadas para combatirla, y en particular en las medidas de confinamiento y restricciones a la movilidad establecidas por los diferentes gobiernos. Como consecuencia, la oferta de las diferentes economías se ha visto fuertemente limitada, con el consiguiente impacto negativo en términos de producción y empleo.

Así, algunas estimaciones sitúan la caída del PIB real mundial en 2020 en el 4,8%, e incluso superando el 7% en regiones tales como Europa y América Central y del Sur¹⁶.

Existen abundantes evidencias de que las CGV actúan como el principal canal de transmisión de estos efectos. En este sentido, tuvieron mucho que ver las medidas adoptadas por China en enero de 2020, con el cierre temporal de fronteras y el confinamiento en

la provincia de Hubei, dando lugar a la suspensión de las exportaciones de insumos en industrias tales como la automotriz, la electrónica, la farmacéutica y la de suministros médicos¹⁷. Toda vez que el gigante asiático es el principal exportador mundial de partes y componentes, las consecuencias no se hicieron esperar, produciéndose múltiples paralizaciones de varias semanas de duración en la actividad productiva de centros fabriles localizados en Europa, Asia y América del Norte¹⁸.

Es preciso destacar aquí importantes diferencias del impacto de la COVID-19 desde la óptica sectorial, tal como pone de manifiesto la evolución del comercio mundial por tipo de producto atendiendo a la corta, pero valiosa, experiencia del segundo trimestre de 2020. Por grandes categorías de productos, fue el comercio de combustibles y productos de la minería que experimentó una mayor contracción interanual (-38% con respecto al segundo trimestre de 2019), debido a la brusca caída del consumo derivada de las fuertes restricciones de movilidad y de la paralización de la actividad económica.

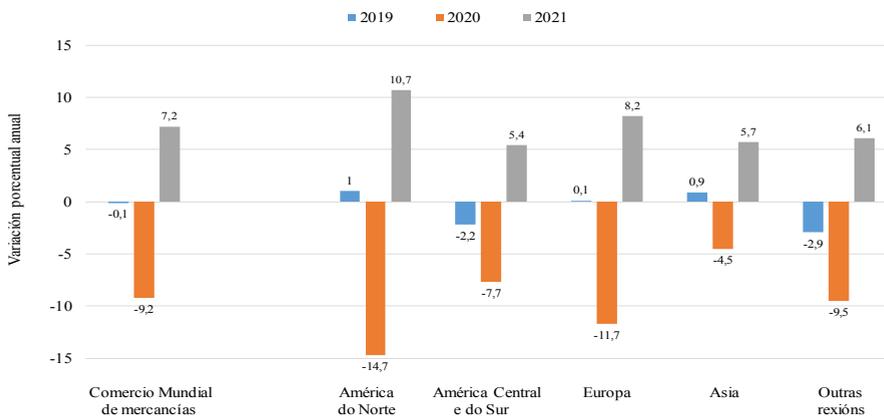
En el caso de los productos manufacturados, el comercio que se vio más afectado fue el de productos de la industria del automóvil (-53%), sector altamente integrado en las CGV, junto con productos como artículos de viaje, bolsos, calzado y vestido (caídas superiores al 30%). Fueron muy pocos los productos que experimentaron una variación positiva en el comercio, como es el caso de los productos textiles (10%), informáticos (4%) o farmacéuticos (11%)¹⁹.

Pola su parte, los mayores descensos en el comercio de servicios tuvieron lugar en el sector del turismo (-81% con respecto al segundo trimestre de 2019) y del transporte (-31%), como consecuencia directa de las medidas de confinamiento y las restricciones de movilidad impuestas por los diferentes gobiernos y la consiguiente paralización de la actividad. Asimismo, se produjeron caídas importantes en la construcción (-24%) y en otros servicios relacionados con diferentes fases de las cadenas de valor, tales como los servicios de manufactura y reparación (-22%), audiovisuales, artísticos y recreativos (-14%), I+D (-12%), arquitectura e ingeniería (-11%) y servicios relacionados con los derechos de propiedad intelectual (-9%), entre otros²⁰.

Una rápida consulta a las hemerotecas ofrece diversos ejemplos de cómo la incidencia de esta parálisis productiva en cadena afectó también a fábricas ubicadas en España y Galicia. Una muestra es, por ejemplo, lo acontecido en la factoría de Citroën PSA en Vigo en el mes de marzo de 2020, cuando se produjo una paralización de la actividad por falta de partes y componentes procedentes de la cadena de suministro²¹. Otro ejemplo ilustrativo es el caso de la empresa de moda y complementos Bimba y Lola, que anunció en julio de 2020 el despido de 15 trabajadores y la no renovación de 3 contratos temporales de su planta en Mos, aludiendo como causa a la caída de la carga de trabajo derivada de las restricciones adoptadas por la COVID-19, que afectaron sensiblemente a la demanda de productos²². A estos ejemplos se suma una lista interminable de casos, de los que no escapa ni el propio Inditex, con importantes efectos negativos sobre las exportaciones gallegas, que experimentaron un descenso interanual del 56,4% en abril de 2020²³.

En un contexto de gran incertidumbre como el actual, resulta sumamente difícil y aventurado cualquier tipo de predicción sobre el rumbo que seguirá la economía, dado que este dependerá tanto de la propia evolución de la pandemia como de las medidas que adopten los diferentes gobiernos. Una muestra de la volatilidad del contexto es el fuerte dinamismo productivo y comercial que se registró en los meses de junio y julio de 2020, cuando se relajaron las medidas de confinamiento y se eliminaron las restricciones a la movilidad, lo que llevó a la misma Organización Mundial del Comercio a corregir al alza sus estimaciones sobre la evolución del comercio mundial en 2020. En este sentido, sus estimaciones sitúan el descenso del comercio mundial de mercancías en 2020 en el 9,2%, con un aumento previsto para 2021 del 7,2%, sin que se recupere en ningún caso la tendencia ni el nivel de apertura comercial anteriores a la crisis al producirse sobre una menor base de partida (gráfico 5).

Gráfico 5. Evolución del comercio de mercancías y de las exportaciones por áreas geográficas (2019-2021)* (variación porcentual anual)



Fuente: Elaboración propia a partir de WTO data (Fecha de la consulta: 05.11.2020) y World Trade Organization, 2020a.

* Las cifras de 2020 y 2021 son previsiones

Aunque la caída (estimada) del comercio mundial es un fenómeno compartido por todas las regiones del planeta, las predicciones apuntan a que la caída de las exportaciones será mucho menor en Asia (-4,5%) que en otras regiones como América del Norte (-14,7%) o Europa (-11,7%). Se trata, por tanto, de un impacto económico desigual, que posiblemente esté relacionado con una mejor evolución regional de la pandemia, pero también con los cambios que se vienen produciendo en el papel de las economías asiáticas a escala global, y que se manifiestan en un desplazamiento del eje de gravedad del comercio mundial hacia el sureste asiático, así como en una creciente

integración intrarregional en el marco de las CGV (factoría Asia) y el fortalecimiento de sus respectivos mercados internos.

No cabe duda de que cualquier previsión puede empeorar en función de la duración y magnitud de los posibles rebrotes de la COVID-19 y de las medidas que se vayan adoptando en forma de confinamientos y demás restricciones impuestas que afecten a las diferentes ofertas nacionales. Del mismo modo, los avances que se produzcan en la carrera para lograr una vacuna eficaz contra la COVID-19 y las subsiguientes campañas de vacunación masiva pueden llevar a medio plazo a un cambio de escenario que mejorará sustancialmente las expectativas y abrirá el camino hacia un nuevo cambio de tendencia.

5 CONCLUSIONES

Tratar de extraer conclusiones definitivas sobre la confluencia de un fenómeno cambiante como las CGV, en un contexto de fuerte incertidumbre como una crisis pandémica, resulta sumamente osado y azaroso. Sin embargo, en los apartados precedentes se ha puesto de manifiesto la importancia del papel que desempeñan las CGV como vector de conexión entre las diferentes economías, con el consiguiente efecto “contagio” derivado de las interrupciones que se puedan producir a lo largo de la cadena de valor.

Como se ilustró con algunos ejemplos concretos, estas interrupciones pueden tener su origen en cortes que se produzcan en el suministro de insumos productivos (encadenamientos hacia atrás), pero también en las caídas de demanda, por el confinamiento y otras medidas restrictivas que afectan a la comercialización, venta de productos o servicios postventa (encadenamientos hacia delante). En una crisis como la de la COVID-19 incluso pueden darse las dos circunstancias conjuntamente, lo que agrava los efectos negativos sobre la actividad económica.

En el caso de la economía española, industrias como la de refino de petróleo y la automotriz destacan por el predominio de los encadenamientos productivos hacia atrás, lo que les imprime una mayor dependencia de los suministros y, en consecuencia, un mayor riesgo de sufrir paralizaciones de la actividad por falta de insumos. Sin embargo, este tipo de encadenamientos son también importantes en industrias como la textil, la químico-farmacéutica, la del plástico-caucho, y la del metal, con un peso de alrededor del 30% del valor exportado.

En lo que se refiere a las tendencias globales, existen evidencias de que la crisis de la COVID-19 contribuye a ahondar en el descenso del grado de apertura del comercio mundial (al caer más que el PIB) y de la interdependencia comercial y productiva internacional, tendencias que ya se venían produciendo en los años previos a la crisis de la COVID-19, en un clima de creciente inestabilidad del multilateralismo.

Por otra parte, la disparidad en los impactos estimados por áreas geográficas es reveladora de las diferentes capacidades de respuesta de las economías ante una crisis de esta naturaleza. Estas diferencias pueden estar motivadas por diversos factores, que van desde la adopción de medidas eficaces de contención de la pandemia por parte

de los gobiernos hasta las particularidades de la inserción externa de las economías (participación en las CGV), pasando por las diferencias en el grado de diversificación productiva y tecnológica.

Finalmente, es necesario destacar que, como toda crisis, la COVID-19 puede constituir una verdadera oportunidad para repensar el modelo y la configuración actual del proceso de fragmentación productiva, que ya estaba demandando una reorientación hacia una mayor importancia de las relaciones de proximidad. Esta reorientación podría contribuir no solo a elevar la resiliencia de las economías ante posibles pandemias futuras, sino a avanzar también en el objetivo de la sustentabilidad del modelo productivo y de consumo.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Abe, M. y 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. y 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. y 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). <http://dx.doi.org/10.33776/rem.v0i56.4861>
- 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 (disponible 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. y Wallerstein, I. 1977. «Patterns of Development of the Modern World-System», en *Review (Fernand Braudel Center)*, 1(2): 111-145.
- Hopkins, T.K. y Wallerstein, I. 1986. «Commodity Chains in the World-Economy Prior to 1800», en *Review (Fernand Braudel Center)*, 10(1): 157-170.
- Humphrey, J. y 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. y Wei, S-J. 2010. «Give credit where credit is due: Tracing value added in global production chains», en *NBER Working Paper*, 16426. <https://doi.org/10.3386/w16426>.
- Lampón, J.F., Lago-Peñas, S. y 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. y 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 y 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 (disponible 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 siendo incierta», en *PRESS862 Comunicado de prensa*, 6 de octubre de 2020 (disponible 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 octubre 2020 (disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/news20_s/serv_22oct20_s.htm).

NOTAS

- 1 Fuente: Eurostat (Fecha de consulta: 05.10.2020).
- 2 Hopkins y Wallerstein , 1977; Hopkins y Wallerstein , 1986.
- 3 Gereffi, 1994.
- 4 Arndt y Kierzkowski , 2001; Humphrey y Schmitz , 2001.
- 5 World Bank y World Trade Organization, 2019.
- 6 El índice de participación hacia atrás en CGV (*Backward GVC participation index*), siguiendo el planteamiento propuesto por Koopman et al., 2010, mide el valor añadido foráneo contenido en las exportaciones brutas, expresado como porcentaje de estas últimas. Un valor alto de este índice es indicativo de un elevado peso de los encadenamientos productivos “aguas arriba”, como sucede en el caso de las actividades próximas al consumidor final, como por ejemplo las tareas de ensamblaje.
- 7 El índice de participación hacia delante en CGV (*Forward GVC participation index*), siguiendo el planteamiento propuesto por Koopman et al., 2010, mide el valor añadido doméstico contenido en las exportaciones de otros países, expresado como porcentaje de las exportaciones brutas del país de referencia. Un valor alto de este índice expresa un elevado peso de los encadenamientos productivos “aguas abajo”, como sucede por ejemplo en el caso de las actividades de aprovisionamiento de materias primas o en el caso de actividades de diseño o de I+D.
- 8 La denominada “curva de la sonrisa” (Shih, 1992) muestra la relación que existe entre las diferentes etapas de la cadena de valor y su impacto en términos de generación de valor añadido. Consiste en la representación gráfica de un fenómeno común a la mayor parte de los sectores, especialmente los intensivos en tecnología, en los que las tareas del proceso productivo más rentables y generadoras de alto valor añadido se sitúan en las fases previas y posteriores a la fabricación del producto, que se convierte en el aspecto más tangible, pero al mismo tiempo menos relevante de la cadena de valor. Otros autores, como Baldwin, 2013, actualizaron esta relación en el contexto del siglo XXI.
- 9 Abe y Ye , 2013.
- 10 Lampón et al., 2015.
- 11 Campos y Rodil , 2020.
- 12 Los siete sectores fueron seleccionados basándose en un triple criterio: primero, atendiendo a la relevancia de sus encadenamientos productivos; segundo, por su peso en el conjunto del PIB español; y, tercero, atendiendo a la probabilidad de resultar paralizados según la experiencia reciente de la COVID-19. Estos siete sectores son: 1) textil, 2) ocio y entretenimiento, 3) comercio al por mayor y al por menor, 4) industria automotriz, 5) turismo, 6) transporte y almacenaje, y 7) educación.

- 13 Escenario 1: se paralizan los sectores seleccionados en el extranjero, por lo que no abastecen el mercado interior ni el exterior, pero el país de referencia sigue exportando. Escenario 2: se paralizan las exportaciones del país de referencia relativas a los sectores seleccionados, por lo que no pueden abastecer de insumos ni de bienes de consumo los mercados extranjeros. Escenario 3: se combinan los escenarios 1 y 2. Escenario 4: se paralizan los sectores seleccionados en el país de referencia (España), por lo que no es posible abastecer ni el mercado interior ni los mercados extranjeros, mientras que el resto del mundo no se ve afectado.
- 14 Campos y 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 cierra su factoría en Vigo debido a la pandemia del coronavirus (16 de marzo de 2020). *elDiario.es* (disponible en: https://www.eldiario.es/galicia/politica/coronavirus-vigo-citroen_1_1022992.html).
- 22 Comienzan los despidos en Bimba y Lola tras el ERTE (16 de julio de 2020). *Economía Digital* (disponible en: https://galicia.economia-digital.es/directivos-y-empresas/comienzan-los-despidos-en-bimba-y-lola-tras-el-erte_20082432_102.html).
- 23 El parón de Citroën e Inditex por el coronavirus hunde las exportaciones gallegas (18 de junio de 2020). *ABC* (disponible 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. 441-476

Santiago de Compostela, 2020

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

© Santiago Calvo López

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

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

Editado bajo licencia 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

Doctorando de Economía Aplicada

Universidad 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 del programa Next Generation EU. 3 La condicionalidad para el desbloqueo de recursos para financiar los planes de recuperación y resiliencia. 4 Distribución de los fondos Next Generation EU. 5 Oportunidades, retos y posible impacto económico. 6 Conclusiones. 7 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Desde que las autoridades chinas comunicaran la existencia de 27 casos de una neumonía de origen desconocido el 31 de diciembre de 2019, en el mundo se han contagiado más de 43,5 millones de personas y la cifra de fallecidos supera el millón a causa de la COVID-19 (27 de octubre de 2020). En España, desde que se registró el primer caso el 31 de enero de 2020, se han notificado 1.098.320 casos positivos y el número de decesos supera los 35.000 (22 de septiembre de 2020).

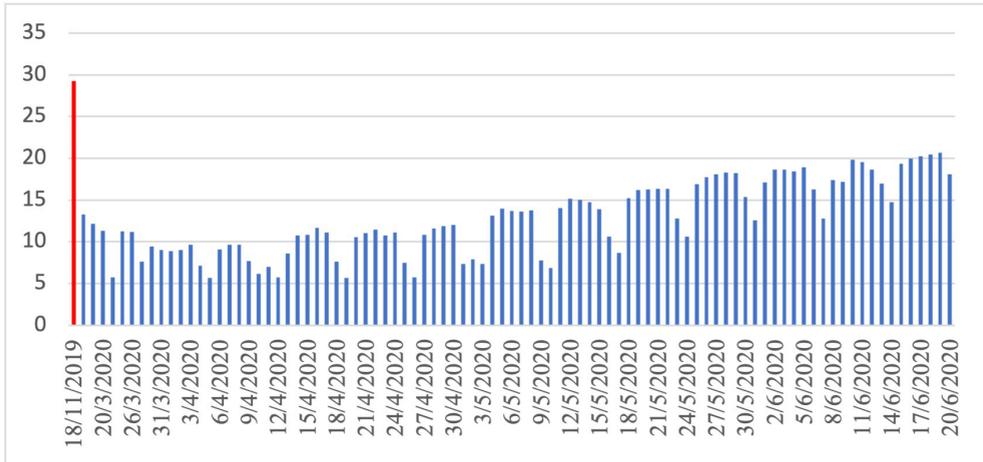
Unido a la crisis sanitaria, el impacto económico ha sido considerable. El motivo de la crisis económica derivada del nuevo coronavirus se debe a la necesidad de implementar medidas de contención y mitigación para “aplanar la curva” de contagios de tal modo que se alivie la presión hospitalaria.

El *Real decreto 463/2020, de 14 de marzo*, supuso la instauración del estado de alarma, estableciendo una única autoridad competente que recayó en los ministros de Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y en el de Sanidad. Asimismo, en su artículo 7 se restringía la libertad de circulación de las personas, limitándola a la realización de actividades justificadas, como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, el desplazamiento al lugar de trabajo y el retorno al lugar de residencia habitual o la asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

De este modo, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en una semana media normal el porcentaje de personas que salían de su área de movilidad de residencia

era del 29,3%¹, mientras que en los primeros días del estado de alarma este porcentaje descendió hasta el 13,28%. El último día de semana en el que estuvo vigente el estado de alarma (19 de junio de 2020), la movilidad todavía era un 29,4% inferior.

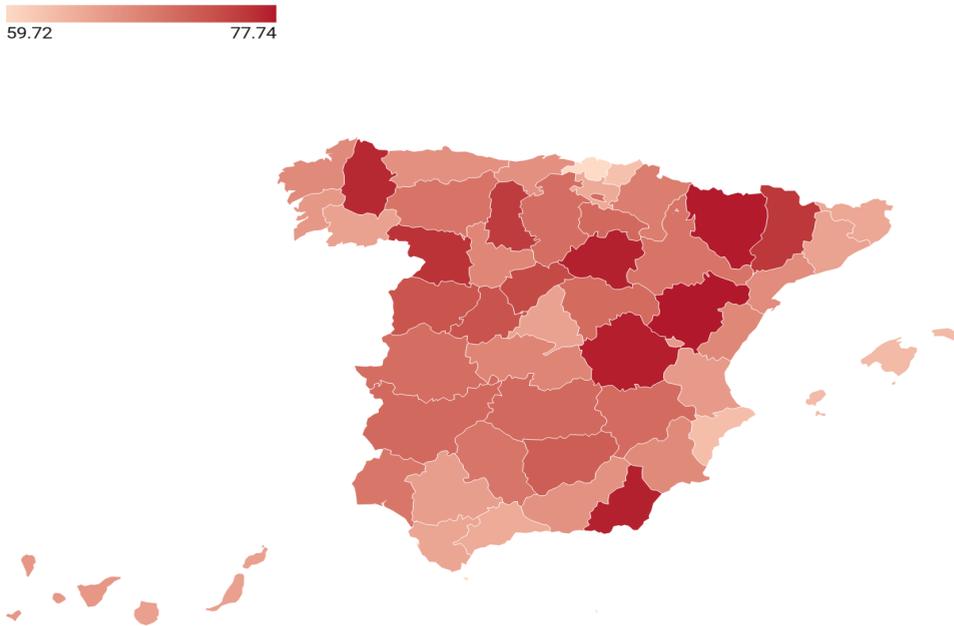
Gráfico 1. Evolución de la movilidad de las personas durante el estado de alarma, en %



Fuente: elaboración propia a partir de INE.

Adicionalmente, el *Real decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo*, reforzó las medidas contenidas en la declaración del estado de alarma al paralizar toda aquella actividad económica considerada como no esencial entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020. Según han estimado Gutiérrez y Moral-Benito², los cierres sectoriales condujeron a una minoración de la tasa de variación de la afiliación a la Seguridad Social; más concretamente, por cada punto porcentual de mayor peso de las actividades no esenciales, el crecimiento del empleo fue 2,1 décimas inferior.

Figura 1. Porcentaje de empresas consideradas como esenciales según el Real decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, en % del total



Fuente: elaboración propia a partir del INE.

Nota: Los datos relativos al porcentaje de empresas consideradas como esenciales se obtienen a través del Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2019, identificando las clases de empresas según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE, 2009) incluidas en el anexo del Real decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo.

Debido a estas medidas, la actividad económica se ha visto notablemente perjudicada. Hasta 3,3 millones de trabajadores se han visto afectados por un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), de los cuales, a mediados de septiembre, ya se habrían reactivado el 78 %, según estadísticas de la Seguridad Social. La evolución de la afiliación a la Seguridad Social también ha sufrido las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria, con una minoración de alrededor de 800.000 afiliaciones entre febrero y junio. De este modo, se espera un crecimiento del producto interior bruto (PIB) negativo de acuerdo con las estimaciones de las principales instituciones internacionales y nacionales. El efecto de la pandemia es notable, puesto que, como se puede apreciar en la tabla siguiente, todas las instituciones esperaban un crecimiento positivo que se situaría entre el 1,5 % y el 1,8 %.

Tabla 1. Previsiones de la tasa de crecimiento del PIB para España en 2020

Institución	Proyección de crecimiento (%)	Comparación proyección antes de la pandemia (%)
OCDE	-11,1 / -14,4*	1,6
FMI	-12,8	1,6
Comisión Europea	-10,9	1,6
Gobierno 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

Fuente: elaboración propia a partir de diversas fuentes.

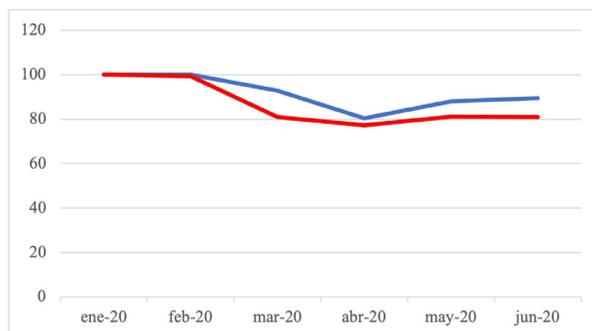
* La previsión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) contempla dos posibles escenarios: uno en el que no se produce una segunda ola de contagios y uno en el que sí se contempla un segundo brote a finales de año.

** La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) prevé tres escenarios para el cuarto trimestre del año 2020, según la gravedad de la crisis sanitaria y su impacto económico. En el momento en el que se escribe este artículo todavía no han sido publicadas las definiciones e hipótesis asumidas para cada uno de los escenarios.

*** El Banco de España no considera la posibilidad de un nuevo confinamiento, pero sí la existencia de limitaciones más o menos severas que pueden afectar en mayor intensidad a la actividad económica.

Para reflejar el efecto del coronavirus sobre la actividad económica, puede observarse cómo han evolucionado los indicadores sintéticos de actividad y de consumo desde enero de 2020. En los dos primeros meses del año la evolución ha sido estable, pero a partir del mes de marzo y, en especial, durante el mes de abril, se contrae la actividad y el consumo en un 20%, manteniéndose por debajo de los niveles previos a la crisis hasta el mes de junio de 2020.

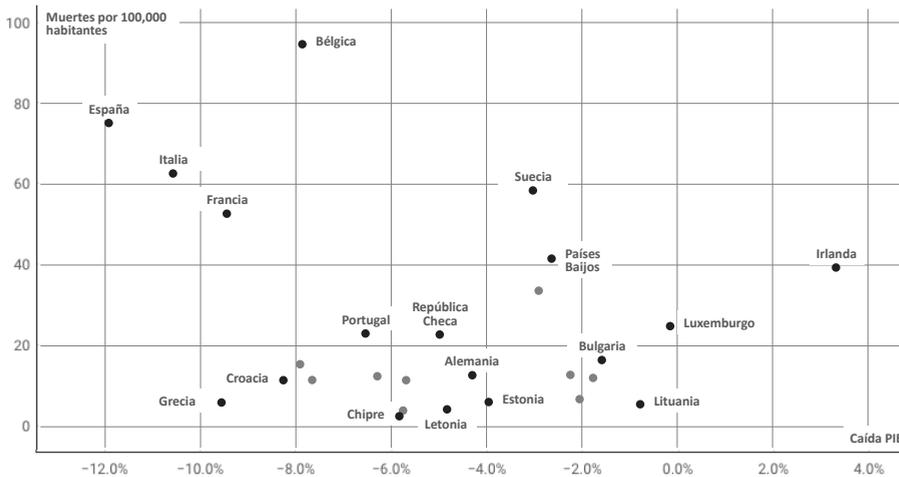
Gráfico 2. Evolución de los indicadores sintéticos de actividad (en azul) y de consumo privado (en rojo), enero 2020 = 100



Fuente: elaboración propia a partir del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

El contexto de retroceso económico es extensible a otras economías europeas, como se puede observar en el gráfico siguiente, si bien España es el país más afectado de la Unión Europea en cuanto a caída del PIB y, en el momento en el que se escribe este artículo (27 de octubre), en número de muertes por cada 100.000 habitantes solo es superada por Bélgica.

Gráfico 3. Tasa de crecimiento interanual de los dos primeros trimestres del año 2020 del PIB en precios corrientes con ajuste de estacionalidad y calendario y fallecidos por 100.000 habitantes en la Unión Europea



Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat y Johns Hopkins.

Nota: Para Eslovaquia solo se realiza el ajuste por estacionalidad.

Por este motivo, desde diversas instituciones se han aprobado planes de recuperación económica. Uno de los más importante ha sido el acordado el pasado 21 de julio por los líderes de la Unión Europea por el cual, además de fijar el marco financiero plurianual 2021-2027, se creaba un instrumento denominado como *Next Generation EU* (en adelante, NGEU), que canalizará las inversiones necesarias de cara a dar respuesta a la crisis causada por el coronavirus durante el período 2021-2023.

El programa NGEU supone para España una importante inyección de recursos y una oportunidad para la transformación de la economía española. El presente trabajo pretende hacer una descripción de los fondos integrantes de este instrumento, estimar su distribución entre los Estados miembros, identificar las principales oportunidades, incertidumbres y retos, y hacer un cálculo del posible impacto económico para la economía española.

La organización del papel es como sigue. En el apartado 2 se realiza una explicación del programa NGEU y de los fondos que lo componen. En el apartado 3 se indica la

condicionalidad para el desbloqueo de recursos. Una estimación de la distribución de los fondos es mostrada en el apartado 4. En el apartado 5 se presentan las principales amenazas y oportunidades de los fondos NGEU, así como su posible impacto económico. El apartado 6 concluye.

2 DESCRIPCIÓN DEL PROGRAMA NEXT GENERATION EU

El programa NGEU fue diseñado por la Comisión Europea³ a petición de los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros con el fin de lograr la “convergencia, resiliencia y transformación en la Unión Europea” a raíz de las consecuencias socioeconómicas derivadas de la pandemia causada por la COVID-19⁴.

El sustento legal del NGEU está basado en el tercer párrafo del artículo 175 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), según el cual es posible lograr los objetivos de cohesión más allá de los fondos enumerados en el párrafo primero del citado artículo, siempre y cuando el Parlamento Europeo y el Consejo adopten estas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Destaca la forma de financiación y obtención de los recursos necesarios que posteriormente se transformarán en inversiones. Según se establece en el punto A3 del EUCO 10/20, el Consejo Europeo autoriza a la Comisión para contraer “empréstitos en los mercados de capitales en nombre de la Unión”, o lo que es lo mismo, la Comisión Europea acudirá a los mercados financieros y de capitales en nombre de la Unión Europea para captar los fondos necesarios para dotar de recursos los distintos programas englobados dentro de los distintos planes de inversión que se vayan a enmarcar dentro del NGEU.

Esto supone algo excepcional, ya que la interpretación mantenida históricamente del artículo 310 del TFUE ha sido la de no equilibrar el presupuesto de ingresos y gastos mediante la emisión de deuda, aunque su prohibición no es explícita. De hecho, la excepcionalidad del momento permite realizar una lectura mucho más flexible del TFUE; en concreto, de su artículo 311, cuando se indica que “la Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas”.

De este modo, se fijan límites cuantitativos y temporales, en tanto en cuanto las circunstancias que justifican la citada operación de empréstito se circunscriben de manera exclusiva a un momento particular del tiempo. Así, el importe máximo que es posible obtener a través de esta fuente será de 750.000 millones de euros. El límite temporal del endeudamiento neto será el ejercicio 2026, mientras que el reembolso tendrá una programación “constante y previsible” que deberá finalizar el 31 de diciembre de 2058. La distribución de los 750.000 millones de euros se dividirá en, por un lado, 360.000 millones de euros para la concesión de préstamos, y, por otro lado, 390.000 millones de euros para la concesión de transferencias a fondo perdido.

Dentro del marco NGEU se incluyen distintos programas que giran en torno a tres pilares: (i) ayudar a los Estados miembros a recuperarse; (ii) relanzar la economía y apoyar

la inversión privada; y (iii) aprender de la experiencia de la crisis. En la tabla siguiente se recogen los recursos asignados a cada programa tanto por la propuesta de la Comisión como lo acordado finalmente por el Consejo.

Tabla 2. Programas incluidos en el marco *Next Generation EU*

Programa	Propuesta Comisión * (millones de euros)		Acuerdo Consejo (millones de euros)	
	Transferencias	Préstamos	Transferencias	Préstamos
Tipo de ayuda				
Mecanismo de Recuperación y 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	
Desarrollo Rural	15.000		7.500	
Fondo de Transición Justa	30.000		10.000	
RescEU	2.000		1.900	
Total	450.800	250.000	390.000	360.000

Fuente: Consejo Europeo.

* En la propuesta de la Comisión se dotaban recursos a programas por valor de 49.200 millones de euros que en el acuerdo final adoptado por el Consejo quedan sin financiación, como es el caso del Instrumento de Apoyo a la Solvencia, el EU4health, y dos programas destinados a la ayuda humanitaria de cooperación internacional en países no miembros.

El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia es el más importante de todos ellos, suponiendo un apoyo financiero para la inversión orientada a la transformación ecológica y digital de los Estados miembros. El 46,47% de los 672.500 millones de euros tendrán forma de subvenciones, de los cuales el 70% se comprometerá en los ejercicios 2021 y 2022, mientras que el restante 30% será asignado a lo largo del año 2023. Se crea una fórmula para la determinación de su reparto, la cual tendrá en cuenta la población de 2019, la inversa del PIB per cápita del año 2019 y la tasa media de desempleo del período 2015-2019 comparada con la media de la Unión Europea, siendo sustituida esta última en 2023 por la pérdida real del PIB producida en 2020 y la acumulada en el período 2020-2021.

Para evitar la excesiva concentración de recursos, los indicadores establecidos para su asignación estarán limitados de la siguiente manera:

- La inversa del PIB per cápita tendrá como límite el 150% de la media de la Unión Europea.
- La desviación de la tasa de desempleo con respecto a la media de la Unión Europea estará limitada al 150%.
- Se establece un límite inferior para la desviación de la tasa de desempleo con respecto al promedio de la UE para favorecer a los mercados laborales más estables de los Estados miembros más ricos, siendo este del 75%.

El volumen máximo de los préstamos será del 6,8% de la Renta Nacional Bruta para cada Estado miembro, siendo un complemento de las ayudas no reembolsables, por lo que la cantidad total de los empréstitos no podrá ser superior a los recursos finalmente asignados a los planes de recuperación y resiliencia para cada Estado miembro menos las transferencias recibidas.

Para desbloquear los fondos, los Estados miembros deberán presentar planes de recuperación y resiliencia. Estos deberán ser evaluados por la Comisión, atendiendo al grado de coherencia entre estos y las recomendaciones específicas para cada país, así como el “potencial de crecimiento, creación de empleo y resiliencia económica y social”. Se fija una prefinanciación de un máximo del 10%, y los pagos se realizarán en forma de cuotas, a medida que se cumplan los objetivos de las inversiones, lo cual será dictaminado por el Comité Económico y Financiero.

En el artículo 16, párrafo 3, de la propuesta remitida por la Comisión se especifican los criterios que serán evaluados para aceptar los planes de inversión de los Estados miembros:

1. Abordarán las recomendaciones realizadas dentro del contexto del Semestre Europeo.
2. Contribuirán a los procesos de transición ecológica y digital.
3. Tendrán un impacto duradero.
4. Ayudarán a reforzar el potencial de crecimiento, de creación de empleo y la resiliencia económica y social, mitigando el impacto social y económico de la crisis. Todo ello debe considerar la mejora de la cohesión territorial, social y económica.
5. Deberán ser razonables, plausibles y proporcionales al impacto esperado sobre la economía y el empleo.
6. Incluirán medidas para la implementación de proyectos de reformas y de inversión pública que representen acciones coherentes.
7. Asegurarán una implementación efectiva, con un calendario previsto, unas metas y objetivos y unos indicadores para medir su cumplimiento.

Asimismo, será posible la cancelación de la ayuda si no se cumplen los objetivos marcados para los proyectos de destino de las inversiones. Para evaluar el grado de cumplimiento de las metas fijadas, la Comisión monitorizará los resultados específicos esperados de cada plan, al mismo tiempo que los Estados miembros deberán remitir informes trimestrales sobre el avance en la consecución de los fines acordados sobre las bases del Semestre Europeo. La fecha límite de conclusión de los pagos en función de los objetivos logrados será el año 2026.

Con respecto a la monitorización particular de los proyectos, juntamente con la solicitud de fondos, los Estados miembros deberán reportar los progresos en la consecución de las metas definidas, al menos de manera bianual. De forma global, los países tendrán que informar de la evolución anual de los planes de recuperación y resiliencia. Algunos de los indicadores clave para tener en cuenta serían los mostrados en la tabla siguiente:

Tabla 3. Indicadores para la monitorización anual de los planes de recuperación y resiliencia

Objetivo	Indicador
Recuperación	Inversión pública como porcentaje de PIB comparado con el promedio 2017-2019
Resiliencia	Número de reformas relacionadas con las recomendaciones específicas para el Estado miembro que han progresado de manera sustancial
	Número de objetivos y metas logrados por las reformas implementadas
Transición ecológica	Número de construcciones renovadas asociadas a planes de reducción de consumo de energía, por tipo de construcción
	Incremento de la capacidad de energía renovable
	Número de puntos de carga habilitados
Transición digital	Número de personas beneficiarias de actividades de formación en habilidades digital
	Porcentaje de hogares conectados a través de red fija de muy alta capacidad o 5G

Fuente: Comisión Europea.

Los controles *ex post* implican la revisión del logro de objetivos por parte de la Comisión. Es destacable el hecho de que es posible que los Estados miembros deberán devolver parte de los recursos percibidos si son detectadas irregularidades y fraude en el uso de estos. La forma de devolución puede ser o bien a través de la recuperación directa por parte del Estado miembro de las inversiones a través de sus beneficiarios directos; o bien, si la primera opción no es posible, a través de la devolución temprana de la parte correspondiente a los préstamos reembolsables.

El resto de los programas pueden funcionar como complemento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Por ejemplo, Horizonte Europa e InvestEU podrían ser una forma de canalizar financiación privada hacia proyectos incluidos en los planes de recuperación y resiliencia. Programas que tienen como destino administraciones públicas también pueden adicionar recursos a estos planes, si bien es necesario auditar y supervisar los desembolsos realizados de tal modo que un mismo gasto no reciba una doble financiación; en esencia, esto requiere definir diferentes objetivos y metas evaluables para cada programa. La Comisión solo ha publicado la metodología para la asignación de fondos para el REACT-EU, para el Fondo de Transición Justa y para las ayudas al desarrollo rural, algo que será discutido en el apartado cuatro.

El REACT-EU se incluye dentro de las políticas de cohesión ofreciendo financiación y apoyo a las regiones más castigadas por la crisis causada por el coronavirus. Las áreas de gasto se circunscribirán al ámbito sanitario, a las políticas de creación y mantenimiento de empleo, así como a dar soporte a los autónomos, a los servicios básicos de los ciudadanos y a la transición ecológica y digital.

Horizonte Europa supone el refuerzo de la financiación en investigación en ámbitos de salud, resiliencia y en las transiciones ecológica y digital. Asimismo, se realiza una

apuesta por las zonas rurales, de tal modo que en estas se puedan producir cambios estructurales coherentes con el Pacto Verde Europeo.

InvestEU es el mecanismo por el cual se financiarán proyectos de inversión en sectores estratégicos clave vinculados a la transición ecológica y digital, a través del Grupo del Banco Europeo de Inversiones nacionales de fomento. La transición ecológica se verá apoyada por el Fondo de Transición Justa, cuyo destino es el de ayudar a los Estados miembros a lograr la neutralidad climática.

Finalmente, y con el objetivo de crear infraestructuras de respuesta frente a emergencias y crisis que precisen asistencia urgente, se dota con 1.900 millones de euros el programa RescEU, cuya capacidad pretende ser permanente en el tiempo.

3 LA CONDICIONALIDAD PARA EL DESBLOQUEO DE RECURSOS PARA FINANCIAR LOS PLANES DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA

Como se ha desarrollado en el apartado 2, la inversión en los distintos programas integrados dentro del NGEU debe estar ligada a planes de inversión cuyo objetivo sea el desarrollo económico y social de los Estados miembros, haciendo hincapié en las áreas de la economía digital y verde. El 17 de septiembre de 2020 la Comisión Europea hizo pública su propuesta de guía para la elaboración de los planes de recuperación y resiliencia en la que se detallan los condicionantes para la obtención de los recursos puestos a disposición para hacer frente a la crisis económica causada por la COVID-19⁵. El 30 de abril de 2021 es la fecha límite para que los Estados miembros remitan sus planes de recuperación y resiliencia, aunque deben entregar antes del 15 de octubre de 2020 un primer borrador de propuesta de inversiones.

Dichas propuestas deben recoger los principales retos a los que se enfrenta cada país y cómo el plan de recuperación y resiliencia puede ayudar en su logro teniendo en cuenta los siguientes cuatro objetivos:

- Promoción de la cohesión económica, social y territorial de la Unión Europea.
- Reforzar la resiliencia económica y social.
- Mitigar el impacto económico y social de la crisis.
- Apoyar la transición ecológica y digital.

Por tanto, es posible hablar de dos tipos de condicionantes: uno primario, relativo a detectar las debilidades económicas estructurales de cada Estado miembro, y uno secundario que se referiría a cómo abordar las citadas debilidades, que se resumirían en los anteriores cuatro puntos.

Ambos tipos de condicionantes estarían interconectados y serían mutuamente dependientes. La Comisión Europea exige reformas que tengan un impacto a largo plazo sobre el funcionamiento de los mercados, sobre la política y sobre las instituciones, de tal manera que cambie la estructura económica en áreas donde es necesario eliminar obstáculos que dificulten la consecución de un crecimiento sostenible y el bienestar de

los ciudadanos. En unas ocasiones, las reformas estructurales solicitadas son un requisito necesario para que las inversiones ligadas a los planes de recuperación y resiliencia sean eficientes y eficaces; en otras ocasiones, las inversiones serían el causante de las reformas estructurales.

En la propuesta inicial remitida por la Comisión Europea ya se detallaba la importancia de que los proyectos de inversión guardasen coherencia con las prioridades en materia de política económica recomendadas en el contexto del Semestre Europeo. De este modo, la condicionalidad primaria existente para la obtención de los fondos de recuperación y resiliencia para España estará sujeta a las recomendaciones particulares de política económica indicadas por la Comisión.

En particular, la Comisión hizo públicas las recomendaciones para cada Estado miembro en el mes de mayo de 2020, condicionadas al contexto actual excepcional. Sin embargo, tanto en la propuesta de la Comisión como en la guía de elaboración de los planes de recuperación y resiliencia se especifica la necesidad de prestar atención de igual manera al ciclo de 2019 del Semestre Europeo.

En lo relativo a las recomendaciones ligadas al ciclo del Semestre Europeo de 2019, se tendrían en cuenta las específicas para la Zona Euro de manera más general, siendo estas la aplicación de políticas conducentes a la mejora de la productividad, la minoración del volumen de endeudamiento público y el apoyo a la inversión y facilitación de la empleabilidad⁶.

Asimismo, la Comisión Europea detectaba en ese mismo ejercicio como principales debilidades el alto nivel de endeudamiento interno y externo, tanto público como privado; la segmentación del mercado laboral y la falta de movilidad laboral que ayudan a explicar la elevada tasa de desempleo; además, el impulso reformista producido entre los años 2012 y 2015 ha sido paralizado debido al contexto político. La sostenibilidad del sistema de pensiones, abordar la reforma educativa y la conexión entre la formación y la empleabilidad, o la cohesión territorial suponen retos igualmente importantes para la economía española⁷.

En este contexto, las recomendaciones realizadas para España en 2019⁸ se engloban en las siguientes áreas principales:

- Administración pública: reducción del endeudamiento público y lograr la estabilidad presupuestaria. Fortalecimiento de la contratación pública para reducir la ratio de interinidad. Asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones en la línea de las reformas aprobadas en 2011 y 2013.
- Mercado laboral y educación: mejora de los servicios sociales y de empleo. Desarrollar mejores coberturas de asistencia al desempleo y de renta mínima. Mitigar la dualidad del mercado laboral. Reducir el abandono escolar y mejora de resultados educativos. Incrementar la cooperación entre los sectores educativo y empresarial.
- Políticas de inversión: centrar la inversión pública y privada hacia la innovación, la eficiencia energética y de uso de recursos, las infraestructuras ferroviarias para

el transporte de mercancías, y la ampliación de interconexiones energéticas con el resto de los Estados miembros. Mayor eficacia de las políticas de apoyo a la investigación y a la innovación.

- Cohesión territorial: impulso de la Ley de garantía de la unidad de mercado. Aumentar la cooperación entre administraciones.

En febrero de 2020 la Comisión publicó, dentro del ciclo del año 2020 del Semestre Europeo, la evaluación de los avances sobre las reformas estructurales y corrección de desequilibrios macroeconómicos para España⁹. En el citado documento se vuelven a constatar las mismas debilidades que en el ciclo anterior, destacando solo avances en la cooperación entre los servicios públicos de empleo y los servicios sociales, aunque no en todas las comunidades autónomas.

Tabla 4. Evaluación de los avances en las recomendaciones para España del ciclo 2020 del Semestre Europeo

Área	Evaluación de avances
Administración pública	Sin avances a la hora de fortalecer el marco presupuestario
	Sin avances a la hora de preservar la sostenibilidad del sistema de pensiones
	Avances limitados a la hora de fortalecer el marco presupuestario
Mercado laboral y educación	Algunos avances a la hora de reforzar la capacidad de los servicios sociales y de empleo
	Avances limitados a la hora de impulsar la contratación indefinida y simplificar el sistema
	Avances limitados a la hora de abordar la fragmentación de las ayudas nacionales al desempleo y las brechas de cobertura de los regímenes de garantía de ingresos y mejorar el apoyo a las familias
	Avances limitados a la hora de abordar el abandono escolar prematuro y las disparidades regionales en cuanto a resultados educativos
	Algunos avances a la hora de aumentar la cooperación entre la educación y las empresas
Políticas de inversión	Avances limitados en materia de inversión en investigación e innovación
	Avances limitados en materia de eficiencia en el uso de recursos
	Algunos avances en materia de eficiencia energética
	Algunos avances en materia de interconexiones eléctricas
	Avances limitados en la evaluación de las políticas de investigación e innovación
Cohesión territorial	Avances limitados en la aplicación de la Ley de garantía de unidad de mercado

Fuente: Comisión Europea.

Por tanto, no es sorprendente que las recomendaciones realizadas por la Comisión dentro del ciclo del Semestre de 2019 se mantengan como condicionantes para el uso de los recursos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Sin embargo, el contexto actual causado por la crisis del coronavirus también obliga a realizar recomendaciones adicionales.

En definitiva, en España existen importantes desequilibrios macroeconómicos a los que se unen las consecuencias económicas negativas derivadas de la perturbación que

ha supuesto la pandemia mundial de la COVID-19. De este modo, las recomendaciones realizadas por la Comisión dentro del Semestre de 2020 y que actúan, al igual que las de 2019, como condicionante primario para desbloquear los recursos destinados al plan de recuperación y resiliencia serían las siguientes¹⁰:

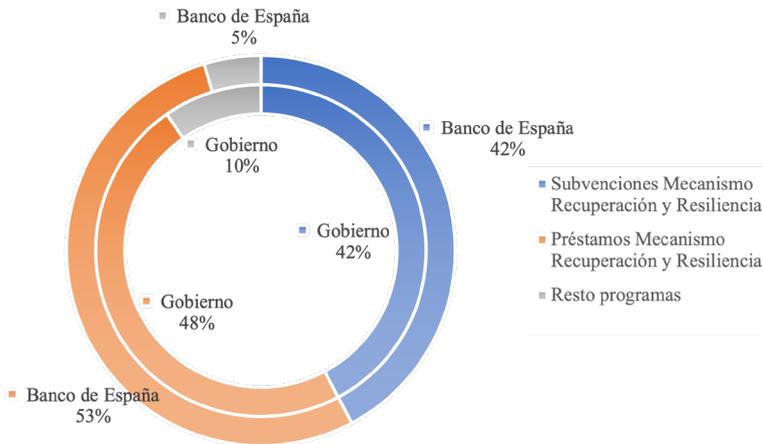
- Administración pública: a pesar de la activación de la salvaguarda del Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹¹ según la cual se permite a los Estados miembros adoptar medidas presupuestarias para hacer frente a situaciones de crisis económicas como la actual, apartándose de manera temporal de la senda de ajuste y estabilidad presupuestaria, debe mantenerse como objetivo la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo, por lo que, en el momento en el que las condiciones económicas lo permitan, España deberá aplicar políticas fiscales conducentes a la sostenibilidad de la deuda. Se requiere, asimismo, el fomento de la inversión, en especial el destinado a reforzar la capacidad y resiliencia del sistema sanitario.
- Mercado laboral y educación: asegurar y preservar los puestos de trabajo; incentivar la contratación; reforzar la protección por desempleo; mejorar la cobertura y adecuación de los programas de renta mínima y de apoyo a la familia; aumentar el acceso al aprendizaje digital.
- Políticas de inversión: proporcionar liquidez a pequeñas y medianas empresas y a autónomos, especialmente a través de la reducción del período medio de pago a proveedores por parte de la Administración; anticipar los proyectos de inversión pública que se encuentren en una situación avanzada y promocionar la inversión privada; promover la inversión en la transición ecológica y digital.
- Cohesión territorial: mejorar la coordinación entre niveles de gobierno; reforzar el marco de contratación pública.

4 DISTRIBUCIÓN DE LOS FONDOS NEXT GENERATION EU

Desafortunadamente, existen pocas cifras oficiales acerca de la distribución final de los fondos que componen la herramienta NGEU. Teniendo en cuenta el acuerdo final al que llegó el Consejo, la Comisión ha hecho públicas las estimaciones del reparto de las transferencias del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. De los 312.500 millones de euros asignados, a España le corresponderían 59.168 millones de euros, el 18,93% del total.

El Gobierno de España y el Banco de España cifran el montante total que recibirá España en torno a los 140.000 millones de euros, aunque los cálculos que realizan ambas instituciones difieren entre sí en lo relativo a las cantidades que serán percibidas en forma de préstamos y en forma de transferencias no reembolsables, como se aprecia en el gráfico siguiente¹².

Gráfico 4. Estimaciones del Gobierno de España y del Banco de España sobre la distribución de recursos del fondo *Next Generation EU*



Fuente: elaboración propia a partir de Gobierno de España y Banco de España.

Por tanto, para conocer los préstamos incluidos dentro del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia como para el resto de las subvenciones ligadas al resto de programas, es necesario realizar estimaciones bajo supuestos que tendrán una mayor o menor similitud con la distribución final con el fin de poder evaluar las cantidades totales que recibirá cada país durante el próximo lustro. La metodología empleada para la realización de dicho ejercicio está basada en la desarrollada por Darvas¹³.

En relación con los préstamos, en el apartado segundo se indicaba que la cantidad máxima que podría obtener cada país sería el 6,8% de su Renta Nacional Bruta en precios de 2018. Si se usa la Renta Nacional Bruta estimada por la Comisión Europea para el año 2020 a precios de 2018, utilizando el deflactor de precios del PIB, la cantidad total de préstamos que podrían solicitar los Estados miembros supera de manera notable la cantidad máxima acordada para tal fin dentro del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que es de 360.000 millones de euros. Esto podría deberse a que la Comisión no espera que todos los países hagan uso por completo de las cantidades puestas a su disposición bajo esta modalidad. Tal y como se indicó anteriormente, los empréstitos suponen un complemento a las transferencias no reembolsables para financiar los planes de recuperación y resiliencia; además, debe ser tenido en cuenta que el coste del endeudamiento de la Unión Europea podría superar el de algunos países, por lo que es plausible pensar que no todos los Estados harán uso de esta herramienta, realizando, de ser necesario, operaciones de crédito por su cuenta.

De acuerdo con Darvas¹⁴, España sería uno de los países que tienen un diferencial positivo entre el coste de su financiación y el de la Unión Europea. La evidencia histórica sitúa el coste de la emisión de deuda por parte de la Unión Europea en cerca de 50 puntos

básicos inferior al de la emisión del Tesoro de España¹⁵. Por tanto, no es descartable que España solicite parte o la totalidad de los recursos a los que tiene acceso en forma de préstamos, que rondarían los 76.000 millones de euros. En el plan presupuestario para el ejercicio 2021 se hace referencia a que los préstamos serían usados en todo caso como complemento más allá de 2023 para financiar los proyectos puestos en marcha.

El criterio de asignación del REACT-EU ha sido descrito por la Comisión Europea¹⁶, siendo un sistema complejo debido a los múltiples indicadores tenidos en cuenta para su distribución, así como sus límites tanto inferiores como superiores para tratar de favorecer a los Estados más castigados por la crisis causada por la pandemia:

- La caída del PIB entre el primer semestre de 2019 y el período de referencia¹⁷ tendrá un peso del 66,7 %, ajustado por el porcentaje de Renta Nacional Bruta de cada país con relación a la media de la UE-27.
- El 22,2 % se distribuye en función del desempleo. Más específicamente, el 16,7 % en función de la proporción sobre el total de desempleados del Estado miembro en enero de 2020, y el 5,6 % restante en función del incremento del nivel de desempleo entre enero de 2020 y el período de referencia¹⁸.
- El 11 % restante es asignado en función del desempleo juvenil, que se expresa en $\frac{3}{4}$ partes en función de la media del total de personas jóvenes desempleadas en enero de 2020 con respecto al total de todos los Estados miembros, y en $\frac{1}{4}$ parte en función del incremento del número de jóvenes desempleados entre enero de 2020 y el período de referencia, el cual es el mismo que en el caso del factor de desempleo.

En caso de que algún país tuviese un crecimiento positivo de su nivel de PIB entre el primer semestre de 2019 y el período de referencia, será excluido del cálculo del reparto del fondo en función de la caída del producto. Lo mismo sucedería tanto para el factor de desempleo como para el del desempleo juvenil si se registran descensos en ambos indicadores, en lo relativo a la parte correspondiente al aumento del desempleo global y juvenil.

Los límites impuestos serán los siguientes:

- Países con un nivel de Renta Nacional Bruta por encima del 109 % de la media de la UE-27 entre 2015 y 2017, el 0,07 % del PIB real de 2019.
- Países con un nivel de Renta Nacional Bruta por debajo del 90 % de la media de la UE-27 entre 2015 y 2017, el 2,6 % del PIB real de 2019.
- Países cuya Renta Nacional Bruta se sitúa entre las dos bandas indicadas en los puntos anteriores para el período 2015-2017, se realiza una interpolación lineal entre el 0,07 % y el 2,60 % de su PIB real de 2019.

Las cantidades excedentarias una vez aplicados los citados límites se distribuirán de manera proporcional a todos los Estados miembros cuya Renta Nacional Bruta fuese inferior a la media de la UE-27 entre 2015 y 2017. Se ha asumido que la distribución proporcional se realizará según la proporción de los fondos obtenidos atendiendo a los criterios primeramente definidos.

Con carácter previo a la distribución según los valores de 2020 se asignarán 30 € por habitante a las regiones ultraperiféricas de la NUTS nivel 2, y solamente se repartirá la cantidad restante de acuerdo con los criterios antes mencionados. Para los años 2021 y 2022 no existe propuesta de asignación de fondos para estas regiones. Las Islas Canarias recibirían, por tanto, 66 millones de euros.

Asimismo, es necesario tener en cuenta el reparto anual de los fondos. La Comisión¹⁹ ha estimado el calendario de pagos global tanto para el REACT-EU como para los recursos adicionales integrados dentro del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y el Fondo Social Europeo, los cuales tienen objetivos similares. Asumiendo dicho calendario, el 8,6% de los fondos se asignarían en 2020, el 72,8% en 2021 y el 18,6% restante en 2022.

España recibiría a través de este instrumento más de 13.000 millones de euros, el 27,7% del total. El recurso PIB supone el mayor aporte a esta cantidad, con el 41,8% del total; asimismo, el reparto entre países con niveles de renta per cápita por debajo de la media de la UE-27 tiene un peso del 33,87%.

Con respecto al reforzamiento al Fondo Europeo Agrícola para el Desarrollo Rural (FEADER), el anexo del documento publicado por la Comisión de propuestas legislativas sobre la política agrícola común (PAC)²⁰ incluye una estimación de la distribución de los fondos totales. De este modo, a partir de esta información es posible asumir cómo se distribuirían los recursos adicionales incluidos dentro del programa NGEU. España recibiría 670 millones de euros para el refuerzo del desarrollo rural.

Los criterios para el reparto del Fondo de Transición Justa también han sido publicados por la Comisión²¹. La proporción correspondiente a cada Estado miembro se calculará como la suma ponderada del peso que tiene sobre el total de la media comunitaria para los siguientes factores:

- Las emisiones de gases de efecto invernadero en las instalaciones industriales en las regiones de nivel 2 de la NUTS. Su peso es del 49%.
- Contará un 25% la ocupación en la minería de carbón y lignito.
- El nivel de empleo en las industrias referidas en el primer punto tendrá un peso del 25%.
- La producción de turba y de petróleo de esquisto estarán ponderados por el 0,95% y el 0,05%, respectivamente.

Se establece un límite a la cantidad que puede recibir cada país de 8.000 millones de euros. Los recursos sobrantes se distribuyen de manera proporcional realizando un ajuste según el promedio de la Renta Nacional Bruta de cada Estado con respecto al promedio de la UE-27. También se incluye un límite inferior de 32 euros por habitante²². A España le corresponderían 450 millones de euros.

El fondo InvestEU supone una actualización de la propuesta presentada en 2018²³. Consiste en una garantía presupuestaria de la Unión Europea para facilitar las políticas de inversión en sectores estratégicos tales como las infraestructuras sostenibles, el apoyo de la investigación, innovación y digitalización, facilitar financiación a pequeñas y medianas empresas, o el refuerzo de la inversión social, en un contexto de crisis provocada

por la COVID-19; es decir, a pesar de no fijar cuotas geográficas, se puede intuir que los fondos podrían tener como destino aquellos Estados miembros más perjudicados por la pandemia y con una menor capacidad de movilización de recursos²⁴. De este modo, se opta por emplear una fórmula similar a la usada por Darvas²⁵:

- Se obtiene la caída promedio del PIB entre el primer semestre de 2020 y de 2021 con respecto al del primer semestre de 2019, al igual que en el caso del fondo REACT-EU.
- De acuerdo con las estimaciones de la Comisión Europea, se realiza el promedio del endeudamiento público sobre el PIB para los años 2020 y 2021 con relación a la media de la UE-27.
- Se promedian ambos resultados y se transforma en base 100.

De acuerdo con la metodología aplicada, España recibiría 350 millones de euros, lo que supone el 6,2% del total de recursos. Como era de esperar, países con un nivel de endeudamiento elevado como Grecia o Portugal recibirán muchos más fondos, para compensar su falta de capacidad fiscal para movilizar inversiones orientadas a los planes estratégicos fijados en la propuesta de la Comisión Europea.

Para el cálculo de la asignación del Fondo Horizonte Europa tampoco existen cuotas de distribución, por lo que se ha decidido usar el porcentaje de recursos que los Estados miembros han obtenido a través del programa predecesor, Horizonte 2020, con objetivos similares a la hora de financiar proyectos de investigación e innovación. Por este motivo, se han tomado los porcentajes de la contribución neta de la Unión Europea²⁶ de este último para cada Estado miembro sobre el total recibido por el conjunto de Estados miembros^{27,28}.

Es plausible pensar que los países que fueron capaces de generar más proyectos de investigación financiados por la Unión Europea sean los mismos que dentro del marco NGEU capten más transferencias con este objetivo. Así, las estimaciones establecen que, después de Alemania y Francia, España sería el país que más fondos procedentes de Horizonte Europa obtendría, con el 11,6% del total, es decir, 580 millones de euros.

Finalmente, el Fondo RescEU tampoco fija criterios de distribución, ya que tiene el objetivo de transferir recursos para hacer frente a desastres naturales, dotando de mayor capacidad a la respuesta común europea de protección civil. Por esta razón, al igual que Darvas²⁹, se usa como criterio de reparto el peso de la Renta Nacional Bruta de cada Estado miembro sobre el total de la Unión Europea³⁰.

España tiene un peso del 8,75% en la Renta Nacional Bruta comunitaria, por lo que, de los 1.900 millones de euros de los que está dotado el Fondo RescEU, recibiría 166 millones de euros.

La distribución final de recursos aparece reflejada en la tabla siguiente. España podría llegar a obtener 150.000 millones de euros procedentes del total de fondos que conforman el NGEU, una cifra similar a la estimada por otras instituciones públicas, aunque la cifra más probable es la que se acerque a los 74.200 millones de euros, que es la cantidad estimada de ayuda en forma de transferencias que recibiría.

Tabla 5. Distribución final de los fondos Next Generation EU, millones de euros

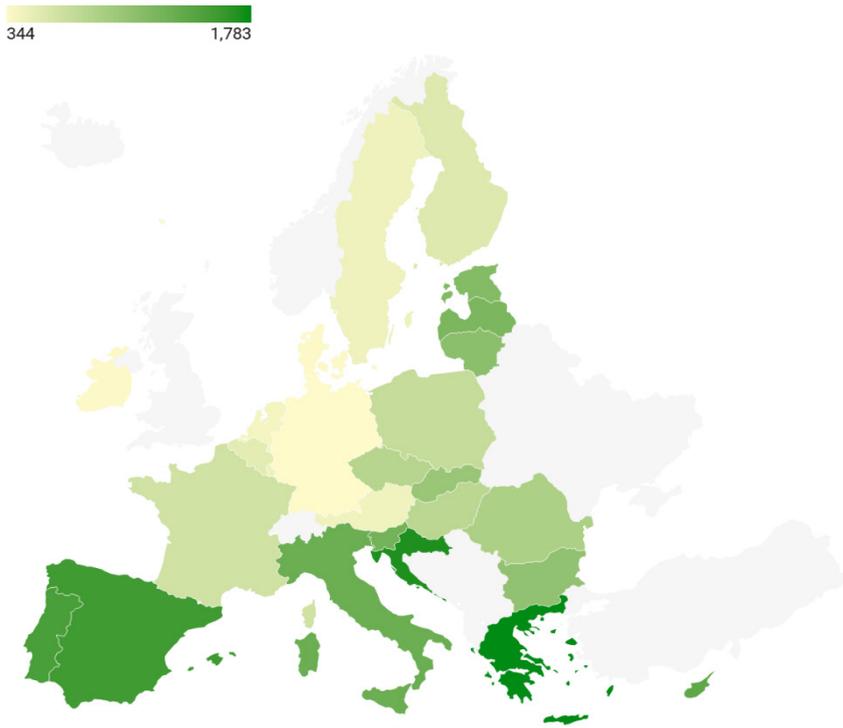
País	Préstamos y garantías	Transferencias	Total
Bélgica	30.095,36	6.000,54	36.095,89
Bulgaria	3.746,38	7.488,56	11.234,93
República Checa	13.039,10	8.785,04	21.824,15
Dinamarca	20.367,89	2.080,61	22.448,50
Alemania	218.870,32	28.524,90	247.395,22
Estonia	1.743,20	1.542,06	3.285,26
Irlanda	16.344,79	1.763,01	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 Bajos	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
Rumanía	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

Fuente: elaboración propia a partir de la Comisión Europea y Darvas (2020).

Para poder hacer una comparativa con respecto al resto de países, en estos momentos solo es posible tener en cuenta las transferencias, puesto que suponen unos recursos

para los cuales existe una mayor certidumbre. De este modo, España sería uno de los países más beneficiados, al recibir 1.580 euros por habitante. Puede comprobarse que, de acuerdo con las estimaciones realizadas, serán los países del sur los que más ayudas no reembolsables recibirán, como Italia, Grecia, Portugal o Chipre. Es decir, los fondos NGEU parece que pueden cumplir su función a la hora de hacer frente a los costes causados por la crisis de la COVID-19, al mismo tiempo que refuerza a aquellos Estados miembros con estructuras económicas más débiles.

Figura 2. Transferencias *Next Generation EU* por habitante (€/hab.)



Fuente: elaboración propia a partir de la Comisión Europea y Darvas (2020).

La parte más importante de recursos que recibirá España sería la correspondiente al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, aunque también tiene cierta importancia relativa la cantidad procedente del REACT-EU. Asimismo, destacaría el Fondo Horizonte 2020, siempre y cuando se mantengan los niveles de investigación de años precedentes.

Tabla 6. Estimación de los recursos asignados a España por tipo de fondo *Next Generation EU*

Fondo	Cantidad (millones de €)
Mecanismo de Recuperación y Resiliencia - Transferencias	59.168,00
Mecanismo de Recuperación y Resiliencia - Préstamos	76.107,21
REACT-EU	13.160,10
FEADER	668,62
Transición Justa	451,67
InvestEU	349,11
Horizonte 2020	579,93
RescEU	166,28

Fuente: elaboración propia a partir de la Comisión Europea y Darvas (2020).

5 OPORTUNIDADES, RETOS Y POSIBLE IMPACTO ECONÓMICO

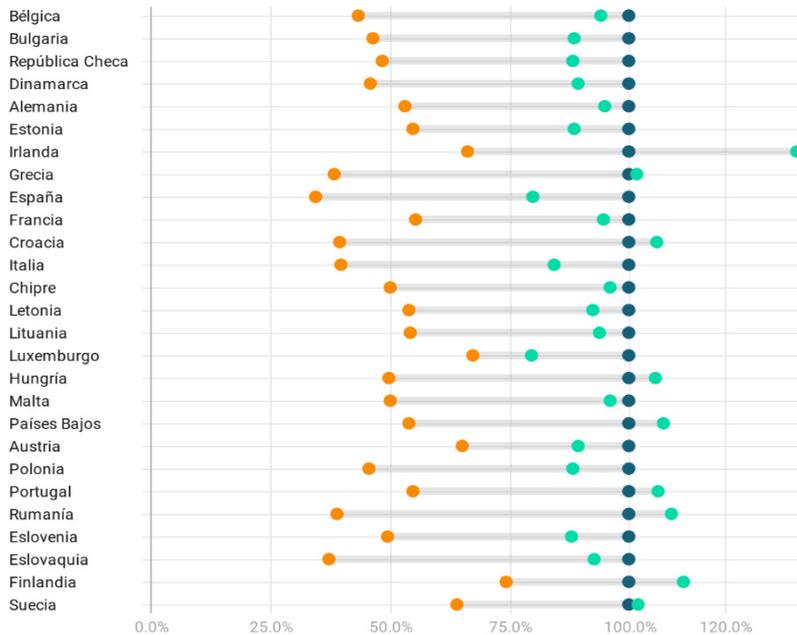
El impacto económico que podrían tener los fondos NGEU en España dependen de varios factores. Primero, la discusión, y aprobación y desbloqueo final de los fondos en el seno de las instituciones europeas podrían hacer retrasar su llegada. Segundo, las cantidades finalmente recibidas juegan un papel relevante, y estas están supeditadas a la capacidad de absorción por parte de las instituciones españolas de los recursos procedentes de la Unión Europea. Tercero, del multiplicador del gasto público, es decir, cuánto valor es capaz de generar cada euro invertido. Cuarto y último, los efectos multiplicadores en el tiempo, que serán mayores si las inversiones vienen acompañadas de reformas estructurales que ayuden a aumentar el PIB potencial.

Aunque los fondos NGEU han suscitado cierto entusiasmo en el seno de las instituciones europeas y de los Estados miembros, algunos condicionantes de tipo no económico han provocado que su aprobación final se haya visto comprometida. Más concretamente, en las Conclusiones emitidas por el Consejo Europeo³¹ se destacaba la importancia de respetar el Estado de derecho. En las negociaciones posteriores entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo para definir el marco y las bases jurídicas que regularán los distintos programas del NGEU se estableció la necesidad de proteger y reforzar los intereses financieros y presupuestarios de la Unión Europea ante incumplimientos de los principios del Estado de derecho, tales como la libertad de prensa, la democracia, los derechos humanos o la independencia de la justicia. Este acuerdo implica la posibilidad de bloquear las transferencias a los Estados miembros incumplidores de la condicionalidad del Estado de derecho a través de una mayoría cualificada por parte del Consejo³².

El Coreper II aceptó por mayoría cualificada la citada condicionalidad; sin embargo, también se han sometido a votación los instrumentos de recuperación y el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, para los que era necesaria la unanimidad de los Representantes Permanentes de los 27 Estados miembros, siendo rechazados ambos debido al veto de Hungría y Polonia. El artículo 7 del TFUE es de aplicación justamente en estos dos países como forma de garantizar que se respetan los valores comunitarios y el Estado de derecho. Esta situación podría retrasar la llegada de las transferencias a España y acabar afectando al impacto final que pudiesen tener, sobre todo a corto plazo, ya que serán necesarias nuevas negociaciones para lograr, o bien la aprobación final por parte de todos los países, o bien la búsqueda de nuevas fórmulas que permitan su desbloqueo.

Los fondos procedentes de la Unión Europea, como indica Hidalgo³³, suponen tanto una oportunidad como un reto. Una oportunidad debido a que, sumados los recursos procedentes del Marco Financiero Plurianual 2021-2027, España podría recibir en esta década un 2,2% de su PIB de forma anual y, si se tiene en cuenta la necesidad de comprometer el 70% del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia antes de finalizar 2022, es esperable que este porcentaje se sitúe por encima del 3% del PIB durante algunos ejercicios. Si se relativizan estos datos, la formación bruta de capital fijo del conjunto de administraciones públicas se ha situado en los últimos años en el 2,1% del PIB. Un reto debido a que durante el Marco Financiero Plurianual 2014-2020 España no ha sido capaz de gestionar con eficacia 56.000 millones de euros, tanto para la selección de fondos como para la certificación del gasto ejecutado, es decir, entre tres y cuatro veces menos que los recursos que llegarán durante la próxima década.

Gráfico 5. Grado de asignación (en verde) y ejecución (en naranja) de los fondos de inversión y estructurales europeos 2014-2020, % sobre planeado (en azul)



Fuente: elaboración propia a partir de la Comisión Europea.

Nota: Los datos están actualizados a 30 de junio de 2020, salvo para el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y para el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, para los cuales las cifras están actualizadas hasta el 31 de diciembre de 2019.

La tercera cuestión relevante es la relativa al posible multiplicador fiscal que podría producir la inyección de estos recursos, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica. Hernández y Moral-Benito³⁴ han calculado el multiplicador fiscal para España entre 1986 y 2012 para distintos tipos de gasto y distintas situaciones (crisis económica, cuentas públicas débiles y crisis bancarias). En momentos de recesión, los multiplicadores fiscales son sistemáticamente mayores que en momentos de expansión, además de que se sitúan por encima de 1. En el modelo central, en el cual analizan los períodos de crisis (combinando situaciones recesivas, de estrés bancario y un estado de las cuentas públicas deficitario) con respecto a los de no crisis, los autores encuentran que el multiplicador del gasto público se situaría en 1,4, siendo mayor a medio y largo plazo para la inversión pública (transcurridos dos años podría situarse por encima de 4). Datos similares han sido encontrados por Castro y Hernández³⁵ entre los años 1980 y 2004, con un multiplicador del gasto público del 1,3, aunque a partir del cuarto año se situaría por debajo de 1.

Finalmente, y tal como se mencionó en apartados anteriores, es un requisito que los planes de recuperación y resiliencia tengan en cuenta las recomendaciones incluidas dentro del Semestre Europeo. La aplicación de reformas estructurales podría ayudar a aumentar la intensidad del impacto positivo en el tiempo de las inversiones canalizadas a través de los fondos NGEU.

La conveniencia de la aplicación de reformas estructurales en el contexto español ha sido analizada por Doménech y González Páramo³⁶. Los autores señalan que aplicar reformas en el mercado laboral que reduzcan la dualidad y la temporalidad, además de mejorar las políticas activas de empleo, de tal modo que la tasa de desempleo estructural pase del 15,5 % al 7,5 %, podría conllevar un notable aumento del PIB potencial y una reducción del endeudamiento público hacia niveles sostenibles (a largo plazo, el PIB per cápita podría aumentar más de un 30 %, el endeudamiento podría caer por debajo del 40 % del PIB, el gasto público per cápita se incrementaría en más de un 20 % y la carga fiscal se vería minorada en torno a un 10 %). Varga *et al.*³⁷ también han encontrado efectos positivos sobre el PIB per cápita derivados de la aplicación de reformas estructurales en el mercado de productos, mercado laboral y en el sistema educativo, con los cuales podría cerrarse la brecha en el ingreso per cápita con respecto a la media de los tres mejores países de la Eurozona³⁸.

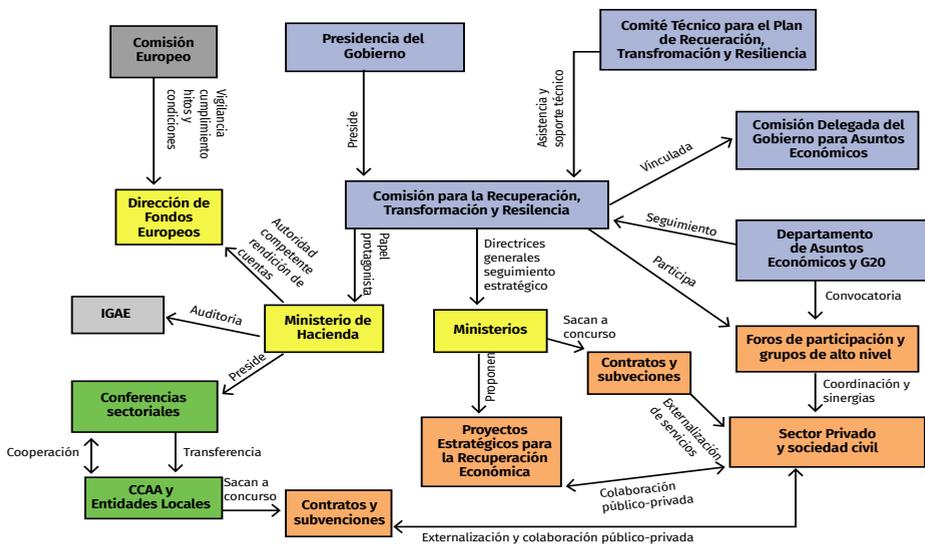
Actualmente, los proyectos destinatarios de los fondos NGEU no han sido aprobados, lo que dificulta las estimaciones de su posible impacto económico y social durante los próximos años. A comienzos del mes de octubre fue presentado el plan de recuperación, transformación y resiliencia³⁹ en el cual se establecen las líneas y objetivos principales de actuación que orientarán la inversión y recuperación dentro del marco NGEU. Esta hoja de ruta está inspirada en la Agenda 2030, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU y en la Agenda del Cambio.

Con el objetivo de mejorar los procesos de gestión y absorción de los fondos, en el plan de recuperación, transformación y resiliencia, se articula el modelo de gobernanza empleado para la “selección, seguimiento, evaluación y coordinación” de los proyectos candidatos para la recepción de recursos. La autoridad principal residirá en una Comisión creada *ad hoc*, presidida por el presidente del Gobierno e integrada por los ministros de las áreas de mayor vinculación con la ejecución de los instrumentos NGEU. La Comisión mantendrá contacto con la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos con el fin de garantizar coherencia entre la política económica y las propuestas desarrolladas. También se constituirá una Unidad de Seguimiento para realizar una evaluación continua del plan. Para la coordinación interterritorial, se reactivará la Conferencia Sectorial de Fondos Europeos, al mismo tiempo que en las conferencias de presidentes autonómicos que se celebren en los próximos años se evaluarán los instrumentos y la implementación de los proyectos. Las entidades locales tendrán un papel relevante en los mecanismos de cogobernanza. Con respecto a la sociedad civil, se estima que se movilicen hasta 500.000 millones de euros de recursos procedentes del sector privado, por lo que está prevista la organización de foros y

consejos consultivos con los *stakeholders* de los sectores principalmente involucrados. Finalmente, será el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Fondos Europeos, la autoridad responsable ante las instituciones europeas para la rendición de cuentas y la realización de los controles preceptivos para asegurar la correcta asignación de recursos en coherencia con lo indicado en apartados anteriores.

Todavía no están definidos de manera oficial los órganos y las competencias concretas encargadas de la gobernanza de los fondos NGEU más allá de lo planteado en el plan descrito en el párrafo anterior. Sin embargo, en la figura siguiente se muestra la probable estructura organizativa de gobierno que controlará las inversiones en España a partir de la información hecha oficial hasta el momento y el borrador del real decreto que regulará el funcionamiento de los citados mecanismos⁴⁰.

Figura 3. Gobernanza de los fondos *Next Generation EU*



Fuente: elaboración propia.

Se establecen cuatro grandes ejes transversales que supondrán la vertebración de las 10 políticas y reformas estructurales palancas que se llevarán a cabo durante los próximos años: la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial. Los recursos destinados a la mejora del sistema educativo, cuyos objetivos serán la mejora de las capacidades digitales de la población, el impulso de la Formación Profesional y de la educación de 0 a 3 años, y la flexibilización de los programas docentes, recibirían la mayor parte de los recursos. Las políticas industriales tendrán la segunda mayor dotación de financiación, y se centrarán en cuatro sectores

estratégicos (salud, automoción, turismo y comercio), girando en torno a la digitalización, innovación, conectividad y ayuda a la internalización de las pequeñas y medianas empresas. Incrementar la eficiencia del Sistema Nacional de Salud, así como la retención y atracción de talento, incentivar la renovación del parque de vehículos para reducir el impacto medioambiental, promover la rehabilitación de viviendas y la regeneración urbana instalando sistemas energéticos menos costosos y contaminantes serán otros de los polos de atracción de los fondos europeos.

En cuanto a las reformas estructurales, las principales estarán orientadas hacia el sistema educativo y el mercado laboral. En relación con la segunda, se hace especial hincapié en las recomendaciones incluidas dentro del ciclo del Semestre Europeo; en concreto, se tratará de introducir mecanismos de flexibilidad de manera permanente para hacer frente a procesos de ajuste ante *shocks*, y se simplificarán las modalidades de contratación, se transformarán los servicios públicos de empleo de tal modo que haya una mayor concordancia entre la oferta y demanda de trabajo, y se impulsarán las políticas de inserción laboral, las cuales estarán articuladas en torno al reciente creado ingreso mínimo vital. Las políticas de cohesión son transversales, por lo que las inversiones realizadas en cada uno de los 10 ejes de actuación prevén actuaciones concretas para el cierre de la brecha de desarrollo económico entre diferentes territorios. Con relación a las administraciones públicas, se digitalizará la Administración, prestando especial interés a la Administración de justicia, se promoverá la rehabilitación energética del patrimonio público, y se reducirá la temporalidad y la precariedad de los empleados públicos. Finalmente, menciona la necesidad de transformar el sistema fiscal para asegurar la sostenibilidad de las cuentas públicas, pero no se espera una actuación a corto y medio plazo más allá de la creación de una comisión de expertos; mientras, las medidas de carácter impositivo se centrarán en reducir el fraude fiscal, la creación del impuesto sobre determinados servicios digitales y del impuesto sobre transacciones financieras, y la remodelación de la imposición medioambiental; por el lado del gasto, se incluye la mejora de la eficiencia del gasto público en consonancia con las recomendaciones y evaluaciones de gasto realizadas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Se asegurará la sostenibilidad del sistema de pensiones dentro del marco del Pacto de Toledo, pero se plantean incentivos al retraso de la edad de jubilación, a la complementariedad del sistema con una revisión del sistema de previsión social en el ámbito de la empresa, y la integración y convergencia de los distintos regímenes de pensiones.

Tabla 7. Asignación de fondos por políticas palanca en los próximos tres años

Propuesta	Fondos asignados (% total)*
Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura	16,0
Infraestructuras y ecosistemas resilientes	12,2
Transición energética justa e inclusiva	8,9
Una Administración para el siglo XXI	5,0
Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora	17,1
Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud	16,5
Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades	17,6
Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo	5,7
Impulso de la industria, de la cultura y el deporte	1,1
Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible	-

Fuente: Presidencia del Gobierno.

* Los porcentajes están calculados sobre los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y los del REACT-EU.

Según se establece en el plan presupuestario del año 2021, está previsto que se desembolsen 27.436 millones de euros, 25.000 millones procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en forma de transferencias), mientras que los 2.436 millones restantes se corresponden con fondos del REACT-EU, los cuales se destinarán a la adquisición de vacunas, al reforzamiento de la atención primaria y a la renovación de tecnologías sanitarias que serán ejecutadas por las comunidades autónomas. La cuantía restante del instrumento REACT-EU también está programada para 2021, siendo los gobiernos regionales los encargados de su ejecución en programas operativos dentro del ámbito del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y del Fondo Social Europeo.

Algunas instituciones han estimado el posible impacto económico de los fondos NGEU en España. De acuerdo con el Informe de situación de la economía española, el PIB inercial crecería en un 7,2%, mientras que en el escenario de aplicación de las medidas descritas anteriormente el crecimiento se elevaría hasta el 9,8%, es decir, un impacto de 2,7 puntos porcentuales, lo que supone, según la AIReF⁴¹, un multiplicador fiscal de 1,2 puntos, aunque en algunos proyectos digitales y de inversión en I+D podría ser de alrededor de 2. En 2023 el PIB sería 6 puntos porcentuales mayor gracias a la aplicación del plan de recuperación y resiliencia, y se crearían 880.000 puestos de trabajo. Los efectos a largo plazo podrían situar el crecimiento potencial por encima del 2%, es decir, entre 4 y 5 décimas más que en la situación inercial.

Para reflejar el grado de incertidumbre existente sobre el impacto económico, el Banco de España⁴² ha estimado cuatro escenarios diferentes según las principales incógnitas relacionadas con los fondos europeos:

- La cuantía que se ejecutará, la cual, a efectos de la simulación de diferentes escenarios, ha normalizado en el 0,9 % del PIB.
- El calendario de realización de proyectos. Consideran dos situaciones alternativas: (1) ejecución temprana, en donde el 70 % de los recursos se asignará y ejecutará entre 2021 y 2022; (2) ejecución tardía, de acuerdo con el cual el calendario de pagos variaría para cada ejercicio, siendo del 6 % para 2021 y 2026, del 18 % para 2022 y 2025, y un 26 % para 2023 y 2024.
- El reparto entre transferencias y préstamos, en el que se estima tanto un escenario en el cual la totalidad de la cantidad normalizada tiene forma de transferencias y otro en el que dicha cuantía son exclusivamente préstamos. Estos últimos, por requerir un esfuerzo a la hora de realizar la devolución, se asume que tendrán un menor impacto positivo que las primeras al computarse como déficit a efectos del ejercicio de simulación.
- El tipo de proyectos que recibirán los fondos. De acuerdo con lo indicado anteriormente en la literatura, el impacto de la inversión pública sería mayor pero más tardío que el efecto multiplicador de otras partidas como el consumo público o las transferencias a los hogares. Se presentan dos escenarios, uno en el que la totalidad de recursos se destinan a inversión pública y otro en el que estos tienen como destino gasto corriente.

Bajo los supuestos más optimistas, es decir, con una ejecución temprana en forma de transferencias y de inversión pública de manera exclusiva, el efecto macroeconómico sería de un incremento del PIB de en torno a 0,2-0,35 puntos porcentuales para los años 2021 y 2022, es decir, el multiplicador se situaría entre el 1,2 y el 1,4. En otros escenarios más pesimistas, el multiplicador sería ligeramente superior a 1 a corto plazo, mientras que el diferencial entre destinar los recursos a inversión pública o canalizarlos a través de gasto corriente sería de entre 0,1 y 0,2 puntos porcentuales del PIB a favor de la primera situación.

El crecimiento anual del PIB dependerá también en gran medida de la aprobación de reformas estructurales. Las proyecciones realizadas por el *Spanish and International Economic & Financial Outlook* (SEFO)⁴³ señalan que los fondos NGEU podrían generar un crecimiento anual del 4,5 % entre 2021 y 2023, y del 1,6 % entre 2024-2027; y, de aplicarse reformas que conduzcan al cierre de la brecha en la productividad y la reducción del desempleo y la precariedad laboral, el crecimiento se elevaría a corto plazo al 4,9 % y a medio plazo al 1,9 %.

La propia Comisión Europea⁴⁴ ha estimado en el informe sobre España 2020 para la evaluación de los avances en las recomendaciones sobre reformas estructurales y la prevención y la corrección de desequilibrios macroeconómicos el efecto que podría tener un paquete de inversión pública de 130.000 millones de euros a lo largo de 10 años, es decir, un aumento de la inversión del 1 % del PIB anual. Dicha inversión estaría orientada hacia los campos relacionados con la condicionalidad que requiere el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, esto es, potenciar el crecimiento y la productividad en

investigación e innovación y la promoción de la transición ecológica. Las estimaciones recogidas en la tabla siguiente resaltan un efecto multiplicador en la línea de los estudios citados previamente, y se aceleraría hacia el final del período como consecuencia del incremento del PIB potencial.

Tabla 8. Efectos indirectos de un programa de inversión pública en España en 10 años

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
Producción 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
Deuda pública/PIB	-0,67	-0,52	-0,62	-0,75	-0,94	-1,18	-1,46	-1,77	-2,12	-2,53

Fuente: Comisión Europea.

Nota: Los efectos indirectos se calculan como la cifra de variación porcentual en niveles en comparación con una situación en la que no se realizase el programa de inversión pública.

6 CONCLUSIONES

Hasta el estallido de la pandemia, España acumulaba más de cinco años en una fase alcista del ciclo económico; sin embargo, el coronavirus ha cambiado por completo la situación económica nacional e internacional. Las medidas sociosanitarias conducentes a reducir la tasa de contagio y “aplanar la curva” explican la pérdida de PIB acumulada durante los dos primeros trimestres del año, la cual supera el 10%, mientras que los índices sintéticos de actividad y consumo se han reducido en más de un 20 %, recuperándose tímidamente hasta el mes de junio.

Para hacer frente al *shock* negativo en la Unión Europea, el pasado mes de mayo la Comisión Europea, a petición de los Estados miembros propuso el denominado programa *Next Generation EU*, que supondrá la movilización de hasta 750.000 millones de euros para hacer frente a la crisis económica causada por la COVID-19 y promover las transformaciones que ya estaban empezando a producirse en los últimos años: la transición ecológica y digital. El objetivo es crear una economía mucho más resiliente al mismo tiempo que se fomenta la cohesión y la convergencia regional dentro de la Unión Europea.

En el presente trabajo se han estimado las cantidades que percibiría cada Estado miembro por cada uno de los fondos integrantes del NGEU, siendo España uno de los países más beneficiados de estas ayudas, al poder recibir entre transferencias y préstamos cerca de 150.000 millones de euros. Esto supone poder doblar la inversión pública actual durante la próxima década. Si solo se tienen en cuenta los fondos no reembolsables, se ha calculado que el posible efecto macroeconómico indirecto podría oscilar entre 1,2 y 2,4 puntos de PIB. Según las previsiones del Gobierno de España, la

mayor parte de los fondos serán asignados durante los tres primeros años de vigencia, es decir, hasta 2023, generando 880.000 puestos de trabajo y 6 puntos de PIB. A largo plazo, el producto potencial podría incrementarse entre 4 y 5 décimas.

Sin embargo, han sido identificados ciertos retos e incertidumbres que deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar la incidencia positiva de los fondos procedentes de Europa. Primero, la condicionalidad relativa al Estado de derecho puede provocar retrasos e, incluso, modificaciones sustanciales en la forma que finalmente adoptarán los fondos NGEU. Segundo, será crucial mejorar la capacidad de absorción y ejecución, teniendo un papel relevante la gobernanza y coordinación de todos los sectores implicados, debido a que los recursos que se recibirán en los próximos años podrían multiplicar por tres o cuatro a los obtenidos en anteriores marcos plurianuales de financiación. Tercero, el multiplicador fiscal será diferente según el tipo de gasto que se realice, por lo que será importante la distribución entre los diferentes proyectos candidatos. Cuarto, la intensidad del *shock* positivo en el tiempo y en cantidad dependerá asimismo de la aplicación de reformas estructurales en coherencia con el Semestre Europeo con el fin de aumentar el 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. y 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 Agriculture 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. y Pérez, J.J. 2020. «Endeudamiento supranacional y necesidades de financiación en la Unión Europea», en *Banco de España, Documentos Ocasionales*, 2021.
- Doménech, R. y 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. y 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. y 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. y 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*

Tabla 9. Distribución de las transferencias del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, millones de euros

País	Asignación del 70 % (2021-2022)	Asignación del 30 % (2023)	Total
Bélgica	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
Alemania	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 Bajos	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
Rumanía	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

Fuente: Comisión Europea.

Tabla 10. Cantidad máxima disponible en forma de préstamos para cada país, estimación del reparto de REACT-EU, estimación de la distribución de los recursos adicionales FEADER, estimación de la distribución del Fondo de Transición Justa, estimación de la distribución del Fondo InvestEU, estimación de la distribución del Fondo Horizonte Europa, estimación de la distribución del RescEU, en millones de euros

Países	Cantidad máxima disponible en forma de préstamos	Estimación del reparto de REACT-EU	Estimación de la distribución de los recursos adicionales FEADER	Estimación de la distribución del Fondo de Transición Justa	Estimación de la distribución del Fondo InvestEU	Estimación de la distribución del Fondo Horizonte Europa	Estimación de la distribución del RescEU
Bélgica	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
Alemania	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 Bajos	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
Rumanía	13.470,05	1.743,47	644,78	1.112,3	137,42	26,03	30,50

Países	Cantidad máxima disponible en forma de préstamos	Estimación del reparto de REACT-EU	Estimación de la distribución de los recursos adicionales FEADER	Estimación de la distribución del Fondo de Transición Justa	Estimación de la distribución del Fondo InvestEU	Estimación de la distribución del Fondo Horizonte Europa	Estimación de la distribución del 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

Fuente: elaboración propia a partir de AMECO.

NOTAS

- 1 El Instituto Nacional de Estadística toma como dato de referencia la media de los movimientos producidos entre el 18 y el 21 de noviembre de 2019.
- 2 Gutiérrez y Moral-Benito, 2020.
- 3 Comisión Europea, 2020a.
- 4 Consejo Europeo, 2020.
- 5 Comisión Europea, 2020b.
- 6 Consejo de la 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; La Moncloa, 2020.
- 13 Darvas, 2020.
- 14 Darvas, 2020.
- 15 Delgado-Téllez, *et al.*, 2020.
- 16 Comisión Europea, 2020f.
- 17 Se establecen dos períodos de referencia: por un lado, los años 2020 y 2021, por otro lado, el año 2022. Para los dos primeros años el período de referencia es el primer semestre de 2020, para el último año es el primer semestre de 2021.
- 18 Para los años 2020 y 2021 el período de referencia es la media de personas desempleadas en los meses de junio a agosto de 2020, para 2022 la media de estos mismos meses durante el año 2021.
- 19 Comisión, 2020f.
- 20 Comisión Europea, 2018a.
- 21 Comisión Europea, 2020g.
- 22 Los límites han sido establecidos teniendo en cuenta una dotación inicial para el Fondo de 30.000 millones de euros, por lo que dicha cantidad debería ser tomada con cautela, a falta de más información.
- 23 Comisión Europea, 2018b.
- 24 Comisión Europea, 2020h.
- 25 Darvas, 2020.
- 26 La contribución neta se refiere a la cantidad recibida por cada Estado miembro, excluyendo a terceros que también participan en los proyectos que reciben financiación.
- 27 El Fondo Horizonte 2020 también tiene como destinatarios a Reino Unido y terceros países.
- 28 Comisión Europea, 2018c.
- 29 Darvas, 2020.
- 30 Comisión Europea, 2019c.
- 31 Consejo Europeo, 2020.
- 32 Parlamento Europeo, 2020.
- 33 Hidalgo, 2020.
- 34 Hernández y Moral-Benito, 2016.
- 35 Castro y Hernández, 2008.
- 36 Doménech y González Páramo, 2017.
- 37 Varga *et al.*, 2014.
- 38 Los autores usan como punto de referencia para la aplicación de reformas en cada sector y mercado la media de desempeño de los tres mejores países de la Eurozona. Para comparar la renta per cápita, utilizan los datos de 2012, por lo que Luxemburgo, Austria y Países Bajos serían los países de referencia.
- 39 Presidencia del Gobierno, 2020.

40 Es previsible que el contenido del citado borrador contemple variaciones marginales con respecto a la versión definitiva. Aun así, es necesario tener cierta cautela sobre algunas cuestiones, como es el caso de la composición de la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, en donde todavía no está claro qué miembros del Ejecutivo formarán parte de este organismo.

41 AIREF, 2020.

42 Banco de España, 2020.

43 FUNCAS, 2020.

44 Comisión Europea, 2020c.



Notas y crónicas



Revista Administración & Cidadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 479-492
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4658>
© José Ángel Oreiro Romar
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 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 de la Xunta de Galicia
Secretario general del 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 á 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. Este 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 El estado de alarma y la potestad sancionadora. 2 Las relaciones competencias Estado-comunidades autónomas-entidades locales. 3 La distribución competencial de la CE en materia de salud pública. 4 La potestad sancionadora de los ayuntamientos en materia sanitaria. 5 La competencia de los ayuntamientos para controlar e inspeccionar el cumplimiento de las medidas de prevención para la lucha contra el COVID-19. 6 La preceptividad de la ordenanza municipal para el ejercicio de la potestad sancionadora. 7 La sanción por incumplimiento de la obligación de usar la mascarilla como paradigma de las sanciones COVID-19. 8 La desobediencia o resistencia a la autoridad y a sus agentes. 9 Conclusiones.

1 EL ESTADO DE ALARMA Y LA POTESTAD SANCIONADORA

La Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, habilita al Gobierno para declarar el estado de alarma, excepción y sitio, en el ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 116.2 de la Constitución española de 1978.

El “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” ha supuesto un hito sin parangón en nuestra historia jurídico-legislativa, por tratarse de la segunda vez desde la promulgación de la Constitución de 1978 que se ha declarado un estado de alarma y, en definitiva, que se ha aplicado el artículo 116 de dicha CE. El único precedente de una declaración del estado de alarma fue el “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 poco o nada tiene que ver con la anterior, más allá de la cuestión formal de estar desarrollando y aplicando la misma ley –“Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”– y mismo artículo –116 de la CE–.

El carácter innovador de la norma, que se manifiesta en múltiples aspectos, unido a la urgencia de esta y de la propia situación que la motiva, está dando lugar a múltiples dudas en cuanto a su aplicación práctica cuando se trata de tramitar e imponer sanciones por su incumplimiento, generando una incertidumbre incompatible con los principios que disciplinan la potestad sancionadora, tales como la legalidad o la tipicidad, o en

última instancia con la seguridad jurídica imprescindible cuando se están restringiendo derechos de los ciudadanos en un estado democrático y de derecho.

Y en esta situación, nada deseable, tampoco ayuda la amalgama normativa existente en materia de sanidad y salud pública, que desafortunadamente no contribuye a aclarar un asunto esencial, primario y de capital importancia, como es el de la competencia para la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores.

Partiendo de la base de que una sanción impuesta por un órgano incompetente por razón de la materia es nula de pleno derecho, es evidente que los principios de legalidad y tipicidad no son susceptibles de transacción, renuncia o flexibilización, de manera que no pueden sustituirse por argumentos oportunistas o de mera conveniencia, como la mayor disponibilidad de recursos humanos o medios materiales de una Administración de cara a tramitar estos procedimientos. La potestad sancionadora no es discrecional, ni puede traspasarse por razones de oportunidad, coordinación o cooperación. Al contrario, la potestad sancionadora es reglada y los mecanismos de cooperación y coordinación entre las administraciones públicas no son instrumentos que permitan eludir las normas atributivas de competencias, sino al contrario, su finalidad es permitir que la competencia sea ejercida plenamente por quien la tiene legalmente atribuida.

Este artículo pretende ofrecer herramientas para consolidar los cimientos básicos –reiteramos, competencia, seguridad jurídica, legalidad y tipicidad– para instruir y resolver un procedimiento sancionador cuando el hecho a sancionar se encuentre en el campo de las competencias de los ayuntamientos, sin perjuicio de manifestar con claridad y contundencia que las otras administraciones territoriales –comunidad autónoma y Estado– también tienen legalmente atribuidas competencias en la materia.

2 LAS RELACIONES COMPETENCIALES ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS-ENTIDADES LOCALES

El artículo 137 de la Constitución española, y la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla, al establecer que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, no los enumera o identifica, sino que opta por dejar su determinación a los legisladores estatal y autonómico, que son los que, dentro del marco de la propia CE, los identifican libremente, atribuyéndoles a las entidades locales las competencias que estas pueden y deben desarrollar para satisfacción de aquellos (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre).

El mandato constitucional, planteado de una manera flexible y en modo *numerus apertus*, les permite a los poderes legislativos estatal y autonómico determinar las competencias a las entidades locales. Una vez realizada esta operación, “dentro de la esfera de sus competencias, corresponde en todo caso a los municipios” el ejercicio de las potestades previamente atribuidas (artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en adelante, LBRL), y, dentro de ellas, la potestad sancionadora (artículo 4.1.f LBRL).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara en el entendimiento de que este mandato constitucional no puede limitarse a una mera definición de un elenco o catálogo de materias de interés exclusivo municipal cuya gestión deba quedar reservada a las entidades locales, excluyendo al resto de las administraciones territoriales y conformando un compartimento estanco en el que no pueden entrar. Al contrario, la determinación de la competencia de una entidad local requerirá del legislador la justificación y concreción de los aspectos que, por la peculiar idiosincrasia y razón de ser de las entidades locales, deben ser gestionados por ellas, de acuerdo con el principio de autonomía local y sin perjuicio de la cooperación, coordinación y colaboración institucional. Del mismo modo, podrán existir aspectos de la materia en cuestión que, trascendiendo del ámbito local, deban formar parte del ámbito de competencias del Estado o de las comunidades autónomas. Es tarea del legislador estatal o autonómico la definición nítida y precisa de los aspectos que corresponden a cada Administración dentro de una misma materia, para garantizar que cada una tenga la capacidad para decidir autónomamente sobre ellos. Si el legislador no tiene éxito en esta tarea, que, reconocemos, requiere precisión quirúrgica, podrán producirse problemas como los que tratamos en el presente artículo.

Las conclusiones expuestas parten del artículo 2.1 de la LBRL, cuyo fin, como recuerda la STC de 21 de diciembre de 1989, no es otro que el de concretar el alcance de la garantía constitucional de la autonomía local desde la perspectiva de las competencias locales, y conforme a lo cual “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 encuentra encaje en el marco establecido por el artículo 3.1 de la Carta europea de la 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”. La doctrina pacífica del supremo intérprete de la Constitución, expuesta, entre otras muchas, en la STC de 20 de julio de 2006, rec. 4546/2020, considera que la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la 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 con el diseño relatado, el legislador estatal realiza una enumeración a nivel de bases de una serie de competencias y, dentro de ellas, de una serie de aspectos que, formando parte de estas, deberán ser asumidas por las entidades locales en el entendimiento de que por razones organizativas realizarán una gestión más eficiente y satisfactoria con el interés público. Esta atribución es realizada “en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas” (artículo 25 LBRL), como corresponde a la naturaleza de la ley de bases estatal de la norma que la materializa y que como tal requiere un desarrollo autonómico.

La enumeración se realiza de una manera dispar en función de la materia. Así, en el caso del “tráfico” (artículo 25.1.g LBRL), pormenoriza que los aspectos concretos a gestionar por el municipio serán el “estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano”, lo que excluiría, por ejemplo, otros aspectos como la expedición de títulos administrativos habilitantes para la conducción o la inspección técnica de vehículos.

En otros apartados del mismo precepto, parece optar por especificar el aspecto a gestionar –protección de la salubridad pública, artículo 25.2.j–, aspecto que pertenece a una competencia más genérica y que, a nuestro entender, tiene como claro y último objeto la protección de la salud pública.

Existen posturas contrarias a la titularidad competencial sancionadora de los ayuntamientos en materia de normativa COVID-19, que consideran que la “protección de la salubridad pública” debe englobarse en otras competencias como el medio ambiente y no en la salud pública, tesis que no compartimos, principalmente porque este último ya aparece mencionado en el artículo 25.2.b LBRL, que también concreta los aspectos que dentro de esta materia deben corresponder al 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”, y porque parecen querer dulcificar este concepto para rebajarlo a la categoría de “ornato público” y a un significado meramente estético.

3 LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL DE LA CE EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

La salud pública es un paradigma del diseño expuesto. La CE concibe esta materia como un todo, en el que los múltiples aspectos que la componen deben ser gestionados por las diferentes administraciones territoriales –Estado, comunidades autónomas y ayuntamientos–, que asumirán competencias sobre ellos de acuerdo con los criterios organizativos, de eficiencia o interés público expuestos en las leyes que desarrollan el reparto constitucional.

El artículo 149.1.16.º CE le reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”. Actuando ese título competencial, el Estado dictó la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que reparte las competencias entre Estado, comunidades autónomas y las que denomina “corporaciones locales”. De la siguiente manera:

«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».

En lo relativo a los ayuntamientos, el artículo 42.3 atribuye «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».

Las previsiones expuestas deben integrarse y completarse con la competencia reconocida por el artículo 4.1. f) LBRL, que atribuye a los ayuntamientos potestad sancionadora “dentro de la esfera de sus competencias”, y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, a la que a continuación haremos referencia.

Por su parte, las comunidades autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus estatutos de autonomía y las que el Estado les traspase o delegue (artículo 41.1).

El sistema de distribución competencial se cierra con una cláusula residual que les atribuye a las comunidades autónomas todas las competencias previstas en esa norma y no reservadas expresamente al Estado (artículo 41.2).

4 LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS AYUNTAMIENTOS EN MATERIA SANITARIA

El régimen de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, fue completado por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que tiene también el carácter de norma básica (disposición última cuarta de la ley), y que en su artículo 55 dispone 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”, dejando a salvo los regímenes sancionadores establecidos por la normativa sectorial en otros campos.

El título VI, bajo la rúbrica “infracciones y sanciones”, manifiesta 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” (artículo 56.1), y finaliza, en el artículo 61.1 y bajo el título de órganos competentes para imponer sanciones en materia de salud pública, estableciendo que “la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia”.

Este régimen se completa con las competencias antes mencionadas en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios en el ámbito del control sanitario de industrias, actividades, servicios y transportes y del control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana (artículo 42 de la Ley general de sanidad).

Por tanto, a nuestro parecer, resulta evidente que también en ese ámbito de control del cumplimiento de las normas sanitarias les corresponderá a los ayuntamientos ejercer la potestad sancionadora por aplicación tanto del artículo 4.1.f) LBRL como del artículo 61.1 de la Ley general de salud pública, y en definitiva la competencia para la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores relativos a las infracciones en materia de salud pública.

5 LA COMPETENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA CONTROLAR E INSPECCIONAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA LA LUCHA CONTRA EL COVID-19

La situación provocada por la pandemia del virus COVID-19 ha dado lugar a una serie de normas, primero estatales y posteriormente autonómicas, de carácter urgente y novedoso, y que tienen una vertiente sancionadora para el caso del incumplimiento. Esta vertiente es esencial, puesto que se trata, en su gran mayoría, de normas restrictivas de derechos individuales y que, como cualquier norma prohibitiva, serían poco o nada si no se pudieran imponer coercitivamente sus mandatos y penalizar las conductas irrespetuosas con ellas. No es objeto de este artículo el estudio de este conjunto normativo, sino más en concreto la competencia de los ayuntamientos para controlar e inspeccionar el cumplimiento de las medidas de prevención aprobadas por la Administración autonómica gallega para la lucha contra el virus, que vamos a denominar genéricamente “normativa COVID-19”.

El Estado, actuando en su competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”, dictó, entre otros, el Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (disposición última sexta.1 “Título competencial” del real decreto-ley).

El capítulo II de ese real decreto-ley recoge un grupo de medidas de prevención e higiene, de obligado cumplimiento para los ciudadanos a los cuales afectan y cuya vigilancia, inspección y control se encomienda, en el segundo párrafo de ese artículo 31.1, a los órganos competentes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ámbito de sus respectivas competencias, estableciendo asimismo en el primer párrafo del artículo 31.1 que el incumplimiento de estas, “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 a los términos previstos a efectos sancionadores en la Ley general de salud pública, que no a los previstos en ninguna otra normativa estatal o autonómica, sitúa de nuevo la cuestión en el campo del régimen sancionador diseñado por la Ley general de salud pública, la cual, como ya quedo dicho, además de establecer un cuadro de infracciones en la materia y sus correspondientes sanciones, prevé, como hemos visto y cabe reiterar, que “La incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia”, es decir, les corresponderá a los ayuntamientos cuando los incumplimientos que constituyan infracción administrativa en salud pública se pongan de manifiesto en el ámbito de su competencia, como es el control sanitario de industrias, actividades, servicios y transportes y de control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana.

Del mismo modo, el propio Real decreto-ley 21/2020, en el segundo párrafo de su artículo 31.1 y con referencia a las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en él, dispone 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, si los incumplimientos de las medidas de prevención e higiene recogidas en el capítulo II del Real decreto-ley 21/2020 son subsumibles en alguno de los supuestos-tipo de infracción definidos legalmente como infracciones administrativas en salud pública, y si tales incumplimientos se ponen de manifiesto en el ámbito al que alcanza la competencia sanitaria de los ayuntamientos –el control sanitario de industrias, actividades, servicios y transportes y el control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana–. De cumplirse estas premisas, les corresponderá a esos ayuntamientos “la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores que procedan”.

Igualmente, los ayuntamientos podrán sancionar incluso en el caso de incumplimientos de las medidas recogidas en el capítulo II del Real decreto-ley 21/2020 que puedan ser también subsumidos, además de en la norma estatal, en los supuestos-tipo de infracción contemplados en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, ya que para la sanción de dichos comportamientos no puede operar el régimen de esa ley autonómica, sino, por expresa disposición del Real decreto-ley 21/2020, el régimen sancionador previsto en la Ley general de salud pública.

Finalmente, y en la cuestión relativa al órgano competente dentro de la estructura organizativa municipal, el Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, no le atribuye a un determinado órgano la competencia para la incoación, tramitación y resolución de los oportunos expedientes sancionadores, excepto, en este último caso, para el ámbito de la Administración general del Estado, sino que se las atribuye a la “Administración”. Por tanto, y en la medida en que aquella normativa no identifica el órgano titular de la competencia, se estará a lo dispuesto en la distribución competencial de la LBRL (artículos 21 y ss. o 122 y ss.), en las cláusulas residuales para las competencias no atribuidas a otro órgano de la corporación (ej. artículo 21.1.s o artículo 124.4.ñ LBRL) y en el régimen interno de delegación de competencias de cada corporación municipal.

6 LA OBLIGATORIEDAD DE LA ORDENANZA MUNICIPAL PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

El principal argumento esgrimido por los defensores de la tesis de la incompetencia municipal para imponer sanciones con base en la “normativa COVID-19” radica en la necesidad de una ordenanza para tal efecto, tal como parece exigir el artículo 45 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Como consideración previa, cabe recordar que la ordenanza local, en su configuración institucional por la normativa básica estatal y la normativa gallega, no es, obviamente, un título atributivo de competencias locales. Conforme a la LBRL, tal atribución de competencias locales tiene que efectuarse por ley.

El papel de la ordenanza en materia sancionadora es el de colaboración en la posible tipificación de infracciones y sanciones siempre que exista la base mínima legal exigida para cumplir con el principio de legalidad sancionadora segundo el artículo 139 de la LBRL y la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 132/2001), así como la posible regulación de aspectos procesales y organizativos de ejercicio de la potestad sancionadora municipal.

Sobre la base de lo expuesto, hace falta analizar con detalle el contenido del artículo 45.2 de la Ley de salud de Galicia, que manifiesta que “los ayuntamientos de la comunidad autónoma, al amparo de sus respectivas ordenanzas municipales, podrán sancionar las infracciones previstas en esta ley”.

Se plantea entonces la cuestión de si la aprobación de esta ordenanza es requisito *sine qua non* para sancionar, y en este sentido las dudas parecen lógicas ante la claridad del precepto, y, al margen de las interpretaciones voluntaristas, somos de la opinión de que es necesaria –o, si se prefiere, imprescindible– la aprobación de esta ordenanza para sancionar al amparo de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Pero tal y como hemos expuesto, y tenemos que reiterar, la norma autonómica no es la única norma que regula el ejercicio de la potestad sancionadora en la materia.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, es una norma atributiva de competencias entre las diferentes administraciones territoriales, y regula en su título VI las “Infracciones y sanciones”.

La exposición de motivos de la ley señala 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”.

El artículo 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”. El artículo 13.1 manifiesta que “corresponde a la Administración local, en el ámbito de sus competencias, la organización y gestión de la vigilancia en salud pública”.

Pues bien, no existe forma de “asegurar” y “vigilar” el cumplimiento de una ley sin capacidad para imponerla obligatoriamente, de acuerdo con el requisito de coercibilidad que se predica de toda norma por el hecho de serlo.

La ley define como infracciones administrativas en salud pública tanto las acciones u omisiones que ella misma tipifica como “las que, en su caso, pueda establecer la legislación autonómica o local” (artículo 56.1), referencia que en ningún caso puede entenderse equiparable a una ordenanza, por cuanto el principio de legalidad impide la tipificación de una infracción en una norma de rango reglamentario y en consecuencia establece la reserva de ley en la materia.

En relación con todas esas infracciones administrativas en salud pública, atribuye “a la Administración competente por razón del territorio y la materia” (artículo 61.1) la competencia para la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores. Pero añade en su artículo 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”.

Por tanto, los ayuntamientos que no tengan aprobada su ordenanza podrán ejercer sus competencias sancionadoras en materia de salud pública atendiendo al régimen sancionador establecido en la ley estatal, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, y particularmente en el título VI las “Infracciones y sanciones”. Con este proceder, serán perfectamente respetuosos con los principios de legalidad y tipicidad, sin necesidad de una ordenanza que poco más podría hacer que precisar algún tipo o graduar sanciones siempre dentro del marco legal.

De este modo, si la razón esgrimida por algunos ayuntamientos para no sancionar, manifestada en algunos casos públicamente por sus alcaldes, es la inexistencia de ordenanza municipal, la ley estatal, al atribuir a los ayuntamientos la potestad sancionadora en materia de salud pública, no condiciona el ejercicio de esa potestad a la existencia de una ordenanza, por lo que la razón –o excusa– desaparece. Cuestión bien diferente es que el tipo infractor se encontrase tipificado únicamente en la ley autonómica, supuesto en el que, a nuestro entender, sería necesaria la existencia de una ordenanza municipal

para proceder a sancionar, por estar así previsto en el citado artículo 45.2 de la Ley de sanidad de Galicia.

7 LA SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE USAR MASCARILLA COMO PARADIGMA DE LAS SANCIONES COVID-19

El hecho de que los ayuntamientos tengan atribuidas competencias en materia de actividades, locales y establecimientos abiertos al público, en la vía pública o parques o espacios públicos municipales y en el transporte urbano, edificios de su titularidad –en los que de ordinario se encuentran instalaciones docentes y deportivas, recintos feriales, equipamientos culturales, deportivos, cementerios, tanatorios, espacios multiusos, etc.–, en definitiva servicios y lugares de uso público continuado y de convivencia humana, determina que la obligatoriedad del uso de la mascarilla –norma COVID-19– incida directamente en ámbitos de competencias materiales –y por supuesto territoriales– propio de ellos, y constituye un paradigma de lo que pretendemos exponer en este artículo.

En relación con el control y sanción por el incumplimiento del deber de uso de la mascarilla, la competencia para el ejercicio de ese control en los espacios enumerados anteriormente y en otros de competencia municipal viene atribuida a los ayuntamientos por el artículo 42.3 de la ley estatal y números 2 y 3 del artículo 80 de la ley autonómica, y que para la sanción de los incumplimientos de esa obligación, como asimismo para la incoación y tramitación de los procedimientos sancionadores que procedan, cuando esos incumplimientos se pongan de manifiesto en aquellos mismos espacios, claramente correspondientes al ámbito al que alcanza la competencia de control sanitario de los ayuntamientos, también son estos quienes poseen tales competencias sancionadoras.

El artículo 31 “Infracciones y sanciones” del “Real decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, es claro en lo relativo a la competencia de todas las administraciones para la imposición de sanciones, y por “todas” no debe entenderse “todas menos los ayuntamientos”. En concreto, manifiesta 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 si quedaran dudas, el artículo 31.2 establece que el incumplimiento de la obligación de usar mascarilla establecida en ese real decreto-ley será considerado infracción leve a efectos “de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y sancionado con multa...”.

De lo expuesto, podemos concluir que los ayuntamientos, en su respectivo ámbito competencial, son competentes para instruir, tramitar y sancionar por la infracción derivada del incumplimiento del deber de uso de mascarillas, y esta competencia, en la

medida en que viene tipificada en la ley estatal – artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre–, no depende de la existencia o no de una ordenanza, ya que dicha ordenanza, reiteramos, solo resultaría preceptiva para sancionar infracciones tipificadas exclusivamente en la norma autonómica.

8 LA DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y A SUS AGENTES

Una problemática que no resulta nueva, pero que vuelve a ponerse de actualidad a causa de la “normativa COVID-19”, es la tipificación de las conductas de incumplimiento o desatención de las órdenes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con las medidas de prevención aprobadas en el marco de dichas normas, como por ejemplo desatender una orden directa para el uso de la mascarilla.

El artículo 36.6 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, tipifica como infracción grave “la desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito”.

No resulta discutible que las conductas que impliquen el incumplimiento o desatención de las órdenes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad relativas al necesario cumplimiento de las medidas aprobadas para la lucha contra el COVID-19 encuentran su primario acomodo en el artículo 36.6 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que tipifica como infracción grave “la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones” y cuya comisión conlleva una sanción siempre que, evidentemente, concurren los requisitos exigidos por las normas, singularmente el artículo 25 CE, y la jurisprudencia que las interpreta.

De acuerdo con eso, es ineludible la concurrencia de dos elementos para que una conducta de desobediencia o desatención a los agentes de la autoridad merezca el correspondiente reproche administrativo: a) debe existir un requerimiento personal previo, expreso e individualizado, realizado por los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, que en el caso que nos ocupa serían las relativas al control de cumplimiento de las medidas de prevención y obligaciones establecidas para la lucha contra el COVID-19; y, b) debe el citado requerimiento ser desatendido por la persona a quién personalmente va destinado. Solo si se dan ambas circunstancias, la conducta, por acción o por omisión, merece ser calificada como de desobediencia o resistencia y solo así puede afirmarse que se produjo un desconocimiento del principio de autoridad que convierte a su autor en presunto infractor. Este desvalor adicional que implica desconocer el principio de autoridad ante un requerimiento personal, expreso, determinado e individualizado encuentra su razón de ser tradicionalmente tanto en el correcto desarrollo de los servicios y funciones públicos como en la garantía del buen funcionamiento de los mismos.

Llegamos así a una primera conclusión: la simple transgresión de las medidas de prevención antes mencionadas, si no va acompañada de una desatención o desobediencia a lo ordenado por un agente de la autoridad en los términos apuntados, no sería por sí misma constitutiva de una infracción de desobediencia o desatención prevista en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana.

En caso de que el ciudadano desatienda el requerimiento expreso y concreto del agente de la autoridad y miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, negándose de forma abierta, clara o manifiesta a cumplir sus órdenes en el ejercicio de sus funciones, o mantenga de hecho una conducta que finalmente quiebre la acción u omisión ordenada por los agentes actuantes o les impida el desarrollo de sus funciones, puede entenderse que concurre una infracción de desobediencia o resistencia a la autoridad que debe ser sancionada por la Administración del Estado –y, dentro de ella, la Delegación del Gobierno–, como órgano competente en materia de seguridad pública, sin perjuicio de que el incumplimiento de la medida de prevención deba ser denunciado por el agente para su sanción por la autoridad competente por razón de la materia.

Igual razonamiento puede ser realizado, para el caso de los agentes de la policía local, correspondiendo en este caso la sanción por desobediencia o resistencia al alcalde o alcaldesa, en los términos del artículo 32.3 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana.

9 CONCLUSIONES

La declaración del estado de alarma a consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 tiene un impacto normativo ingente, y especialmente intenso en lo relativo a la potestad sancionadora de las administraciones públicas. Todas las administraciones territoriales tienen competencias en materia de salud pública, y cada una de ellas, en el campo de sus atribuciones, competencia para sancionar posibles incumplimientos de las medidas de prevención aprobadas legislativamente para combatir la pandemia y garantizar la salud colectiva e individual de los ciudadanos.

Particularmente, los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Galicia pueden y deben actuar en sus competencias sancionadoras, que tienen sustento legal en la “normativa COVID-19”, y en las leyes estatales y autonómicas sobre salud pública. Aquellos ayuntamientos que tengan aprobada una ordenanza exigida por la normativa autonómica, pueden actuar al amparo de la ley estatal –Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública–, o ley autonómica –Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia–, en función del encaje legal del tipo infractor. Aquellos que, por el contrario, carezcan de la ordenanza solo podrán sancionar los tipos e infracciones previstos en la normativa estatal –y normativa COVID-19–.

Dentro de cada ayuntamiento, será la normativa local básica –LBRL– y el régimen interno de delegaciones de la corporación el que determine el órgano competente para instruir y resolver los procedimientos sancionadores.

Finalmente, la transgresión de las medidas de prevención establecidas en la normativa COVID-19 tiene que ir acompañada de una desatención o desobediencia a un requerimiento u orden de un agente de la autoridad para ser constitutiva de una infracción de desobediencia o desatención prevista en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP
Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 493-510
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4699>
© Francisco Vila Conde
ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270
Recibido: 14/12/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License



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 predoctoral FPU de Filosofía del Derecho
Universidad 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, pátrese 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 Precisiones terminológicas. Dictadura soberana y dictadura comisaria. 2.1 El sustantivo «dictadura». 2.2 Dictadura soberana y dictadura comisaria. 3 Análisis constitucional y legal de los estados excepcionales de alarma y de excepción en la pandemia del COVID-19. 3.1 Artículo 116 de la Constitución española y Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. 3.1.1 Estado de alarma: artículo 116.2 CE y legislación de desarrollo. 3.1.2 Estado de excepción: artículo 116.3 CE y legislación de desarrollo. 3.2 Aporía positivista y decisionismo. 3.3 Artículo 116.2 CE: límite temporal y control parlamentario. 3.3.1 Duración temporal. 3.3.2 Control parlamentario. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Es un tópico hablar del bajo nivel de la clase política en general y del ínfimo nivel de las clases dirigentes en España en particular. Todo sujeto que no sufra un proceso de alienación –cada vez son menos las excepciones– o que no forme parte de la cúpula de un partido coincide en ese lugar común: el nivel político español es muy bajo. Sin embargo, como diría García-Pelayo, «el hecho de su vulgaridad no excluye el de su verdad». Los políticos, por su parte, son contumaces a la hora de dar la razón al ciudadano no alineado ni partidista que contempla el quehacer político desde una perspectiva *etic* o ecuaníme¹.

El botón de muestra del poco conocimiento político de las clases dirigentes es la afirmación del presidente del Gobierno el pasado miércoles 28 de octubre de 2020 en la sesión de control al Gobierno. El presidente, ante unas afirmaciones pasadas del líder de la oposición en las que le acusaba de querer establecer una dictadura constitucional mediante el uso de la herramienta constitucional del estado de alarma², sentenció: «O es dictadura o es constitucional». Estas seis palabras tuvieron como contrapunto dos reacciones. Por un lado, el vicepresidente del Gobierno –politólogo de profesión– asintió con gesto serio y aplaudió emotivamente; por otro lado, el líder opositor, quien había hablado meses ha de la dictadura constitucional, no supo replicar y se limitó a dar la callada por respuesta.

Nos proponemos analizar en este breve trabajo la compatibilidad o incompatibilidad de la institución jurídica de la dictadura en el marco legal existente en España, a saber,

el artículo 116 de la Constitución española de 1978 y la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Quizá este análisis contribuya –es nuestro objetivo– a elevar jurídicamente el discurso político. No se trata de proporcionar argumentos ideológicos ni demagógicos, sino de analizar desde el plano teórico-conceptual de un modo diáfano los fenómenos y verdades políticas. Conviene advertir que es espinoso y nada recomendable tratar estos temas, auténticos tabúes en nuestro tiempo, y, además, existe el riesgo notable de ser malinterpretado. Mas el científico del derecho público no puede ser ajeno a la realidad de su tiempo³. Debido a la epidemia del COVID-19, dicha realidad política vive en la excepcionalidad. Por ello, es imperioso un análisis jurídico sereno y claro de la presente situación de anormalidad. Debemos adentrarnos cautelosamente en este estudio so pena de ser tildado, años vista, como teórico de la dictadura o expresión similar por lectores superficiales o por los censores dominantes de cada época.

2 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. DICTADURA SOBERANA Y DICTADURA COMISARIA

2.1 El sustantivo «dictadura»

Ningún concepto político escapa a su historicidad. Nace, se desarrolla y muere dentro de unas coordenadas histórico-políticas concretas. Solo así es aprehensible que determinados vocablos gocen de un gran prestigio en determinadas épocas y, empero, sean denostados en otras. Da igual que la palabra tenga un significado ubicado a años luz de su concepción originaria; lo cierto es que goza de buena salud en el lenguaje⁴. Mientras que otras, por el contrario, otrora estimadas, son hoy rechazadas por asociarse negativamente; son algo digno de ser evitado y combatido. Ejemplo del primer tipo es la palabra «democracia»; muestra del segundo es el sustantivo «dictadura». Pese a que no tenga nada que ver la democracia ateniense con la democracia liberal-representativa del siglo XIX⁵ o con la democracia de partidos instalada en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, el vocablo goza de aceptación prácticamente unánime. Incluso regímenes tan dispares como el cubano, el chino, la extinta URSS, etc., se autodenominaban y autodenominan democracias. En fin, nadie discute el término.

Sin embargo, sucede todo lo contrario con la dictadura. Durante siglos, desde Roma hasta las revoluciones liberales, es decir, hasta finales de siglo XVIII, la institución jurídica de la dictadura gozó de gran aceptación. Era una *ultima ratio* para superar las situaciones de anormalidad. En la antigua República romana, cuando esta pasaba por momentos de dificultad, se nombraba a un militar como dictador por un periodo determinado –con el límite máximo de seis meses– para que superase la referida dificultad. El dictador suspendía la aplicación del derecho durante la situación excepcional, y garantizaba, de ese modo, la integridad de la república y la aplicación del derecho en el futuro. En los

autores modernos: Maquiavelo, Bodino, Hobbes, etc., como expone Schmitt en su libro *La dictadura*, la palabra siguió gozando de buena consideración. En ellos, la dictadura es la cláusula de cierre del sistema ante situaciones de anormalidad. El rey, que era el soberano, nombraba a un militar para que se hiciera cargo de la situación excepcional y, una vez superada, las cosas seguían según su orden normal aplicándose las normas jurídicas que, durante la excepción, se habían dejado de aplicar.

La visión de la dictadura cambió con las revoluciones liberales de finales del XVIII y sus epígonos del XIX y del XX, que son los autores positivistas. El pensamiento liberal, hijo del racionalismo ilustrado, trata de prever taxativamente todas las situaciones de anormalidad en el derecho positivo. Sin perjuicio de ocuparnos de esto más adelante, baste dejar apuntado aquí que, para este pensamiento, predominante desde hace dos siglos, la dictadura es un mal a evitar. No se concibe que durante un periodo de tiempo determinado dejen de aplicarse las normas jurídicas. En aras de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, solamente se puede suspender la aplicación del derecho si, a su vez, el mismo derecho contempla explícitamente las excepciones a su aplicación⁶.

Se entiende así el porqué de la denigración de la dictadura. Tras dos siglos de hegemonía liberal, el sustantivo «dictadura» se ha convertido en tabú. Solo es empleado para denostar al enemigo político. Así pues, los cuarenta años del régimen autoritario e iliberal del general Franco fueron una dictadura, la Hungría de Viktor Orbán es una dictadura, Putin es un dictador, Nicolás Maduro otro dictador, etc. Todos los que se oponen a la hegemonía liberal son designados igual: dictadores; y su régimen, dictadura⁷. Pero, del lado contrario, pasa exactamente lo mismo. A saber, para los marxistas los regímenes liberales son dictaduras burguesas, dictaduras del capitalismo, dictaduras reaccionarias⁸, etc. Esta confusión en los términos, iniciada con el pensamiento liberal y de la que es hijo fiel el pensamiento socialista, llega a su clímax simplificadorio con la oposición entre dictadura y democracia tan habitual en el lenguaje político de nuestro tiempo. Unos, a la vez que se proclaman auténticos demócratas y sus regímenes verdaderas democracias, acusan a los otros de dictadores y de dictaduras sus sistemas, y a la inversa. Este antagonismo permanente permite que salga a la superficie una de las verdades políticas que suelen permanecer ocultas: la distinción amigo y enemigo⁹. Pero, por lo demás, no contribuye en nada al estudio de la dictadura.

Entendida en el sentido clásico antes expuesto, la institución de la dictadura no se opone ni a la forma democrática de gobierno, ni a la aristocrática, ni a la monárquica. Tampoco se trata de una forma de Estado. La dictadura es meramente un medio (jurídico) para superar una situación de anormalidad concreta compatible con cualquier forma de gobierno. La dictadura consiste en el ejercicio del poder sin estar limitado por las normas y las garantías previstas para el caso de normalidad, las cuales, mientras dura la excepcionalidad, quedan en suspenso, pero que, superada la anormalidad, dichas normas y garantías jurídicas vuelven a su aplicación. No obstante, con la Revolución Francesa y la Convención, surge otro uso de la dictadura como instauradora de un nuevo orden político; pero, una vez que se institucionaliza el nuevo orden, las normas se aplican en

situación de normalidad en el nuevo régimen. En todo caso, ya sea en sentido clásico, ya sea en el segundo de los sentidos, la transitoriedad o temporalidad es la nota común a ambas. En otras palabras, no hay dictaduras permanentes ni dictadores eternos¹⁰ que operen totalmente al margen del derecho; eso tiene otro nombre: despotismo¹¹.

2.2 Dictadura soberana y dictadura comisaria

La popularización de esta distinción se debe a Carl Schmitt¹². Adjetiva como soberana aquella dictadura «donde la totalidad del ordenamiento jurídico queda en suspenso, sirviendo la dictadura para la producción de un orden completamente nuevo»¹³. La dictadura soberana supone, pues, la ruptura jurídica con el régimen anterior, ya fuera este democrático, monárquico o de cualquier tipo, a fin de establecer un nuevo orden jurídico propio, ya sea este nuevo orden democrático, monárquico, etc. La dictadura soberana se relaciona, en las democracias, con el poder constituyente de la nación. Por ejemplo, en el intervalo que va desde el 14 de abril de 1931 al 9 de diciembre del mismo año, el poder constituyente español ejerció una dictadura soberana mientras no se promulgó la nueva Constitución republicana. Los constituyentes ejercieron el «poder estatal sin barreras jurídicas»¹⁴ a fin de establecer un nuevo orden tras haber roto el modelo establecido por la Constitución de 1876 sin seguir procedimiento de reforma alguno. Otro ejemplo de dictadura soberana fue la ejercida por el general Franco entre octubre de 1936 y las primeras leyes fundamentales que fueron institucionalizando el Estado surgido de la Guerra Civil. Una vez institucionalizado el mismo, la dictadura soberana desapareció y empezaron a operar las normas del nuevo orden¹⁵. El Estado soviético surgido de la Revolución de 1917, tras la dictadura del proletariado del partido bolchevique capitaneado por Lenin, es otro ejemplo de dictadura soberana¹⁶. Hasta que se instauró el nuevo régimen, los bolcheviques actuaron libres de toda barrera jurídica¹⁷, pero, una vez instaurado el nuevo orden, comenzó a operar la nueva legalidad surgida de la revolución y, por consiguiente, finalizó la dictadura soberana. En resumen: la dictadura soberana implica el ejercicio libre del poder estatal a fin de establecer un orden jurídico nuevo sin seguir los procedimientos de reforma establecidos; el orden jurídico anterior se suspende en su integridad hasta que surge el nuevo orden y empiezan a operar las instituciones y normas surgidas del mismo, momento en el cual desaparece la dictadura soberana.

La dictadura adjetivada como «comisaria» engarza con el sentido clásico ya expuesto. El dictador comisario es un simple mandatario que debe hacer lo que el mandante o comitente le encomienden sin salirse del contenido del mandato. Entre los ejemplos históricos, tenemos la vieja dictadura romana o los comisarios del rey absoluto. Estos últimos actuaban al margen del derecho, es decir, libres de barreras jurídicas, y tuvieron, en el inicio de la estatalidad, la misión –el mandato– de debilitar a los cuerpos intermedios (Iglesia, principalmente) para fortalecer el poder del monarca, o sea, del Estado¹⁸. Ejemplo más reciente es la dictadura comisaria del general Primo de Rivera (1923-1930), quien, por mandato del rey Alfonso XIII, trató –sin éxito– de apaciguar la continua violencia y

restablecer el correcto funcionamiento del orden constitucional en los últimos años del decadente sistema de la Restauración Canovista. También podría citarse la dictadura inglesa de Churchill, quien tuvo plenos poderes durante la Segunda Guerra Mundial a fin de ganar la contienda. La clave de la dictadura comisaria es actuar dentro del marco del mandato sin poder emplear la situación de excepcionalidad para instaurar un nuevo orden o derogar partes del orden del que el dictador es mero mandatario. El dictador comisario actúa por, para y de acuerdo con el mandato. Es un simple comisario o mandatario. Puede dejar en suspenso la aplicación del derecho en algún punto concreto, pero no tiene la potestad de subvertir –de derogar– el orden del que recibe el mandato y establecer un orden nuevo. En otras palabras, la dictadura comisaria actúa dentro del orden establecido para superar una situación de excepcionalidad durante la cual puede suspender, *in concreto*, la aplicación del derecho vigente mientras dure la anormalidad, pero, una vez solventado el trámite, se restablece el normal funcionamiento del orden y de las normas.

La distinción entre dictadura comisaria y dictadura soberana es esencial para llegar a una primera conclusión. En el caso de caber la institución jurídica de la dictadura dentro de un andamiaje constitucional como el español de 1978, es evidente que nunca podrá ser una dictadura soberana. Esta última implica romper con el orden jurídico-político vigente para instaurar uno nuevo sin seguir los procedimientos de reforma preestablecidos. El dictador soberano actúa en el intervalo transitorio entre el orden jurídico conculcado y el nuevo orden por él establecido. Ergo, la dictadura dentro de un orden constitucional solo puede ser comisaria. El dictador comisario es mandatario del poder constituyente; este habrá establecido las condiciones de la dictadura en el texto constitucional. El comisario puede emplear el enorme poder que recibe merced a la Constitución para superar la excepcionalidad, pero no puede establecer un nuevo orden constitucional.

3 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ESTADOS EXCEPCIONALES DE ALARMA Y DE EXCEPCIÓN EN LA PANDEMIA DEL COVID-19

3.1 Artículo 116 de la Constitución española y Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

El constituyente español de 1978 reguló los estados de excepcionalidad en el artículo 116 de la Constitución. El artículo establece una triple clasificación: estado de alarma (art. 116.2), estado de excepción (art. 116.3) y estado de sitio (art. 116.4). Asimismo, el apartado primero señala que «una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes» (art. 116.1). La realidad política está signada por la crisis del coronavirus en los últimos meses. Por

consiguiente, a fin de comprender los últimos acontecimientos, expondremos solamente los dos primeros estados de excepcionalidad.

3.1.1 Estado de alarma: artículo 116.2 CE y legislación de desarrollo

El artículo 116.2 de la CE señala:

«El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración».

Este precepto está desarrollado en el artículo cuatro de la LO 4/1981, el cual dicta:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. (...)

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves».

Al regular la situación excepcional del estado de alarma –lo mismo veremos a continuación respecto del estado de excepción–, el texto constitucional establece meramente los mecanismos procedimentales, es decir, que el competente para declararlo es el Gobierno, que adoptará la forma de decreto, que tendrá una duración inicial de quince días y que para prorrogarlo es menester la aprobación del Congreso, mas no establece –el precepto constitucional– nada respecto del contenido, sino que deja enteramente su desarrollo a la ley. Esta última, por su parte, es clarividente al tipificar las situaciones que *sí o sí* serán objeto de estado de alarma. Entre ellas, las «crisis sanitarias, tales como las epidemias». El legislador no deja lugar a dudas: ante una crisis sanitaria o epidemia, el instrumento jurídico adecuado es el estado de alarma.

En el caso de declarar el estado de alarma, según el artículo once de la LO 4/1981, se podrá «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» (art. 11.a). Este precepto no es menos diáfano que el anterior, a saber, el legislador prevé que, en caso de declararse el estado de alarma, se pueda «limitar» el derecho constitucional a la libertad de movimientos (art. 19 CE) pero nunca *suspender* o *prohibir*.

3.1.2 Estado de excepción: artículo 116.3 CE y legislación de desarrollo

El artículo 116.3 de la CE señala:

«El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos».

El precepto es desarrollado por el artículo trece de la LO 4/1981, el cual establece en su primer apartado:

«Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

Al igual que en caso excepcional del estado de alarma, la Constitución, en el apartado tercero del artículo 116, se limita al procedimiento a seguir en el caso de declararse el estado de excepción (declarado por el Gobierno previa autorización del Congreso, etc.), mas este artículo no establece contenido material alguno, sino que deja todo su desarrollo a la Ley orgánica 4/1981. Esta última enumera una serie de supuestos en los que cabría la declaración de excepción. Entre ellos, cuando se produzca una grave alteración en «los servicios esenciales para la comunidad». Es decir, cuando los servicios fundamentales para el mantenimiento del orden político se vean «gravemente alterados», el Gobierno, previa autorización del Congreso, debe declarar el estado de excepción. La pregunta que debemos hacernos es si, ante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, el Gobierno debió haber declarado el estado de excepción en vez del estado de alarma. La respuesta es negativa. En el caso de «crisis sanitarias, tales como pandemias», *la herramienta jurídica adecuada*, tal y como se prevé en la regulación actual, es *el estado de alarma* (art. 4 LO 4/1981), nunca el estado de excepción.

A pesar de no ser adecuado el estado de excepción en una situación de crisis sanitaria o epidémica, sí se debe llamar la atención sobre las medidas que cupiere adoptar en caso de estado de excepción. La Constitución señala en su artículo 55 y la LO 4/1981 desarrolla en su artículo 20 que, en el caso de declararse el estado de excepción, «la autoridad gubernativa podrá *prohibir* la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir» (art. 20 LO 4/1981). El Gobierno podrá dejar en suspenso el derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 19 de la Norma Fundamental durante la vigencia del estado de excepción (art. 55.1 CE). Por consiguiente, adoptar una medida como el toque de queda –la prohibición de circular por la calle entre las once de la noche y las seis de la mañana¹⁹– debe ser *inequívocamente* una *consecuencia jurídica del estado de excepción*, pero nunca del estado de alarma. Este último solo permite «limitar» el derecho a la libertad de movimientos, mas no dejarlo en suspenso o prohibirlo.

3.2 Aporía positivista y decisionismo

El estado de alarma es la herramienta jurídica adecuada ante las «crisis sanitarias, tales como pandemias», pero, a su vez, la declaración de este estado de excepcionalidad no

permite prohibir el derecho a circular libremente por todo el territorio nacional. El estado de excepción, por su parte, no puede declararse en casos de crisis sanitarias. El legislador ha hecho una excepción explícita al caso genérico de graves alteraciones «de los servicios públicos esenciales» en el supuesto de las crisis sanitarias. Estas crisis deben ser objeto de estado de alarma (*lex specialis derogat generali*). Sin embargo, solamente el estado de excepción permite la prohibición o suspensión del derecho fundamental a la libertad ambulatoria. En resumen, se debe declarar el estado de alarma cuando estemos ante «crisis sanitarias, tales como pandemias», mas dicho estado no permite prohibir derechos; si se quieren suspender derechos, se debe declarar el estado de excepción, pero no cabe declararlo en el caso de crisis sanitarias. Nos hallamos ante una imposibilidad lógica del derecho positivo: una aporía.

Para el positivista consecuente son inconstitucionales tanto la declaración del estado de alarma como la declaración del estado de excepción en la presente pandemia. La inconstitucionalidad del estado de alarma vendría dada por que dicho estado no permite la prohibición del derecho a circular libremente. La inconstitucionalidad del estado de excepción vendría dada por que su declaración carecería de causa, ya que, en caso de crisis sanitaria, la herramienta prevista es el estado de alarma. Esto nos demuestra que ni el legislador más racional de la historia podrá calcular exhaustivamente el comportamiento humano²⁰ ni, menos aún, podrá contemplar todas las posibilidades existentes en el ambiente.

La crisis del coronavirus pone de manifiesto la incapacidad positivista ante situaciones excepcionales. Empero, aquí, en la excepción, es donde recobra fuerza otra visión del derecho más realista: el decisionismo. El decisionismo vive de la excepción, pues la misma «debe confirmar la fuerza de regla»²¹. Si para el positivismo es imposible comprender los estados de excepcionalidad que no están expresamente explicitados, el decisionismo, que vive de la excepción y confirma en ella el vigor de la norma, tiene una solución. No es una solución de pura fuerza, sino que es una solución jurídica. Para los positivistas, el derecho empieza en la norma y termina con ella. Para los decisionistas, el derecho, antes que norma, es decisión. Toda norma jurídica, sobre todo la Norma Fundamental, es fruto de una decisión política, la cual constituye la norma. La norma no existe antes de la decisión. No hay nada más jurídico que la decisión que constituye la norma²². De este modo, se debe dejar un margen de maniobra en el derecho –no muy amplio para evitar abusos– para que opere la decisión en casos excepciones y se imponga sobre el derecho positivo. García-Pelayo señala:

«Es imposible encerrar en la rigidez del derecho positivo todas las posibles contingencias que puedan plantearse en el desarrollo de los acontecimientos, pues la excepción es un momento competente tanto para la vida individual como para la vida colectiva; no cabe duda de que toda normatividad tiene como supuesto necesario una normalidad, pues no hay norma que se pueda aplicar a un caos, de donde se desprende que es siempre preciso dejar un margen de decisión personal a las instancias supremas del poder político»²³.

Es un intento de racionalización notable tratar de tipificar, de enumerar, exhaustivamente todos los supuestos de excepcionalidad. Cuando el poder se institucionaliza en normas, más seguridad hay para los gobernados y menos abusos por parte del poderoso. Pero se debe admitir que siempre habrá un caso excepcional que no encaja en ninguna previsión del derecho positivo. En estos casos, lo fácil es afirmar que toda conducta, hágase lo que se haga, es antijurídica al no subsumirse dentro de las categorías del derecho positivo existente. Lo difícil, empero, es reconocer que siempre habrá supuestos de anormalidad no previstos. Ahí es donde el poder político ha de tener cierto margen de decisión para superar la situación de anormalidad suspendiendo la aplicación normal del derecho ante una situación concreta y salvando, de este modo, la aplicación del derecho en el futuro. Esta es la institución de la dictadura comisaria. «La dictadura comisarial suspende la Constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta»²⁴. El presidente del Gobierno suspendiendo, *in concreto*, el derecho a la libre circulación mediante la declaración del estado de alarma salva, de este modo, el conjunto de la Constitución para su aplicación futura. Prohibir la libre circulación garantizada por el artículo 19 de la CE no supone suspender totalmente la aplicación del resto de la Constitución; porque, en ese caso, no estaríamos ante una dictadura comisaria, sino ante un cambio de régimen, es decir, ante una dictadura soberana. Suspender un artículo concreto de la Constitución es una de las posibilidades que, en casos de excepcionalidad, debe tener el poder político para garantizar la aplicación de las normas en el futuro. Como dice García-Pelayo, «toda normatividad tiene como supuesto necesario una normalidad, pues no hay norma que se pueda aplicar a un caos, de donde se desprende que es siempre preciso dejar un margen de decisión personal a las instancias supremas del poder político»²⁵. Por lo tanto, «la Constitución puede ser suspendida [*in concreto*] sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta»²⁶.

Por consiguiente, la figura de la dictadura comisaria aparece en el texto constitucional gracias al artículo 116 de la Norma Fundamental. Ergo, es preclaro que, en contra de las palabras del presidente del Gobierno, la dictadura comisaria es perfectamente compatible con la Constitución. Luego, la disyuntiva por él planteada –«o es dictadura o es constitucional»– es errónea. La Constitución española de 1978 permite, ante casos sumamente excepcionales, el establecimiento de una dictadura constitucional; mero medio al servicio de un fin: superar la situación de anormalidad.

La gran objeción a todo esto es la planteada más arriba. A saber, se debió haber declarado el estado de excepción puesto que este sí permite la suspensión del derecho a la libertad ambulatoria (art. 55.1 CE)²⁷. Fácil es contraponer dos argumentos a esta objeción. Primero, el artículo 55.1 de la Constitución choca frontalmente con el artículo 116.1 de la Norma Fundamental. Este último remite la regulación de los tres estados de excepcionalidad (alarma, excepción y sitio) a «una ley orgánica» que regulará «las competencias y limitaciones correspondientes». Esta remisión total a la ley, que podrá ser discutible, pero es la que es, obliga a leer el desarrollo legal como parte inescindible del

precepto constitucional. Y dicho desarrollo sentencia que, en caso de «crisis sanitarias, tales como epidemias», la herramienta constitucional es el estado de alarma. En otras palabras, si se declarase el estado de excepción, él mismo carecería de todo sustento legal y constitucional al faltarle la causa. A mayores, en pro de la alarma y en contra de la excepción, se podría decir que no se está suspendiendo la libre circulación al contemplarse supuestos específicos donde sí cabría desplazarse. Es decir, el límite entre limitar mucho un derecho y la prohibición es sumamente fino. Pero, más que a la delgada línea que separa la limitación severa de la prohibición²⁸, nuestra argumentación está encaminada no a defender uno u otro estado de excepcionalidad desde las categorías del derecho positivo existente, sino a defender y reconocer que dicho derecho positivo, por muy exhaustivo y racional que sea, es incapaz de prever todas las excepciones. Y, si eso es así, hay que reconocer un cierto margen de maniobra para que opere la decisión. Ahora bien, al derecho le son esenciales las formas²⁹ y, en el caso del coronavirus, la decisión debe operar dentro del estado de alarma, y no de excepción, puesto que las «crisis sanitarias, tales como pandemias», están citadas expresamente en dicho estado y, por ello, si se declara el estado de excepción, no habría forma de revestirlo jurídicamente al faltar la causa. Una vez reconocido que el Gobierno debe declarar el estado de alarma –y no el estado de excepción–, se debe reconocer, además, que, ante falta de regulación en el derecho positivo, debe tener un cierto margen de maniobra para superar la situación de excepcionalidad suspendiendo *in concreto* algún precepto constitucional para, superada la anormalidad, garantizar la aplicación de la Constitución en su conjunto en el futuro.

Cabe oponer un segundo argumento a la objeción de aquellos que afirman que debe declararse el estado de excepción. Se trata de un argumento de prudencia política. Es, digamos, metajurídico. Mientras que el estado de alarma permite la «delegación» del mismo en los presidentes de las comunidades autónomas (art. 7 LO 4/1981), el estado de excepción solo permite al presidente del Gobierno «coordinar» dicho estado excepcional con el gobierno autonómico (art. 31 LO 4/1981). Este argumento es un arma de doble filo. Por un lado, se dirá que hay una falta absoluta de liderazgo por parte del Gobierno, que delega todo en los respectivos gobiernos autonómicos. Pero, por otro lado, no debe olvidarse el nivel de cainismo que se está alcanzado en la España de los últimos quince años. La unidad política está o rota o muy cercana a quebrarse. Durante el primer estado de alarma (marzo-junio de 2020) las respectivas taifas o gobiernos autonómicos insistieron en que, si ellos hubiesen estado al frente de la excepcionalidad, todo hubiera ido mejor³⁰. En este nuevo estado de alarma, el Gobierno ha decidido –por razones de prudencia política, pereza o mera falta de mando– delegar en las comunidades autónomas el estado de alarma. Sea como fuere, la posibilidad de delegación, so pena de convulsionar más –aún– la unidad política, es una razón de peso a considerar en pro del estado de alarma y en contra de la excepción.

3.3 Artículo 116.2 CE: límite temporal y control parlamentario

Ante una situación de excepcionalidad, el presidente del Gobierno puede hacer uso del artículo 116.2 de la Constitución, el cual permite, de acuerdo con la legislación de desarrollo, establecer una dictadura comisaria a fin de superar la anormalidad en casos de «crisis sanitarias, tales como epidemias». El presidente suspende, *in concreto*, el derecho a la libertad ambulatoria durante ciertas horas para, de este modo, garantizar la efectividad de la Constitución una vez que vuelva la normalidad. Sin embargo, la dictadura comisaria del presidente del Gobierno tiene límites infranqueables. El más obvio es que no podría emplear el artículo 116.2 de la Norma Fundamental para cambiar el sistema constitucional. Suspender, *in concreto*, no significa derogar los preceptos constitucionales. Para derogar o cambiar los derechos fundamentales hay un procedimiento de reforma establecido (art. 168 CE). Sería inconstitucional cambiar la Constitución por un procedimiento de reforma distinto al previsto. En otras palabras, no se puede emplear un artículo constitucional del que se recibe un mandato o comisión (art. 116.2 CE) para cambiar la Constitución en su conjunto, pues, en ese caso, no estaríamos ante una dictadura comisaria, única compatible con el texto constitucional, sino ante una dictadura soberana incompatible con la Constitución. Como Schmitt señala: «O dictadura soberana o Constitución; una cosa excluye la otra»³¹. Los otros límites, que no pueden ser mutados o derogados por la vía de hecho, son la duración temporal del estado de excepcionalidad y el control parlamentario.

3.3.1 Duración temporal

Según el artículo 116.2 de la Constitución, la duración del estado de alarma tendrá un «plazo máximo de quince días». Mas, conforme al artículo 6.2 de la LO 4/1981, si bien el estado de alarma «no podrá exceder de quince días» cuando se declare, sí podrá, empero, prorrogarse con la autorización del Congreso y «en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga». Es decir, la prórroga, según este precepto legal tremendamente abierto, podrá tener una duración superior a los quince días. Por un lado, se debe destacar que, a nuestro juicio, este artículo es uno de los miles de preceptos inconstitucionales que operan en nuestro ordenamiento pero que, como no han sido recurridos en plazo ante el Tribunal Constitucional, gozan de plena vigencia. Fue una gran omisión del constituyente de 1978 no establecer expresamente en el precepto constitucional la duración de las prórrogas por igual plazo de quince días. Por otro lado, establecer una prórroga de seis meses, como la aprobada el 29 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados, es dudosamente constitucional. Supone una mutación constitucional por la vía de hecho, algo que no permite la institución de la dictadura comisaria. La excepción se convierte en norma si, por la vía fáctica, logra imponerse; pero convertir la excepcionalidad en norma implica cambiar la Constitución; y cambiar la Constitución sin el procedimiento de reforma establecido en ella (título X, arts. 166 y ss.) supone una dictadura soberana.

3.3.2 Control parlamentario

Lo más grave de la prórroga del estado de excepcionalidad aprobada el pasado 29 de octubre es, sin duda alguna, la no fiscalización del Gobierno por el Parlamento. Ciertamente es que en los Estados de partidos la fiscalización al Gobierno es «verbalista o escasamente eficaz»³², puesto que el partido en el Gobierno ostenta la mayoría parlamentaria. Es decir, el control al Gobierno es más formal que real. Pero al derecho le son esenciales las formas. De ahí que el artículo 116.5 de la Constitución, como garantía a los estados excepcionales, diga:

«No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. *Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados*».

Aprobar un estado de excepcionalidad por seis meses para no tener que someterse al Parlamento durante ese plazo supone derogar, por la vía de los hechos, este precepto constitucional. Al respecto, Aragón Reyes sentencia:

«La declaración del estado de alarma no puede legitimar la anulación del control parlamentario del Gobierno, como parece que está sucediendo, porque la Constitución establece que el funcionamiento de las Cámaras no podrá interrumpirse durante la vigencia de cualquiera de los estados excepcionales³³».

Hemos dicho y repetido a lo largo del artículo que la institución de la dictadura comisaria es compatible con la Constitución española de 1978. Pero nunca se insistirá bastante en que este tipo de herramienta jurídica para superar una situación de anomalía solamente permite suspender la aplicación del derecho, *in concreto*, para garantizar la aplicación del mismo en el futuro. Habilita al Gobierno para suspender ciertos derechos fundamentales (por ejemplo, libertad ambulatoria) durante la situación excepcional, pero es contrario a la dictadura comisaria derogar artículos constitucionales. Ello supondría un cambio, una mutación, constitucional sin seguir el procedimiento de reforma previamente establecido. Ello significa establecer una dictadura soberana; y esta es incompatible con el texto constitucional. Por consiguiente, establecer un estado de alarma por un plazo de seis meses para no someterse al control parlamentario consagrado en el artículo 116.5 del texto constitucional supone derogar el precepto. Implica un cambio constitucional sin seguir el procedimiento de reforma establecido. El Gobierno ha ido más allá de la dictadura comisaria permitida por la Constitución para superar la excepcionalidad causada por la epidemia del coronavirus; y esto, repitamos una vez más, es inconstitucional.

4 CONCLUSIÓN

Por muy racionalista que sea el legislador, y cuanto más racionalista más lo olvida, siempre existen factores de incertidumbre, ya sea en el obrar humano, ya sea en el ambiente, que impiden la aplicación normal y efectiva del derecho positivo. «La normatividad tiene como supuesto necesario la normalidad», como García-Pelayo ha apuntado. En la situación excepcional de pandemia que ha marcado los últimos meses de convivencia colectiva, las normas establecidas son insuficientes. Por lo tanto, se debe dejar un cierto margen para que, mediante decisiones políticas, se supere la situación de anormalidad y, suspendiendo ciertos preceptos constitucionales en el caso concreto, se garantice la efectividad del derecho y del orden en el futuro. Este libre ejercicio del poder estatal ante la excepcionalidad, que le permite suspender derechos fundamentales *concretos* durante la anormalidad, recibe el nombre de dictadura comisaria. Así pues, se muestra la compatibilidad de la institución jurídica de la dictadura con una Constitución moderna y democrática. La misma Constitución, en el apartado segundo del artículo 116, habilita a ello. Es decir, permite el establecimiento de una dictadura constitucional.

Sin embargo, es incompatible con el texto constitucional español –y con cualquier otro– el establecimiento de una dictadura soberana. La Constitución establece unos procedimientos de reforma. Por consiguiente, tratar de derogar, con la excusa del estado de excepcionalidad, cualquier precepto constitucional es inconstitucional. Por ello, es incompatible con la Constitución establecer una prórroga del estado de alarma durante seis meses a fin de evitar el control parlamentario, pues implica una derogación del artículo 116.5 CE. El control del Parlamento es el control genuino establecido por el constituyente de 1978, del cual el presidente del Gobierno es un mero comisario, para controlar al Ejecutivo en los estados de excepcionalidad previstos en la Constitución.

Establecer una prórroga de la excepcionalidad durante seis meses tiene dos consecuencias jurídicas contrarias a la Constitución. Por un lado, supone convertir la excepcionalidad en norma, y, si la situación anormal –suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación por todo el territorio nacional– deja de ser una suspensión *in concreto* de la Constitución durante la excepción y deviene en regla, estaríamos ante una derogación, que no suspensión, de un derecho fundamental establecido en el texto constitucional. Por otro lado, evitar someterse al Parlamento durante seis meses conculca el mandato constitucional del control parlamentario al Gobierno durante la situación de excepcionalidad; o sea, deroga, por la vía fáctica, el artículo 116.5 de la Constitución. Ambas consecuencias jurídicas suponen mutación del texto constitucional. Son contrarias a la dictadura comisaria compatible con la Constitución. Implican una dictadura soberana y, como dijo Carl Schmitt y debió haber repetido el presidente del Gobierno si lo hubiese leído, «o dictadura soberana o Constitución; una cosa excluye la otra».

5 BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. 2020. «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País (Tribuna)*, 10 de abril de 2020. Disponible 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 partidocracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Fuertes, M. 2020. «Estado de excepción, no de alarma», en *El Mundo*, 20 de abril de 2020. Disponible 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. Disponible 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 las perspectivas *emic* y *etic*, véase Bueno, 1990. Respecto de la ecuanimidad, el nobel gallego Camilo José Cela decía que es «imparcialidad serena del juicio» (García-Pelayo, 2009f: 3277).
- 2 El jefe de la oposición se limitaba a repetir lo dicho por el ilustre jurista Aragón Reyes: «Nuestra Constitución pone límites al derecho de excepción, estableciendo, en su artículo 116, los supuestos habilitantes, las medidas a adoptar, sus límites y su control, político y jurisdiccional. Por ello, en España, *las situaciones de excepción no permiten el establecimiento*, para intentar resolverlas, *de una dictadura constitucional*, sino solo un reforzamiento de los poderes del Estado que no autoriza, sin embargo, la derogación completa de las garantías constitucionales» (Aragón Reyes, 2020).
- 3 Cf. Schmitt, 2013a: 56.
- 4 Al respecto, García-Pelayo señala: «En cada coyuntura histórico-política hay unos vocablos cargados de prestigio que tendencias políticas diversas pueden tratar de atraer para sí, aunque ello sea contrario al sentido originario y a la formulación clara y distinta de sus conceptos» (García-Pelayo, 2009b: 1619).
- 5 Como ha demostrado Manin, los padres fundadores de USA concibieron su sistema, que denominaron representativo o republicano, en oposición a la democracia ateniense. «Veían una diferencia fundamental entre la democracia y el sistema que defendían, un sistema que llamaban “representativo” o “republicano”. Ellos se consideraban una «aristocracia natural» (Manin, 1998: 11; 141 y ss.).
- 6 «La dictadura es un problema intratable en el pensamiento liberal-democrático. (...) En él sólo puede reconocerse temporalmente un derecho de excepción» (Baño León, 2013: xxix).
- 7 Una rápida ojeada a la notaría de la lengua española, esto es, al diccionario de la RAE, es ejemplificadora. Los notarios del lenguaje levantan la siguiente acta respecto de la dictadura: «1. f. Régimen político que, por la fuerza o violencia, concentra todo el poder en una persona o en un grupo u organización y reprime los derechos humanos y las libertades individuales. (...) 5. f. Régimen autoritario en cualquier ámbito». Si nos atenemos al primer uso lingüístico («Régimen político que... reprime los derechos humanos y las libertades individuales»), todo régimen político del pasado es una dictadura según varíen los «derechos humanos»: la España de los Reyes Católicos o la Inglaterra de Cromwell, pues no había libertad religiosa; el Reino Unido posterior a la Segunda Guerra Mundial o la Francia del general De Gaulle, ya que estaba tipificada la homosexualidad, etc. La quinta acepción no es más clarividente, puesto que equipara régimen autoritario y dictadura; es decir, regímenes tan dispares como el Portugal de Salazar, la España de Franco, la Cuba de los hermanos Castro o la China de serían todos –a pesar de las diferencias abismales– dictaduras. En conclusión, la inanidad del uso actual del término es absoluta para la comprensión de la dictadura como institución jurídica.
- 8 Duverger, 1970: 133.
- 9 «Todos los conceptos, ideas y palabras que poseen un sentido *polémico* se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clases, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura, plan, estado neutral, estado total, etc., resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar y refutar con tales términos» (Schmitt, 2014: 63).
- 10 «Todas las dictaduras son iguales en un punto esencial: todas fracasan, dado su carácter constitutivamente temporal» (Molina, 2009).
- 11 Cf. Montesquieu, 1984: 36.
- 12 Schmitt, 2013b: 356.
- 13 *Ibidem*.
- 14 *Ibidem*.
- 15 He aquí el sentido de calificar el régimen autoritario de Franco y al Estado surgido de la Guerra Civil como «dictadura». El primer presidente del Tribunal Constitucional, nada sospechoso de franquismo, señala: «El Estado surgido como consecuencia de la guerra civil (1936-1939) pasó por distintas etapas y vicisitudes históricas para configurarse finalmente como Estado autoritario» (García-Pelayo, 2009d: 2966).
- 16 Schmitt trata la dictadura del proletariado aparte de la dictadura soberana. En el plano teórico es correcto, ya que, tal como la concibieron Engels y Marx, se trataba de un régimen transitorio a la sociedad comunista –sin Estado–. Empero, la realidad política, como señaló Schmitt años después, es que la revolución bolchevique y su dictadura del proletariado no trajo consigo la desaparición del Estado, sino que instauró un Estado poderosísimo (Schmitt, 2014: 163).
- 17 Mientras no se instauró su propio orden, Lenin despreció la legalidad (García-Pelayo, 2009c: 3150).
- 18 Cf. García-Pelayo, 2009e: 3101. También, Schmitt, 2013a: 147-148.
- 19 Es una de las medidas adoptadas por el Gobierno en el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Véase el artículo quinto.
- 20 El hombre como ente puro de razón es un error intelectual ilustrado. Las personas, además de razón, tienen voluntad. Y esta última hace muy imprevisible el comportamiento humano (Cf. Conde, 1957: 26). Como Gracián señala en *El Criticón*: «Visto un león, están vistos todos, y vista una oveja, todas; pero visto un hombre, no está visto sino uno, y aun ése no bien conocido. Todos los tigres son crueles, las palomas sencillas, y cada hombre de su naturaleza diferente» (Gracián, 1938: 318).
- 21 Schmitt, 2013c: 311.
- 22 Cf. Schmitt, 1975: 40 y ss.
- 23 García-Pelayo, 2009a: 1780.
- 24 Cf. Schmitt, 2013a: 214.
- 25 García-Pelayo, 2009a: 1780.
- 26 Cf. Schmitt, 2013a: 215.
- 27 Ilustres autores se hallan entre los defensores del estado de excepción, véase una maestra del derecho público como Fuertes (2020) o como Aragón Reyes (2020).
- 28 No he creído oportuno defender este argumento, porque me parece un ejercicio de retórica sofista de primer orden. Mi único objetivo es exponer de modo claro y abierto la compatibilidad de la dictadura comisaria con la Constitución.
- 29 Cf. Schmitt, 2013a: 263.

30 El ejemplo paradigmático lo constituye la consejera de presidencia y portavoz del Gobierno catalán, quien afirmó: «[si Cataluña fuese independiente] no tendríamos ni tantos muertos ni tantos infectados, y probablemente se habría podido controlar mejor 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. 511-528

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4606>

© Hernán Alejandro Olano García

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

Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Legalidade e precedentes jurisprudenciais 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 del Grupo de Investigación en *Historia de las Instituciones y DDHH “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”*

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Institución Universitaria Colegios 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 Desarrollo. 2 Medidas económicas. 3 Precedente jurisprudencial. 4 La pandemia en el sistema interamericano. 5 Bibliografía.

1 DESARROLLO

Las implicaciones jurídicas del coronavirus llevaron, primero, a que el Ministerio de Salud y Protección Social dictara la Resolución 0380 del 10 de marzo, tomando en consideración el artículo 49 de la Constitución; los artículos 5 y 10 de la Ley 1751 de 2015 que regula el derecho fundamental a la salud; la Ley 9 de 1979 o Código Sanitario, que dicta medidas sanitarias, así como las disposiciones necesarias para asegurar la adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades para asegurar su cumplimiento a través de las autoridades de salud; seguidos del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 del Sector Salud y Protección Social, así como la Sentencia de 6 de abril de 2000, radicación número 5397 de la sección primera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de adoptar medidas preventivas, sancionatorias y de seguridad cuando se presentan situaciones de vulnerabilidad con la transmisión de enfermedades.

En esa primera Resolución 0380 del 10 de marzo, se hizo un claro llamado a no desobedecer las recomendaciones del ministro de Salud y Protección Social, el cual, para el efecto, actúa en Colombia como autoridad de policía, dentro de lo que concierne a la policía administrativa, estableciendo como medida correctiva la aplicación del artículo 368 del Código Penal, que establece: “quien viole la medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años”, tipo penal que ha causado revuelo en este país, sumado a los comparendos a quienes no han observado la reclusión, así como ante la primera medida policiva que se estableció en Colombia, la obligatoria autorreclusión, a su costo y pecunio, durante 14 días, de toda persona que arribase a Colombia, proveniente de países como la República Popular China, Italia, Francia y España.

Por otro lado, en Bogotá, la alcaldesa, como primera autoridad de Policía del Distrito, pudiendo dictar los reglamentos, impartir las órdenes, adoptar las medidas y utilizar los medios de policía necesarios para mantener el orden público, así como para garantizar la seguridad, salubridad y tranquilidad ciudadanas, reguló inicialmente la alerta amarilla por el coronavirus, al tenor del Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016 y del Acuerdo 079 de 2003 – Código de Policía de Bogotá, donde se le asignan deberes en el artículo 5, así como la observancia, según el título III, de comportamientos

que favorecen la salud pública de las personas, así como el título IV sobre la protección de la población vulnerable.

A nivel nacional, el presidente de la República, Iván Duque Márquez, lo primero que hizo fue anunciar medidas económicas para los sectores afectados por la pandemia del coronavirus, pero luego vendrían otras medidas más graves que, al tenor de la Constitución Política de Colombia, son alteraciones del orden que el Constituyente de 1991 encontró que debían ser conjuradas por medio del estado de emergencia (art. 215 superior), que regula tres tipos de estados de excepción: (i) guerra exterior; (ii) conmoción interior y (iii) emergencia en su orden: la económica, la social, la ecológica y la grave calamidad pública, en la cual se ajusta la pandemia y, al declararse dicho estado, las facultades del presidente serán excepcionales por un plazo calendario no superior a 90 días durante el año, no obstante que la situación indica que el virus permanecerá en el ambiente incluso por años.

Como es sabido, en Colombia, la autoridad competente para declarar y expedir los decretos de desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública, es el presidente de la República, con la firma de todos los ministros. En cuanto al ámbito temporal, el artículo 215 de la Constitución señala que la declaración del estado de emergencia es por periodos de hasta 30 días, en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario. Y, respecto al ámbito territorial, la Corte ha utilizado de manera analógica la regla sobre su aplicación en todo el territorio o parte de él, pero en la pandemia las medidas incluso trascienden casi al ámbito internacional, puesto que se han cerrado fronteras terrestres, marítimas, fluviales y aéreas, para que con el encierro no se pueda meter el virus.

Así, los presupuestos para la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública, establecidos en el artículo 215 constitucional, en concordancia con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, que adelante citaré, son los siguientes: (i) El presupuesto fáctico alude a hechos sobrevinientes distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que alteren el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública. Además, deben ser de carácter extraordinario. (ii) El presupuesto valorativo refiere a la perturbación o la amenaza de perturbación en forma grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública. (iii) El juicio sobre la suficiencia de los medios ordinarios de que dispone el Estado para conjurar la perturbación o amenaza del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública.

Además de las normas constitucionales sobre los estados de excepción, Colombia tiene una Ley Estatutaria, la 137 de 1994, que regula dichas medidas, buscando la prevalencia de los tratados internacionales, los derechos intangibles, garantizando la prohibición de suspender los derechos (arts. 1 al 22); normas particulares para el estado de guerra exterior (arts. 22 al 33); disposiciones acerca del estado de conmoción interior (arts. 34 a 45); las propiamente aplicables en el estado de emergencia económica, social y

ecológica (arts. 46 a 50), así como el régimen procedimental y de aplicación del control constitucional por parte de la Corte Constitucional (arts. 51 a 58).

Como lo que se quiso normativamente es contrarrestar con el estado de excepción hechos que no haya sido posible prever y que el presidente no los pueda controlar en sus funciones ordinarias, las normas deben ser de inmediata y directa aplicación para calmar la emergencia, y no se puede aprovechar la ocasión para tramitar proyectos de ley de índole distinta ante el Congreso, o afectar los derechos fundamentales de la ciudadanía, tanto los constitucionales como los que integran el bloque de constitucionalidad y en lo que corresponde al principio de intangibilidad de los derechos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-252 de 2010, ha expresado sobre ese particular y en un caso que analizó una declaratoria de emergencia según la cual:

«El principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros distintos a los consagrados en los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto Internacional, lo cual se origina por tres vías:

- La primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno, sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas estas quedan cobijadas por la salvaguarda.

- La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto.

- Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de *habeas corpus*, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. En torno a este punto, si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción, no hizo referencia expresa a los artículos 7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos. Por último, es igualmente importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana; la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y el respeto de las normas del derecho internacional humanitario».

El efecto principal de la declaratoria del estado de emergencia en Colombia consiste en que el presidente de la República pueda dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Cada decreto legislativo presidencial pasa por la revisión automática de exequibilidad (ajuste o no a la Constitución Política) a la Corte Constitucional, donde se recibe igualmente, de forma obligatoria concepto del procurador general de la nación y se otorga un plazo para las intervenciones de los ciudadanos, para que así lo establecido por el jefe del Estado en

sus normas no atente contra la Carta Política, sean oportunas con la situación y no se vulneren los derechos.

Y es que de la Carta Política de 1991 se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad, tanto formal como material, tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquel hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función.

En este tipo de decretos, se pueden decretar nuevos tributos o modificar los actuales, solo de forma transitoria, para ayudar en el saneamiento económico, aliviar las cargas de las pequeñas, medianas y grandes empresas, así como de las deudas de los colombianos. En estos últimos casos, las medidas dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal (que en Colombia coincide con el calendario gregoriano), salvo que el Congreso de la República (Senado de la República y Cámara de representantes en conjunto), durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente a esas disposiciones si lo considera justo y necesario para el país.

La declaratoria de emergencia se dio, puesto que el presidente de la República consideró que las autoridades estatales no contaban con las atribuciones suficientes para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19.

No es de poca monta el coronavirus tipo COVID-19 y deben observarse obligatoriamente las disposiciones de los decretos legislativos, casi 80 en un mes, junto con las disposiciones del Reglamento Sanitario Internacional, así como las de la Organización Mundial de la Salud, que hacen parte de nuestro *soft law* e integran con tal categoría nuestro bloque de constitucionalidad.

Las primeras medidas del Gobierno nacional fueron, lógicamente, las restrictivas, o de cuarentena, luego que la alcaldesa de Bogotá y otros alcaldes y gobernadores sugirieran una reclusión pedagógica voluntaria del 19 al 23 de marzo; sin embargo, el jefe del Estado, en esa condición superior, anunció el 17 de marzo la declaratoria del estado de emergencia económica y social, mediante el Decreto 417, por el término de 30 días calendario y una cuarentena, inicialmente de las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de marzo (el 24 fue un día de transición entre la jornada pedagógica local y la cuarentena nacional) hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril; luego, con ese rango, del 13 de abril al 27 de abril y, ante la gravedad de las circunstancias, del día 27 de abril hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo, manifestando el presidente las medidas de “distanciamiento social”, por las que reuniones de más de veinte personas, una vez termine la cuarentena, no podrán celebrarse en el país, por lo menos hasta que termine el año

2020, incluidos partidos de fútbol, espectáculos artísticos, manifestaciones populares o el ejercicio de la libertad de cultos.

2 MEDIDAS ECONÓMICAS

El presidente de la República de Colombia, abogado Iván Duque Márquez, anunció a diario, con un programa institucional de televisión, las medidas económicas, sanitarias y sociales para enfrentar la pandemia del coronavirus (COVID-19) en el país, que resumimos en algunas como las siguientes:

- Adopción de medidas extraordinarias que permitan descapitalizar entidades financieras con participación accionaria estatal.

- Adoptar las acciones necesarias para garantizar el permanente funcionamiento del sistema de abastecimiento y seguridad alimentaria en todo el territorio nacional.

- Adopción de líneas especiales de crédito por parte de la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario para los productores agropecuarios afectados por las causas que originaron la declaratoria de emergencia económica; podrán cubrir los costos y gastos financieros asociados a las operaciones de crédito agropecuario.

- Adopción de medidas laborales encaminadas a promover la conservación del empleo y brindar alternativas a trabajadores y empleadores dentro de la emergencia económica, aplicables a “empleadores y trabajadores, pensionados connacionales fuera del país, Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) de orden privado, Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado que administren cesantías y Cajas de Compensación Familiar”.

- Ampliación de los plazos para prorrogar las concesiones portuarias, y los puertos privados pueden habilitarse para recibir carga que tenga como propósito “garantizar el abastecimiento de bienes de primera necesidad a las poblaciones que se encuentren dentro del área de la zona portuaria correspondiente, independientemente del tipo de carga autorizada”.

- Análisis de todas las medidas tributarias a las que haya lugar.

- Autorizaciones logísticas: “Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las empresas que prestan servicios de comercio electrónico, envíos y los operadores logísticos deberán dar prioridad al envío de productos y servicios solicitados en línea que sean de alimentación, de bebidas, de productos y bienes de primera necesidad, de productos farmacéuticos y médicos, ópticas, de productos ortopédicos, de productos de aseo e higiene, de alimentos y medicinas para mascotas, y de terminales que permitan el acceso a las telecomunicaciones (teléfonos, computadores, tabletas, televisores)”.

- Buscar los mecanismos legales para facilitar y agilizar los procesos de reorganización e insolvencia empresarial.

- Creación de patrimonio autónomo para atender efectos generados por la pandemia.

- Declaratoria como servicios públicos esenciales los de telecomunicaciones, incluidos los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales. Por tanto,

no se suspenderá su prestación durante el estado de emergencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y postales no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación del servicio.

- Disponer de los recursos que se encuentren a cargo de la nación y de las entidades territoriales.

- El Gobierno nacional ofrecerá garantías, a través del Fondo Nacional de Garantías, para que las pequeñas y medianas empresas tengan facilidad de acceso a distintas líneas de créditos con el sistema financiero.

- Expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y que permitan incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales.

- Facultades a los gobernadores y alcaldes para que reorienten las rentas de destinación específica de sus entidades territoriales con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia, sin necesidad de autorización previa de asambleas o concejos. Igualmente, podrán adicionar, modificar o hacer traslados y operaciones presupuestales con ese fin. También se les faculta para reducir las tarifas de los impuestos territoriales. Estas facultades solo se otorgan para el término de duración de la emergencia sanitaria.

- Flexibilización del régimen laboral en cuanto a los requisitos de los trabajadores a contratar.

- Fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías (FNG).

- Garantizar el servicio de transporte de carga en el territorio nacional, que sea estrictamente necesario para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria.

- Habilitar actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos.

- Implementar medidas de importación y comercialización de combustibles con el fin de no afectar el abastecimiento.

- Liberalidad para disponer de las cesantías por retiro del empleo, aun trabajando: “El trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición se aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado”.

- Modificar disposiciones normativas del Sistema General de Regalías.

- Permitir que el Gobierno nacional acuda al procedimiento de contratación directa siguiendo los principios de transparencia y legalidad para que las entidades competentes de los sectores de salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquellos sectores que requieran para prestar atención a la población afectada adquieran el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro.

- Programa de devolución del IVA para la población más vulnerable del país.

- Proveer los recursos para el sistema de salud, de manera que pueda atender los requerimientos en materia hospitalaria, tras la emergencia provocada por el coronavirus (COVID-19). Con estos recursos y la simplificación de trámites, se acelerará la implementación del programa de Punto Final del Acuerdo de Paz.

- Reconexión del servicio de acueducto a cerca de un millón de personas (200.000 familias) que lo tienen suspendido por falta de pago.

- Reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación accionaria estatal.

- Se podrá solicitar un alivio consistente en un aplazamiento del pago de las cuotas de créditos hipotecarios, de consumo, tarjeta de crédito, crédito de vehículo y comerciales.

- Simplificar el proceso administrativo sancionatorio contenido en la Ley 9 de 1979 y en la Ley 1437 de 2011, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa.

- Suspensión del cobro de peajes a vehículos que transiten por el territorio nacional, con los cuales se realicen las actividades de que trata el Decreto 457 de 22 de marzo de 2020, tales como servicios de salud, transporte de bienes de salud, de primera necesidad y de consumo ordinario de la población; transporte aéreo en los casos autorizados, puertos de carga, entre otros.

- Suspensión de contraprestaciones aeroportuarias, de arrendamientos de espacios en aeropuertos, de cobros por infraestructura aeroportuaria; igualmente, se dispone que, “en los eventos en que las aerolíneas reciban solicitudes de retracto, desistimiento y otras circunstancias relacionadas con la solicitud de reembolso, podrán realizar, durante el periodo que dure la emergencia y hasta por un año más, reembolsos a los usuarios en servicios prestados por la misma aerolínea”.

- Y un largo etcétera.

3 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Mientras la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia acerca de los decretos expedidos en desarrollo del estado de emergencia por la pandemia, debemos retrotraernos a los precedentes más próximos, ya con una década de antigüedad, con el anterior estado de emergencia por situaciones de salud, que llevó a ese cuerpo constitucional a expresarse en la Sentencia C-252 de 2010, en la cual se estableció que, en casos como este, deben valorarse los hechos sobrevinientes y extraordinarios (presupuesto fáctico), porque cuando la situación reviste gravedad resulta inminente (presupuesto valorativo) reconocer el ejercicio de las funciones del Gobierno, que habitualmente, en situaciones de normalidad, dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que se expone en una declaratoria que busque proteger el derecho a la salud (juicio de suficiencia).

La Corte, en ese citado fallo, definió el “orden público”, fundamento de las medidas que se han tomado, que no se desprenden de un hecho interno, sino que corresponden a una afectación mundial; por tanto, vale la pena mencionar que “orden público”, para el alto Tribunal Constitucional colombiano, “se trata de un suceso del mundo fenomenológico,

de un punto de partida empírico que parte de la ocurrencia de hechos concretos, perceptibles y, en consecuencia, verificables, que objetivamente generan una alteración de las condiciones de seguridad y tranquilidad requeridas para el ejercicio de los derechos”. Nada más claro que esa definición para ajustarla a la pandemia del COVID-19 y verificar que las normas expedidas no tienen un sesgo político, sino que tienen que ver con ese citado “orden público”, para procurar la vida e integridad de las personas.

Además, en el citado fallo, la Corte sostiene que “los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son ni pueden ser un Estado *de facto*. Si bien la Carta Política le confiere al presidente de la República poderes extraordinarios, estos no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de derecho”.

Así mismo, merece la pena mencionar el desarrollo del denominado “principio democrático”, que rige las normas expedidas en el estado de excepción:

«La Corte ha denotado la importancia que reviste el principio democrático al señalar que constituye un valor fundante y fin esencial, el principio de mayor trascendencia institucional, la directriz que rige el ordenamiento en su conjunto y la columna vertebral de la Constitución por cuanto garantiza y asegura que los individuos y ciudadanos puedan participar de manera permanente en los procesos decisorios y de poder político y social que repercutirán de manera significativa en el rumbo de la vida institucional, el desarrollo personal y la propia comunidad».

En consecuencia, el principio democrático es universal y expansivo, que explica esa Corporación así:

«Es universal, en la medida que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. Y es expansivo por cuanto su dinámica, lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción».

La Corte analizó y sirven como criterios para el análisis que, con ocasión de la norma de declaratoria de la pandemia como amenaza y sus decretos complementarios, establecen los requisitos formales que deben cumplir los decretos legislativos que se expidan en virtud del estado de emergencia:

«i) la firma por el presidente de la República y todos sus ministros; ii) los motivos que condujeron a su expedición; y iii) la indicación del ámbito temporal y territorial de la declaratoria. Para el caso de los decretos de desarrollo se examina, además, si se dictaron dentro del límite temporal previsto.

Estado de emergencia – Requisitos materiales

La declaratoria del estado de emergencia debe fundamentarse sustancialmente en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución, esto es: i) la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública; ii) la explicación de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social y ecológico es grave e inminente, o los hechos constituyen una grave calamidad pública; y iii) la indicación de las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente de orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales.

Estados de excepción – Prohibición de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Dentro de los controles al ejercicio de las facultades extraordinarias que ejerza el Ejecutivo, el artículo 5.º de la Ley estatutaria de los estados de excepción establece la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual encuentra correspondencia con el artículo 214-2 de la Constitución, al señalar que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales (arts. 212 y 213 C.P.). Los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya suspensión se prohíbe en los estados de excepción comprenden los establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 superior). Si bien los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos bajo los estados de excepción, algunos de ellos pueden ser restringidos en la medida en que satisfagan los requerimientos esenciales previstos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley estatutaria de los estados de excepción – LEEE».

Por tanto, entre las reglas que delimitan la restricción de los derechos y libertades pueden señalarse, de acuerdo con la jurisprudencia citada:

«i) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (art. 6, LEEE); ii) no se podrá afectar el núcleo esencial y se debe establecer garantías y controles para su ejercicio (arts. 6 y 7, LEEE); iii) debe justificarse expresamente la restricción de los derechos a efectos de demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hace necesaria (art. 8, LEEE); y iv) la restricción de los derechos y libertades solo se hará en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad (art. 13, LEEE)».

Quedan claras las normas a seguir, pues, según nuestra Carta Política, no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos fundamentales, ni los sociales que el Estatuto confiere a los asociados.

4 LA PANDEMIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo de sus Relatorías Especiales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y sobre Libertad de Expresión, en ejercicio de su mandato, adoptó la Resolución 01/2020, de 10 de abril de 2020, denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

En ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formuló 85 recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, en relación con generalidades; estados de excepción, restricciones a las libertades fundamentales y Estado de derecho; grupos en especial situación de vulnerabilidad; personas mayores; personas privadas de libertad; mujeres; pueblos indígenas; personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas; niños, niñas y adolescentes; personas LGBTI; personas afrodescendientes; personas con discapacidad; derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y cooperación internacional e intercambio de buenas prácticas, por cuanto la pandemia tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad.

Las medidas de restricción de derechos humanos que se adoptaron para enfrentar la pandemia tenían que cumplir con ciertos requisitos, como ser temporales, estrictamente necesarias y proporcionales.

En relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que es lo que nos reúne, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en los numerales 4 al 19 de la citada Resolución 01/2020 lo siguiente:

«4. Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud, así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.

5. Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de

condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.

6. Asegurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos adecuados para la prevención, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor evidencia científica y el derecho humano a la salud. Estos procedimientos deben ser transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espacios oportunos de participación social para la evaluación de los impactos y resultados de las medidas adoptadas, que permitan gestionar los ajustes necesarios desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, establecer espacios de diálogo nacionales con participación de personas expertas independientes, las instituciones nacionales de derechos humanos y el sector privado.

8. Velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, sean públicos o privados, asegurando la atención de las personas con COVID-19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, así como personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.

9. Asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba.

10. Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.

11. Mejorar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias, lo que incluye la distribución equitativa de tales servicios y bienes en la comunidad, particularmente de las poblaciones que se ven más expuestas o en mayor riesgo a verse afectadas, tales como personas profesionales de salud, personas mayores o personas con condiciones médicas que requieren atención específica de su salud mental.

12. Garantizar el consentimiento previo e informado de todas las personas en su tratamiento de salud en el contexto de las pandemias, así como la privacidad y protección

de sus datos personales, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento por COVID-19. Está prohibido someter a las personas a pruebas médicas o científicas experimentales sin su libre consentimiento.

13. Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud.

14. Asegurar que, en los casos excepcionales en que fuera inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCa, los Estados deben velar por que tales medidas estén plena y estrictamente justificadas, sean necesarias y proporcionales, teniendo en cuenta todos los derechos en juego y la correcta utilización de los máximos recursos disponibles.

15. Integrar medidas de mitigación y atención enfocadas específicamente en la protección y garantía de los DESCAs dados los graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas les pueden generar. Las medidas económicas, políticas o de cualquier índole que sean adoptadas no deben acentuar las desigualdades existentes en la sociedad.

16. Asegurar la existencia de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESCAs, en el contexto de las pandemias y sus consecuencias, incluyendo abusos por parte de actores privados y actos de corrupción o captura del Estado en perjuicio de los derechos humanos.

17. Asegurar que las instituciones multilaterales de financiamiento e inversión en las que los Estados hacen parte implementen garantías específicas para proteger los derechos humanos en sus procesos de evaluación de riesgo y sistemas de operación relativos a proyectos de inversión o préstamos monetarios que se den en el contexto de respuesta a la pandemia y sus consecuencias sobre los derechos humanos, en particular de los DESCAs.

18. Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que pueden amenazar, debilitar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos frente a contextos de pandemia y sus consecuencias. Ello a fin de facilitar la adquisición oportuna de insumos y equipo médico esencial y permitir el gasto público de emergencia prioritario en otros DESCAs, sin poner en mayor riesgo todos los derechos humanos y los esfuerzos avanzados por otros Estados en esta coyuntura, dada la naturaleza transnacional de la pandemia.

19. Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos, adopten procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los DESCAs de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad

y, en general, sobre las personas que trabajan, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales. Las empresas tienen un rol clave que desempeñar en estos contextos y su conducta debe guiarse por los principios y reglas de derechos humanos aplicables».

Vale la pena indicar que estas medidas recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien no son obligantes, hacen parte de nuestro *soft law*, entendido como tal *soft law* el término acuñado por Lord McNair y conocido como “derecho suave”, por el que yo entiendo y defino el numeroso conjunto de instrumentos, resoluciones o recomendaciones, códigos de conducta, declaraciones, catálogos o lineamientos no obligatorios o no vinculantes de diferentes organismos internacionales.

En otro nivel del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de protección de los derechos humanos, consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19, emitió una declaración el 9 de abril de 2020, con el fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizaron para abordar y contener la pandemia del coronavirus, en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal.

El diálogo jurisprudencial de la CIDH con los jueces de los Estados parte resalta la importancia que para las obligaciones internacionales de los Estados posee el control de convencionalidad. Incluso las constituciones nacionales son susceptibles del control de convencionalidad, pues al referirse la CIDH a las “leyes internas” se aplicarían también esas decisiones sobre la propia Norma de Normas, como lo indicó en la Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984.

Algo importante para tener en cuenta es que en Colombia se ha hablado de un estado de cosas inconstitucional y, de esa forma, la Corte ha mencionado los siguientes parámetros como determinantes de la procedencia de un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.

- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos.

- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.

- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas

multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

La presidenta de la Corte Interamericana, la jueza Elizabeth Odio Benito, ha señalado que esta declaración tiene por objeto que “los Estados tengan presente y no olviden sus obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos en la respuesta y contención ante la pandemia”.

En particular, la Corte Interamericana consideró en esa declaración que:

«- Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. El multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.

- Los organismos multilaterales, cualquiera que sea su naturaleza, deben ayudar y cooperar de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos, para buscar soluciones a los problemas y desafíos presentes y futuros que está ocasionando y ocasionará la presente pandemia.

- Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

- Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

- Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

- En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción

del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.

- El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permitan desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

- Ante las medidas de aislamiento social que pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, es preciso recalcar el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, por lo que deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

- Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

- Se debe velar por que se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.

- El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID-19 sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.

- Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como que se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.

– Resulta pertinente poner en alerta a los órganos o dependencias competentes para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación, para que extremen el cuidado a efectos de que, durante la pandemia, nadie promueva brotes de esta naturaleza con noticias falsas o incitaciones a la violencia».

La CIDH y la Corte IDH coinciden en el impacto que tiene el COVID-19 sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA). En esa línea, señalan particularmente que el derecho a la salud es el principal componente a ser garantizado, y que se deben asegurar medidas de protección para evitar que el personal de salud se contagie de coronavirus.

En cuanto a los derechos vinculados al trabajo, se buscó, por una parte, proteger los ingresos económicos de las personas, y por otra, evitar y minimizar los riesgos de contagio entre los trabajadores que continuasen desempeñando labores. La CIDH resaltó la importancia de la protección salarial durante la pandemia, pero es una situación poco garantizada por los empleadores de los Estados parte.

Y, acerca del derecho a la salud, vale la pena indicar que, como derecho fundamental, consagrado como tal en el Bloque de Constitucionalidad colombiano (PIDESC), es autónomo y como tal ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional colombiana sin necesidad de acudir a la conexidad con otros derechos, pero principalmente sin acudir a la conexidad con el derecho a la vida. Se entiende por autónomo aquel derecho social acerca del cual existen razones válidas que lo hacen fundamental, sin acudir a las que sustentan la existencia de otros derechos fundamentales liberales o incluso sociales. Dada la situación de desconocimiento del carácter fundamental de la salud y la intención de acudir inicialmente a la conexidad, desde la perspectiva del grupo, es más beneficioso para el derecho a la salud que se conecte con los principios de dignidad y libertad humana.

En el Sistema Interamericano se ha establecido la responsabilidad internacional del Estado ante la falta de la debida inspección, vigilancia y control respecto a la prestación de servicios de salud. Si bien los casos se relacionan con violaciones del derecho a la vida o del derecho de acceso a la justicia, el estándar es útil para entender los alcances del deber de garantía respecto al derecho a la salud.

5 BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Corte Constitucional. 2010. «Sentencia C-252 de 2010».

Colombia, Congreso de la República. 1994. «Ley 137 de 1994».

Olano García, H.A. 2019. *Constitución Política de Colombia*, 3.^a 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/amnistia-internacional-presenta-un-decalogo-de-derechos-humanos-para-afrontar-la-pandemia/>.

<https://www.un.org/es/coronavirus/articles/proteger-derechos-humanos-coronavirus>.



Recensiones



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 531-536

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4667>

© Marta Ortiz Márquez

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

Recibido: 15/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 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 Derecho Mercantil
Acreditada a profesora contratada doctora
Universidad de Huelva
<https://orcid.org/0000-0003-2320-2695>
marta.ortiz@dthm.uhu.es

Luis García Lozano y José Neftalí Nicolás García (dirs.)
Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019
188 pp.
ISBN: 978-84-1309-822-7

El propósito de este trabajo es hacer una breve reseña sobre la obra colectiva *La docencia universitaria en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Entre la innovación y la tradición*, dirigida por los profesores García Lozano y Nicolás García. En esta obra encontramos un conjunto heterogéneo de estudios en los que varios profesores universitarios de toda España analizan las distintas facetas implicadas en la universidad actual.

La obra, publicada en 2019, incluso presenta hoy en día mayor interés y actualidad que en el momento de su publicación. Parece que sus autores presagiaban la repercusión que la crisis del COVID-19 iba a tener en Europa y, en especial en la universidad, en la que el confinamiento y/o las restricciones han hecho protagonista la docencia *online* y el uso de las herramientas digitales.

El libro contiene un total de diecinueve capítulos organizados en cinco partes. La primera, en la que se reflexiona sobre “Los valores universales en los estudios universitarios” (con 3 capítulos); la segunda, titulada “Los planes de estudios universitarios” (con 4 capítulos); la tercera, relativa a “Los docentes y el profesorado” (con 5 capítulos); la cuarta, “Las nuevas tecnologías y evaluación” (con 5 capítulos); y la quinta, destinada a “Los alumnos y estudiantes” (con 2 capítulos).

Como es posible deducir por la estructura de esta obra colectiva, el libro ofrece una panorámica de las distintas tareas docentes y de investigación a las que ha de hacer frente el profesorado universitario en la actualidad. Esta diversidad de facetas que van desde las tareas de investigación y formación del profesorado y labores de docencia hasta la innovación docente e implantación de las nuevas tecnologías, así como la responsabilidad hacia los discentes, está presente en esta obra.

En la primera parte, “Valores universales en los estudios universitarios”, se puede observar la vertiente investigadora y formativa del profesorado en los tres capítulos que la componen. El capítulo I, “La impregnación de Europa y los valores de la Unión en los estudios universitarios” (L.M. García Lozano), realiza una profunda reflexión sobre la pérdida de los valores que tradicionalmente estaban presentes en la sociedad europea recibidos por la tradición histórica del Imperio romano (valores jurídicos), de Grecia (valores políticos-cívicos) y principios religiosos del cristianismo. Estos valores “han impregnado históricamente el territorio continental. Sin embargo, en los últimos tiempos han sufrido una pérdida importante, consecuencia de varios factores, entre otros, la inmigración de otros continentes y civilizaciones y la aparición de otros principios” (pp. 23-25). De ahí que el autor señale la necesidad de que la universidad incorpore la formación en valores. De lo contrario, esta pérdida de valores puede dar lugar a una sociedad “invivable e impracticable” (p. 25) –en mi opinión, dicha realidad que presagiaba el autor ya está sucediendo–, lo que se traduciría en una convivencia ingobernable. Por ello, como indica el autor, los valores que tradicionalmente han estado presentes en Europa deben ser transmitidos e inculcados a los universitarios europeos, con independencia de los estudios universitarios que cursen.

El capítulo II, “La transversalidad de los valores constitucionales en el espacio europeo de educación superior” (A. Pérez Miras y V. Faggiani), recoge la necesidad de incluir en los planes de estudios del Espacio Europeo de Educación Superior (en adelante, EEES), formación en los valores constitucionales fundamentales a los estudiantes, pues, “como ciudadanos, deben adquirir competencias, habilidades y destrezas basadas en conocimientos de los valores constitucionales fundamentales desde los que se ha desarrollado el Estado Social y Democrático de Derecho” (pp. 34 y 35). Sin embargo, los autores

ponen de manifiesto la dificultad práctica a la hora de dar virtualidad a esta necesidad. En el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, sí parece factible. No así en las carreras técnicas, del ámbito de las ciencias, pues es de sobra conocida la dificultad de encajar en los planes de estudios actuales los créditos de las distintas asignaturas a impartir.

En el capítulo III, “La presencia de los valores religiosos en los planes de estudios universitarios a la vista de los tratados de la Unión” (L.M. García Lozano), el autor analiza la presencia de los valores del humanismo cristiano en el continente europeo y su influencia en la configuración de la Unión Europea. El cristianismo, junto con la influencia de la filosofía griega y el derecho romano han sido el nexo de unión entre los distintos estados miembros y han posibilitado la creación de la Unión Europea y la institución de la ciudadanía europea. La influencia del humanismo cristiano ha sido determinante en la configuración de la Unión y de ahí la importancia de la recuperación de la formación en valores europeos del humanismo cristiano, como elemento configurador y como vía para conseguir un mejor entendimiento entre los ciudadanos de los distintos Estados y como instrumento para crear una «categoría» única que evitaría la distinción entre “países y ciudadanos de primera y de segunda dentro de la Unión” (pp. 43-58).

La parte II, “Planes de estudios universitarios”, organizada en cuatro capítulos, analiza distintas cuestiones que afectan a los planes de estudios. En el capítulo IV, sus autores analizan brevemente el Real decreto 43/2015, de 2 de febrero, que modifica la estructura de los estudios universitarios, y tratan de dar una verdadera explicación al denominado “plan Bolonia”. Los autores se cuestionan el cambio de la distribución de años en los estudios universitarios de licenciatura o diplomatura a los estudios de grado (4+1 o 3+2), para finalmente hacer una crítica al mismo y plantear como posible justificación real de la reforma la reducción del gasto público. El capítulo V recoge una reflexión acerca de los criterios de evaluación de los trabajos fin de grado (desde ahora, TFG), planteándose la idoneidad de la valoración por el tutor o por un tribunal. En este capítulo, los autores ponen de manifiesto la dificultad inherente al TFG no solo para el alumno, sino también para el profesorado que lo dirige y lo califica, y proponen una mejora metodológica tanto para su elaboración como para la evaluación de estos, concluyendo que resulta necesario homogeneizar parámetros que permitan una mayor objetividad. En el capítulo VI, la autora recoge las ventajas y desventajas de la tutorización de los TFG para el docente, llegando a la conclusión de que pesan más las desventajas y abogando por desarrollar incentivos tanto para el profesorado como para el alumnado, al que es necesario incentivar y permitir desarrollar esta investigación sobre la materia que mayor interés le despierte. Por su parte, en el capítulo VII, sus autores, a propósito de los TFG y de los trabajos fin de máster (en adelante, TFM), consideran la duración de los títulos universitarios y se cuestionan la obligatoriedad de los TFG, su presencia en los planes de estudios europeos y la posibilidad de articular otra vía más eficiente para que el alumnado demostrase la asimilación de competencias transversales, por ejemplo, mediante la realización de un ensayo o un dictamen.

En la parte III del libro, “Docentes y profesorado”, a través de cinco capítulos (capítulo VIII a capítulo XII), los autores que participan en la obra abordan las distintas exigencias a las que está sometido el profesorado universitario en la actualidad. Se realiza una reflexión profunda sobre el proceso de acreditación docente en el que priman más los criterios cuantitativos que la calidad de los resultados. Y, como alternativa, se propone el fomento de la “excelencia profesional”, aspiración que debe estar presente en todo “profesional excelente” (capítulo VIII). Además, los autores, desde su experiencia personal, aconsejan cómo debe ser la incorporación del profesorado interino en la universidad (capítulo IX). Asimismo, se estudian (capítulos X, XI y XII) los distintos ránkines y parámetros para determinar la calidad universitaria, se cuestiona su utilidad y se pone de manifiesto la necesidad de contar con otros parámetros o sistemas de control que permitan verificar la calidad universitaria para tratar de garantizarla tanto en las distintas áreas de conocimiento como en la docencia.

La parte IV, dedicada a las “Nuevas tecnologías y evaluación”, se organiza en cinco capítulos (capítulo XIII a XVIII), en los que sus autores tratan distintos temas relacionados con el uso de las nuevas tecnologías en los distintos sectores universitarios. Así, se trata el papel de las páginas web departamentales, su función y utilidad y sobre quién recae la elaboración de su contenido (capítulo XIII). El autor deja constancia de la carga que ello puede suponer y de la falta de reconocimiento por parte de la universidad y de los organismos de acreditación de estas tareas. Por otro lado, también de gran actualidad es el estudio que se realiza en relación a las nuevas tecnologías en las profesiones jurídicas (capítulo XIV), en el que se destaca la presencia que la informática y, en concreto, la plataforma LexNET tiene en todos los operadores jurídicos. La implantación de estas nuevas herramientas de comunicación e instrumentos de relación con los juzgados y con las administraciones públicas hace necesario contar con garantías de seguridad informática para la protección de datos y el secreto profesional. Por último, quiero destacar que la autora pone de manifiesto la necesidad de formar a los estudiantes universitarios del Grado en Derecho en el uso de estas nuevas herramientas, de tal forma que puedan ir adquiriendo y desarrollando estas competencias profesionales. En el capítulo XV se destaca el papel de la enseñanza *online* como instrumento cotidiano que permite ampliar la cobertura educativa y, además, se pone de manifiesto la importancia de la evaluación *online*. Por otro lado, también se muestra la necesidad de avanzar en la evaluación *online* y se propone un método de evaluación que no sea sumativo (a pesar de su objetividad), sino de aprendizaje y acompañamiento profesor/alumno y que permita valorar el grado de asimilación por parte del alumno de la enseñanza recibida, en lugar de limitarse a acumular conocimientos. Se trata de que el alumno sea capaz de desenvolverse y desarrollar competencias profesionales, cuando finalice sus estudios, con independencia de que la materia o la ley concreta que le fue explicada, hubiese sido derogada. La autora de este capítulo XV plantea la docencia y evaluación *online* como una oportunidad para llevar a cabo un cambio en el sistema de aprendizaje, en el que la labor del docente no sea controlar y comprobar, sino más una labor de seguimiento y

acompañamiento al alumno para enseñar. Este cometido resulta más fácil gracias a las herramientas digitales que permiten un acompañamiento y seguimiento del alumno, aunque pueden implicar un mayor esfuerzo y planificación del profesorado. Se trataría de que el alumno, junto al profesor –“gestor” de su aprendizaje–, pueda llevar a cabo un aprendizaje efectivo que lo prepare como profesional, no en conocimientos, sino en el saber profesional. En relación con lo anterior, el capítulo XVI trata sobre las tecnologías de la información y de la comunicación en la docencia universitaria y el uso de las plataformas digitales. En este capítulo los autores ponen de manifiesto que los cambios en el modo de impartir docencia universitaria han fomentado el uso de nuevas plataformas digitales que funcionan a modo de campus virtual. Estas plataformas sirven de apoyo a la enseñanza universitaria y han ido evolucionando en su concepción a lo largo de los años. Actualmente, ya no se limitan a ser un mero “tablón informativo”, como refieren sus autores, sino que se constituyen como una herramienta que completa la enseñanza impartida en las aulas. Son una vía para lanzar “píldoras educativas”, vídeos con clases magistrales, herramientas para realizar o almacenar trabajos planificados por el profesor, incluso en ocasiones ciertos trabajos o test se autocorrijen, facilitando la labor del profesor. Son instrumentos para completar y acompañar al alumno en su aprendizaje, pues permiten hacer un seguimiento de la enseñanza personalizado, programar ejercicios, realizar evaluaciones. En definitiva, ayudar al alumno a adquirir competencias y habilidades para su desarrollo profesional y personal tanto en un escenario de presencialidad como de semipresencialidad e, incluso, a la docencia *online*, como todos estamos comprobando en los últimos tiempos a consecuencia de la pandemia del COVID-19. En el capítulo XVII se aborda el tema de la conformación de los tribunales examinadores de los TFG y se plantea la idoneidad de que estén formados por profesores de una única disciplina o, por el contrario, que sea multidisciplinar. Sus autores, después de poner de manifiesto las ventajas y desventajas de una y otra opción, concluyen indicando que el debate sigue abierto y que la respuesta dependerá de los recursos humanos disponibles.

La parte V del libro, titulada “Los alumnos y estudiantes”, consta de dos capítulos. El capítulo XVIII está dedicado a la necesidad de adaptar la metodología docente a estudiantes con trastornos del espectro autista en los estudios universitarios. En él se destaca el gran avance que supone que alumnos con este tipo de discapacidad puedan llegar a cursar estudios universitarios, ya que requieren una adaptación metodológica y mayor planificación que el resto de alumnos para garantizar el éxito de la enseñanza. Además, los autores destacan el gran reto que dicha adaptación supone para el caso de los estudios de derecho, en los que se requiere el desarrollo de habilidades sociales. Por último, el capítulo XIX, con el que se cierra esta obra, hace hincapié en la necesidad de esforzarse por hacer verdaderos planes de acogida del alumnado universitario, pues está comprobado que el primer año de carrera suele haber muchos fracasos y una gran tasa de abandono. Los autores reflexionan sobre la necesidad de integrar talleres y jornadas que permitan al alumno incorporarse en esta nueva etapa de su formación y sentirse parte de ella. La nueva etapa va más allá de adaptaciones de contenidos académicos

y atiende a un proceso de maduración personal e intelectual. De ahí que los autores señalen que en este primer año los nuevos discentes se estén jugando mucho más que un año de estudios.

Para concluir, me gustaría destacar el valor de esta obra colectiva que pone de manifiesto las distintas facetas implicadas en la organización de los estudios universitarios y las exigencias a que está sometido su profesorado. Como señala en el prólogo el profesor J.J. Nicolás Guardiola, esta obra es un claro ejemplo del “esfuerzo que las nuevas generaciones de académicos hacen día a día por consolidar una actividad como es la educación universitaria, con todas las trabas que se están poniendo (...)” (pp. 18-19).



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 537-542

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4679>

© Ignacio Álvarez Rodríguez

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

Recibido: 19/11/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 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 ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad 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

El profesor Francis Fukuyama se hizo ampliamente conocido a nivel mundial por sostener la tesis del *fin de la Historia*, también conocida como el *fin de las ideologías*, de lo cual el sociólogo Daniel Bell ya había dicho algo a finales de los sesenta del pasado siglo; esto es, que la democracia liberal, una vez caído el Muro de Berlín, había ganado. Que ya no habría modelo alternativo a la combinación de derechos individuales-economía de mercado-participación del pueblo en la gestión de los asuntos públicos. Que los países

que quisieran prosperar de veras, garantizando la paz, la estabilidad, la seguridad y la cobertura social debían abrazar ese modelo. El núcleo de la afirmación del profesor Fukuyama se antojó revelador y certero, más allá de los matices que deban hacerse por los más variados motivos.

Hoy nuestro autor nos interesa por la publicación de un libro que conviene leer despacio.

El ensayo se hace eco de la importancia que tienen los grupos en la actualidad, esos grupos que se considera maltratados por el Estado, unidos por motivos étnicos, religiosos, nacionales, de orientación sexual o de género; ese grupo que reivindica una dignidad propia y específica, tributaria de la exigida en su día por aquellos movimientos aglutinados en torno al mayo del 68. La autoestima grupal y ciertas dosis de resentimiento suelen ser ingredientes adicionales. En suma: la diferencia importa, la igualdad no tanto. Lo que media entre Los Panteras Negras y Martin Luther King. Lo que media del feminismo de la igualdad al feminismo de la diferencia.

Para Fukuyama tienen mucha importancia esas “experiencias-shock” que tanto estudió Walter Benjamin, puesto que niegan o previenen a los individuos de poder ver sus vidas como un todo, sin apenas experiencias comunes ya. La memoria colectiva se va cuarteando y parcelando en experiencias individuales aisladas del resto. En la era de YouTube, Facebook, Twitter e Instagram esto se retroalimenta exponencialmente. Empieza a surgir un nuevo lenguaje propio de esa nueva cultura, adscrita a los nuevos grupos que comparten las mismas experiencias vitales. “Multiculturalismo” sería el concepto estrella.

Fukuyama sostiene que esto goza de claroscuros. Dentro de las primeras destaca que ayudan a cambiar la cultura y la conducta de personas que hacían mal cosas y quizá no lo sabían, mejorando la prestación de ciertos servicios públicos (el #MeToo, sin ir más lejos). Las políticas de la identidad serían, a su juicio, la respuesta natural e inevitable a la injusticia. Como cosas malas destaca muchas más, la verdad.

El primer problema lo observa cuando estas propuestas pretenden sustituir la reflexión seria sobre cómo revertir las desigualdades en nuestras democracias. Sostiene que es más sencillo argumentar basándose en “asuntos culturales” dentro de instituciones de élite que recabar dinero o convencer a legisladores escépticos para que modifiquen leyes. Al final, dice el autor, nos vamos a quedar en esas “mujeres de Silicon Valley” o “mujeres de Hollywood”, cuyos problemas son muy diferentes a los de las mujeres corrientes. El segundo problema se está haciendo especialmente visible en EE. UU., aunque no solo: los defensores de estas corrientes no prestan atención a grupos más numerosos y más antiguos, ignorando sus problemas y hasta mofándose de ellos (esa clase obrera rural norteamericana...). Un tercer problema es que la libertad de expresión se ve amenazada (y, en general, el tipo de discurso racional que se necesita para sostener la democracia). El enfoque de las “experiencias vividas” conduce a valorarlas en términos más emocionales que racionales, lo cual plantea problemas adicionales como el de la “apropiación cultural”, sin ir más lejos.

Con todo, el problema que considera más importante es el del correlato. Es decir, las políticas de identidad de izquierda generan su correlato en la derecha y la corrección política de unos se transforma en incorrección política de otros. Para el autor, descubrir constantemente nuevas identidades va haciendo que cambien los límites de lo que se considera aceptable; y esos límites son también cambiantes a su vez. Se hace bastante difícil estar al día, aun queriendo. Manhole es ahora “*maintenance hole*”; el nombre “Washington Redskins” es denigrante para los nativos americanos. El uso del *he/she* en un contexto equivocado denota insensibilidad hacia los intersexuales/transgénero. A E.O. Wilson, conocido biólogo, le tiraron un cubo de agua por la cabeza al decir que algunas diferencias de género tienen base biológica. Para Fukuyama, estas palabras retan la dignidad de un grupo particular y denotan falta de cuidado/simpatía hacia las dificultades y luchas de ese grupo. Además, cree que las formas extremas de corrección política suelen provenir de grupos relativamente pequeños de escritores, artistas, estudiantes e intelectuales de izquierda. Pero la derecha hace la lectura correcta y lo aprovecha. Y así es cómo personajes como Donald Trump parecen tener bula y gozar de amplia aceptación, llegando a las cabezas y a los corazones de millones de personas porque se muestra “tal cual es”. O como se dice hoy en día: “sin filtros”. O sea, las derechas también crean sus identidades, que no casualmente son todas aquellas que la izquierda ignora, combate o menosprecia.

Fukuyama estima que políticas de la identidad son la lente que traspasa casi todo asunto social en la actualidad, aunque aporta varias razones para no caer en ese error (por ejemplo, que no dejan de proliferar; que son inaccesibles a esos “otros” que no pertenecen al grupo; que se basan en principios innegociables, especialmente en caracteres biológicos que no admiten transacción o límite alguno, entre otras).

El norteamericano cree que las sociedades necesitan proteger a los marginados y a los excluidos, pero también alcanzar metas comunes mediante la deliberación y el consenso. Considera que el cambio en la agenda, a izquierda y derecha, en aras de proteger las identidades grupales cada vez más anchas, acaba por amenazar la posibilidad de comunicación y de acción colectiva. El remedio no pasa tanto por abandonar la idea de identidad, que es en buena medida una forma en la que las personas se piensan y en la que ven las sociedades que habitan. El remedio es definir las identidades nacionales de forma más integradora, teniendo en cuenta la diversidad *de facto* que presentan las democracias liberales.

Fukuyama conjura los miedos que puede haber de que la identidad nacional se despeñe por el talud etnonacionalista de la intolerancia, la agresividad y el iliberalismo. Aporta ejemplos de identidades nacionales inclusivas, en torno a valores políticos liberales y democráticos. Es más, las considera básicas y fundamentales para el éxito político, por diversas razones. Una es la seguridad física; las naciones fuertes y unidas son las que mejor la garantizan. Dos, por calidad y buena gobernanza (buenos servicios públicos y menores niveles de corrupción). Tres, facilita y promueve el desarrollo económico (ahí están los ejemplos de China, Japón y Corea del Sur). Cuatro, promueve la confianza, lo

que lubrica y facilita el intercambio económico y la participación política. Cinco, mantiene redes de seguridad social fuertes para mitigar las desigualdades económicas. Y finalmente, en sexto lugar, hace posible la democracia liberal, ese contrato implícito entre personas y gobiernos. La democracia necesita su propia cultura para funcionar, no basta con una mera aceptación de sus normas. Requiere deliberación y debate, respeto a las reglas del juego, una cultura de tolerancia y mutua simpatía por encima de visiones individuales y “partidistas”.

Fukuyama estima que toda nación es producto de diversos elementos que confluyen (de personas que han ido más allá de la frontera; de los movimientos de estas para ampliar horizontes; de asimilar minorías a la cultura existente; o de ir incluyendo las condiciones que la sociedad va presentando conforme avanza el tiempo). Proyectos modernos como la Unión Europea han pretendido ir más allá pero como no se ha construido identidad europea no hay sentido de pertenencia o de control sobre las instituciones europeas, lo que ha dado pie a diversos disgustos en Bruselas (crisis del euro, crisis de los refugiados, Brexit...).

¿Qué propone Francis Fukuyama? En un conciso resumen, lo siguiente.

En primer lugar, no huir de las políticas identitarias porque forman parte de nuestra modernidad. Debemos asumir que toda democracia liberal tiene el mismo dilema: no se puede alimentar una política identitaria sin retroalimentar otra de signo contrario.

En segundo lugar, decirnos la verdad. Esto es, contar los abusos específicos que se producen en la realidad y que han dado lugar a esas identidades (violencia policial contra los negros; acoso sexual, asalto y violaciones a mujeres). Reconocer los fallos y actuar en consecuencia, en definitiva.

En tercer lugar, integrar grupos pequeños en grupos grandes, teniendo claro que la base de estos no pueden ser sino los principios demoliberales. Dicho con otras palabras, las personas son ciudadanas y sobre todo ciudadanas, estatus que viene definido por pertenecer a un país.

En cuarto lugar, hacer examen de conciencia: ni izquierda ni derecha han actuado bien, por olvidarse de la clase obrera y abrazar el populismo, respectivamente. En quinto lugar, dotarnos de leyes de ciudadanía básicas y amplias. Considera que aquí EE. UU. lo sabe hacer mejor que la UE. No hay más que ver las ceremonias de naturalización, donde se le concede la nacionalidad norteamericana a alguien, lo que implican.

En sexto lugar, empezar a exigir algo a cambio. Los derechos humanos básicos son de todos, claro está. Pero el pleno disfrute de todos los derechos dentro de un Estado es una “recompensa” por formar parte decidida y real de la comunidad política. Una de esas medidas de fortalecimiento podría ser la exigencia de algún tipo de servicio nacional, civil o militar. Así se refuerza la idea del compromiso y sacrificio que exige la ciudadanía.

En séptimo lugar, no olvidar que, al igual que el cambio tecnológico ha servido para promover valores democráticos, también ha servido para lo contrario. El principal peligro que observa es una suerte de “fragmentación social descontrolada” facilitada por Internet. Para Fukuyama, el mundo de hoy presenta dos tendencias totalmente

opuestas y contrarias pero simultáneas. Por un lado, el ejemplo de China, construyendo una dictadura masiva basada en el *big data*, el control poblacional y el crédito social. Por otro, diversas partes del mundo donde las instituciones centralizadoras se hunden y surgen Estados fallidos, crece la polarización y baja la tasa de consenso sobre las metas comunes. Las redes sociales e Internet facilitan la emergencia de comunidades separadas no por barreras físicas, sino por la creencia en una identidad común compartida.

Finaliza el ensayo arguyendo que las identidades no vienen predeterminadas, que tenemos margen de acción si reparamos en el hecho de que, igual que se pueden usar para dividir, también se pueden usar para integrar. Y en esas estamos.



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 15_núm. 2_2020 | pp. 543-548

Santiago de Compostela, 2020

<https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4696>

© Yolanda Noguero Díaz

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

Recibido: 11/12/2020 | Aceptado: 21/12/2020

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License



A regulación dos algoritmos

La regulación de los algoritmos

The regulation of algorithms

YOLANDA NOGUEROL DÍAZ

Becaria de colaboración del Área de Derecho Administrativo
Universidad 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 dirigida por Alejandro José Huergo Lora y coordinada por Gustavo Manuel Díaz González ofrece una completa e interesante aproximación a la disciplina jurídica de los algoritmos. Así, lleva a cabo en primer lugar una delimitación conceptual y un encuadramiento de este fenómeno dentro de nuestro sistema de derecho administrativo. A continuación, se contienen aportaciones sectoriales en campos interesantes donde los algoritmos tienen presencia, o se espera que la tengan en el futuro, como puede ser en

el derecho electoral o en la asistencia sanitaria. En este sentido, cabe recalcar que nos hallamos en plena Cuarta Revolución Industrial, por lo que los avances y las inversiones en tecnología e inteligencia artificial no han hecho más que empezar.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un tema relativamente reciente en nuestra Administración pública (que no lo es tanto, puesto que las novedades tecnológicas comenzaron a introducirse a mediados de la década de los 2000), lo que realiza con gran acierto el capítulo I es acercarnos a los conceptos básicos relevantes en esta materia: Administración electrónica, inteligencia artificial, *proxies...* y, sobre todo, define, clasifica y ejemplifica los tipos de algoritmos.

En este sentido, los algoritmos se clasifican en predictivos y no predictivos. Los algoritmos no predictivos son aquellos que se utilizan para llevar a cabo tareas concretas o sencillas; por ejemplo, en la Administración se podría utilizar una calculadora o un procesador de texto. No todos los algoritmos no predictivos son así de simples, algunos son complejos, pero lo cierto es que la conclusión sería la misma, aunque no se utilizase el algoritmo porque no es más que un medio técnico. El resultado sería idéntico, pudiendo ser, eso sí, más lento o con más posibilidades de error humano, pero en cualquier caso podría ser verificado. Los algoritmos no predictivos no sustituyen a la norma, sino que la traducen para facilitar su aplicación. Como el profesor Huergo Lora subraya, en derecho las posibilidades de los algoritmos son muy amplias porque las decisiones jurídicas se toman en la mayor parte de las ocasiones en función de criterios normativos, por lo que su utilidad es importante.

Sin embargo, no son estos los algoritmos que preocupan, sino los algoritmos predictivos. Estos últimos son aquellos que realizan predicciones a partir de unos datos aportados. Se trata de mecanismos mucho más complejos y novedosos. Estos constituyen la base de la inteligencia artificial y son el instrumento que maneja de manera más frecuente los *big data*, que son grandes cantidades de datos a los que el algoritmo tiene acceso y que sirven para, al analizarlos, extraer correlaciones que permiten realizar predicciones de hechos futuros. En estos casos, en cuanto predicciones, estas no podrán ser verificadas y es en este punto donde encontramos los problemas jurídicos, porque no se puede considerar que un algoritmo es infalible.

El problema va más allá, porque los algoritmos pueden llegar incluso a realizar “aprendizaje no supervisado”, *machine learning*, donde además de utilizar esas operaciones probabilísticas el programa podrá evolucionar (aprender) creando un efecto de *black box* donde ni siquiera el programador sabe exactamente qué sucede, no sabe por qué el algoritmo ha llegado exactamente a ese razonamiento o resultado.

Si bien, en la práctica, lo cierto es que a la hora de tomar decisiones las predicciones de los algoritmos se utilizan como un elemento más de valoración, de juicio, la obra analiza también, por su relevancia, los eventuales casos en los que las decisiones son íntegramente automatizadas.

Lo que podría parecer un gran avance, por cuanto sus utilidades son muchísimas y su eficiencia está fuera de discusión (la cantidad de datos que podemos procesar los

seres humanos es infinitamente menor que la que pueden manejar los algoritmos; de hecho, los seres humanos actuamos en estadística muchas veces a partir del muestreo, lo que no deja de ser un sesgo en sí mismo), realmente nos plantea una serie de riesgos y problemas jurídicos.

Un tema de gran relevancia es el análisis de los datos que sirven de base para el funcionamiento de esos algoritmos. Se estudia la obtención de los datos y su relación con la anonimización de estos o con el consentimiento (especialmente relevante en la relación del particular con la Administración, porque esta puede establecer una suerte de consentimiento “obligatorio” al exigir al peticionario de un determinado trámite que acepte expresamente la autorización para el tratamiento de sus datos).

También constituye un riesgo el propio uso de los datos, su almacenamiento y su reutilización. Este tercer peligro se deriva principalmente de los medios empleados para su obtención: la informática permite que los datos que se generen puedan ser reutilizados y almacenados de manera mucho más cómoda que el papel. Otra amenaza radica en que la legislación vigente no obliga a dar a conocer al ciudadano que la decisión se ha elaborado con ayuda de una aplicación informática ni tampoco obliga a la publicación del “código fuente” del programa. Todo ello influye en el derecho a la información y el acceso al funcionamiento de los algoritmos, explicado en relación con los datos personales por Javier Núñez Seoane en el capítulo X, “El derecho de información y acceso al funcionamiento de los algoritmos que tratan datos personales”.

También nos encontramos con la problemática de los indicadores o *proxies*, presupuestos de hecho en cuya virtud se va a tomar una decisión. Esta es una cuestión relevante para la seguridad jurídica y nuestra manera de entender el derecho, porque en este caso el presupuesto que se utiliza para decidir si se aplica o no una consecuencia jurídica no es el que aparece en la norma, sino otro diferente (*proxy*) que *suele* correlacionarse con él.

Todos esos problemas y riesgos quedan patentes a lo largo de la obra, son explicados de una manera muy clara y ejemplificativa para que se tome consciencia de lo importante que es la regulación de estos mecanismos y su correcto encuadre jurídico, por cuanto pueden afectar a nuestros derechos como particulares cuando la Administración pública los utiliza.

En cualquier caso, y a la vista de su importancia, la regulación por parte del legislador europeo, del legislador español y de la propia Administración parece insuficiente. Las aproximaciones a esta disciplina son escasas y deficientes y se concentran principalmente en las normas de derecho de competencia o de consumo o bien sobre protección de datos.

En primer lugar, en el Reglamento general de protección de datos, en concreto en el artículo 22 RGPD, se dispone: “*Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*”. Como vemos, esa garantía solo se aplica a decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado.

Por su parte, la regulación española del procedimiento administrativo al respecto se circunscribe únicamente al derecho de protección de datos. En el artículo 41.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, se establece que: *“En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”*. Sin embargo, de nuevo estas garantías solo se aplican cuando el *“(…) acto o la actuación se realiza íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”*. Este precepto no se acerca al fundamento normativo que debería subyacer a la actuación de la Administración cuando actúa con estos medios automatizados, aspecto al que sí se le da importancia y por tanto se estudia en este libro.

En último término, la pregunta es ¿cuál es la naturaleza jurídica de los algoritmos? El profesor Huergo Lora, en el capítulo I, “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo” sienta las bases para poder responder a esa pregunta y poder, de esa manera, encuadrar correctamente este instrumento dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La calificación de los algoritmos (¿son reglamentos, son actos?) y su correspondiente regulación y control vienen determinados por su clasificación, porque, como se apunta, no todos los algoritmos son iguales ni tienen la misma incidencia dentro de las resoluciones o actos administrativos.

Lo que parece claro, y es un aspecto que el libro pretende explicar en la parte II, es que la existencia de riesgos no debería limitar por completo su aplicación, porque las ventajas u oportunidades que nos plantean los algoritmos son infinitamente mayores y están presentes en el derecho público y en el derecho privado.

Así, se dedican al estudio de su impacto en el derecho público el capítulo IV (“Algoritmos y derecho electoral”, redactado por Miguel Ángel Presno Linera), el capítulo V (“Algoritmos y actuación policial: la policía predictiva”, elaborado por Gustavo Manuel Díaz González), el capítulo VI (“La información sobre los grupos de interés comunitarios: un campo prometedor para el «big data»”, obra de Javier Ballina Díaz), el capítulo VIII (“Relevancia tributaria de los algoritmos en la era digital”, escrito por Jaime García Puente), el capítulo IX (“Análisis jurídico de la toma de decisiones algorítmicas en la asistencia sanitaria”, redactado por Guillermo Lazcoz Moratinos) y el capítulo XI (“La automatización de la actuación administrativa como factor incremental de las posibilidades de efectiva implantación de las previsiones del art. 28.4 de la LCSP”, obra de Alfonso Sánchez García).

Obviamente la mayor relevancia del uso de los algoritmos se encuentra en el sector privado. Es especialmente incidente la utilización de algoritmos en el mercado de valores, y de eso precisamente se encarga el capítulo II, “Algoritmos en el mercado de valores y protección del inversor: «robo advisors»” escrito por Ignacio Farrando Miguel, donde se explica la negociación algorítmica (NAI, NAAI) que permite analizar información de los

mercados para poder realizar estrategias financieras óptimas tanto por eficacia como por rapidez, pero que, de nuevo, entraña riesgos, sobre todo respecto a la estabilidad financiera. En el capítulo III, «*Big data*» y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores», elaborado por María Luisa Muñoz Paredes, se explica cómo se utilizan los *big data* en empresas aseguradoras, por ejemplo, a la hora de fijar factores de riesgo o para establecer determinadas discriminaciones en materia de precios, y qué problemas nos encontramos en este ámbito (en este caso, la problemática radica en el principio universal de la no discriminación). También son útiles los *big data* para evaluar la solvencia de las personas; de ello se ocupa el capítulo VII, «La evaluación de la solvencia de las personas mediante el uso de algoritmos», escrito por Joaquim Castañer Codina. En el capítulo XII, «El algoritmo de *YouTube*, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 y la protección de los derechos de autor», escrito por Paula Vega García, se estudia el algoritmo relativo a los derechos de autor que utiliza *YouTube* para, de una manera deficiente, acomodar su conducta a la exigida tras la aprobación de la *Directiva 2019/790 del Parlamento y del Consejo sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*.

Concluyendo, en su conjunto la obra pretende brindar un análisis de la regulación de los algoritmos y de su uso en múltiples ámbitos, ofreciendo definiciones y clasificaciones primero, muy clarificadoras, para después poder analizar específicamente su relevancia en sectores concretos. En este sentido, es una obra de un marcado carácter interdisciplinar, no solo jurídico, precisamente por la cada vez más abundante presencia de los algoritmos en la sociedad. Lo que nos queda claro es que los algoritmos predictivos son útiles para optimizar procesos que o bien son puramente automáticos o bien antes se realizaban de manera subjetiva o a partir de criterios intuitivos por parte de seres humanos, por la gran cantidad de datos que pueden analizar y utilizar al mismo tiempo. Es un trabajo muy valioso para quien desee aproximarse al estudio y comprensión de esta materia, que, sin duda, será si cabe más relevante conforme avance la tecnología.

Proceso de selección e avaliación dos orixinais

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia, rigor e calidade metodolóxica. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes de seren enviados aos avaliadores externos. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os responsables da súa autoría recibirán un aviso de recepción dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) do rexistro de avaliadores da revista, seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. Os responsables da avaliación disporán de quince días para presentaren o resultado do estudo, que poderá ser positivo, positivo con modificacións ou negativo. No caso de que os responsables da avaliación propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade da revista –unha vez informado o autor– do seguimento do proceso de reelaboración do traballo. O autor disporá de dez días para incorporar as suxestións manifestadas polo equipo avaliador. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal seralle devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de dez días (non se aceptarán cambios substanciais, soamente modificacións sobre a versión enviada).

A revista componse de dúas seccións fixas: Artigos e Recensións, crónicas e notas. Os artigos son traballos de investigación de interese científico nas áreas da Ciencia Política, Administración, Socioloxía, Economía e Políticas Públicas. As recensións son comentarios de libros editados preferentemente no ano anterior ao da publicación do correspondente número da revista.

Normas de publicación

- 1 As propostas de colaboración coa revista Administración & Cidadanía remitíranse en formato editable como arquivo adxunto nunha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: ac.egap@xunta.gal.
No correo, o autor/a ou os autores/as deberán indicar que coñecen as normas de publicación, así como que o traballo presentado é un texto orixinal e non está incluído noutro proceso de avaliación.
- 2 Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números anuais. As datas de remisión e aceptación do orixinal figurarán nun lugar visible da revista.
- 3 Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en calquera dos seguintes idiomas: galego, español, portugués, francés, italiano ou inglés.
 - c) Conter un mínimo de 30.000 caracteres con espazo e un máximo de 45.000 no caso dos “Artigos”; entre 20.000 e 35.000 caracteres con espazo nas “Notas”; e entre 3.000 e 10.000 caracteres nas “Recensións” e “Crónicas”.
- 4 Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descriptivo do contido e a súa tradución ao inglés. Ademais, incorporárase a información de todos os autores do texto (nome, apelidos, profesión ou cargo, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo de correo electrónico).
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés de non ser esta a lingua utilizada para a súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión en inglés, de non ser esta a lingua empregada para a súa redacción.
 - d) Un sumario seguindo a estrutura da CDU (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
 - g) As táboas, os diagramas e cadros (máximo de 7).
- 5 Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte Times New Roman, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán ao final do documento, a un espazo, con formato de fonte Times New Roman, tamaño 10, e gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo. As referencias bibliográficas incluíranse en formato abreviado (Exemplo: Peters, 2002:123).
 - c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, indícaranse o título e o número do volume ou a parte correspondente), segundo o sistema Harvard.
- LIBRO: Alesina et. al. 1997. Political Cycles and the Macroeconomy. Cambridge: MIT Press.
 - CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States. Londres: Addison Wesley.
 - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», Journal of Public Administration, 8 (2): 223-243.
- d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, incluíndo a data de consulta (día-mes-ano). Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma ou país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

Proceso de selección y evaluación de los originales

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia, rigor y calidad metodológica. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de ser enviados a los evaluadores externos. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los responsables de su autoría recibirán acuse de recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) del registro de evaluadores de la revista, siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. Los responsables de la evaluación dispondrán de quince días para presentar el resultado del estudio, que podrá ser positivo, positivo con sugerencias o negativo. En el caso de que los responsables de la evaluación propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad de la revista –una vez informado el autor– del seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. El autor dispondrá de diez días para incorporar las sugerencias manifestadas por el equipo evaluador. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de diez días (no se aceptarán cambios sustanciales, solamente modificaciones sobre la versión enviada).

La revista se compone de dos secciones fijas: Artículos y Recensiones, crónicas y notas. Los artículos son trabajos de investigación de interés científico en las áreas de la Ciencia Política, Administración, Sociología, Economía y Políticas Públicas. Las recensiones son comentarios de libros editados preferentemente en el año anterior al de la publicación del correspondiente número de la revista.

Normas de publicación

- 1 Las propuestas de colaboración con la revista Administración & Ciudadanía se remitirán en formato editable como archivo adjunto en un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección electrónica: ac.egap@xunta.gal.
En el correo, el autor/a o los autores/as deberán indicar que conocen las normas de publicación, así como que el trabajo presentado es un texto original y no está incluido en otro proceso de evaluación.
- 2 Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números anuales. Las fechas de remisión y aceptación del original figurarán en un lugar visible de la revista.
- 3 Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en cualquiera de los siguientes idiomas: gallego, castellano, portugués, francés, italiano o inglés.
 - c) Contener un mínimo de 30.000 caracteres con espacio y un máximo de 45.000 en el caso de los “Artículos”; entre 20.000 y 35.000 caracteres con espacio en las “Notas”; y entre 3.000 y 10.000 caracteres en las “Recensiones” y “Crónicas”.
- 4 Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido y su traducción al inglés. Además, se incorporará la información de todos los autores del texto (nombre, apellidos, profesión o cargo, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección de correo electrónico).
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua utilizada para su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal,

y su versión en inglés si no es esta la lengua empleada para su redacción.

- d) Un sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) El cuerpo principal del texto.
 - f) La bibliografía.
 - g) Las tablas, los diagramas y cuadros (máximo de 7).
- 5 Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo y respetarán además los siguientes requisitos:
- a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 12.
 - b) Las notas figurarán al final del documento, a un espacio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 10, y guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Las referencias bibliográficas se incluirán en formato abreviado (Ejemplo: Peters, 2002:123).
 - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de

una serie, se indicarán el título y el número del volumen o la parte correspondiente), según el sistema Harvard.

- LIBRO: Alesina et. al. 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
 - CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
 - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar la URL respectiva, incluyendo la fecha de consulta (día-mes-año). Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma o país serán transferidos a la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).

Selection of contributions and evaluation process

The selection of texts that will be included in the magazine of Administration & Citizenship is based on the following criteria; originality, novelty, relevance, accuracy and methodological quality. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous. The evaluation responsible will have fifteen days for doing de analysis of the text, that as result could be accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the A&C team will be in charge of following up the resubmission of the text from the author who will have ten days to include this modifications. In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next ten days (Not substantial changes will be accepted).

The texts would be integrated in the "Articles" section or in the "Review", "Chronicles" and "Notes" section.

Publication requirements

- 1 Proposals of collaboration with the magazine of Administration & Citizenship will be sent in an editable format as an attached file to the following electronic address: ac.egap@xunta.gal.
In the email, the author/s should indicate that have read the publication requirements and that the text is original and it is not included in any other evaluation process.
- 2 The original texts will be received before 15th of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
- 3 The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, Portuguese, Italian or French.
 - c) A minimum number of 30.000 characters and a maximum of 45.000 characters with spaces for works classified as "Articles"; a minimum number of 35.000 characters and maximum of 20.000 characters with spaces for works catalogued as "Notes"; and, a minimum of 3.000 characters and a maximum of 10.000 characters with spaces for those published as "Reviews" or "Chronicles".
- 4 The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents and its translation to English together with name, surname, profession or position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
 - g) The tables, diagrams and charts (7 maximum).
- 5 The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works should be presented in Times New Roman, size 12.
 - b) Notes will appear should be at the end of the document and keeping a correlative numeration order in all the work. The bibliography references should appear in a short format (Example: Peters, 2002:123).
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belongs to a serie, the number of the volume will be also included), following the Harvard's system.
- BOOK: Alesina et. al. 1997. Political Cycles and the Macroeconomy. Cambridge: MIT Press.
 - CHAPTER: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», in F. G. Castles (ed.), The Impact of Parties. Politics and Polices in Democratic Capitalist States. Londres: Addison Wesley.
 - MAGACINE: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», Journal of Public Administration, 8 (2): 223-243.
- d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

