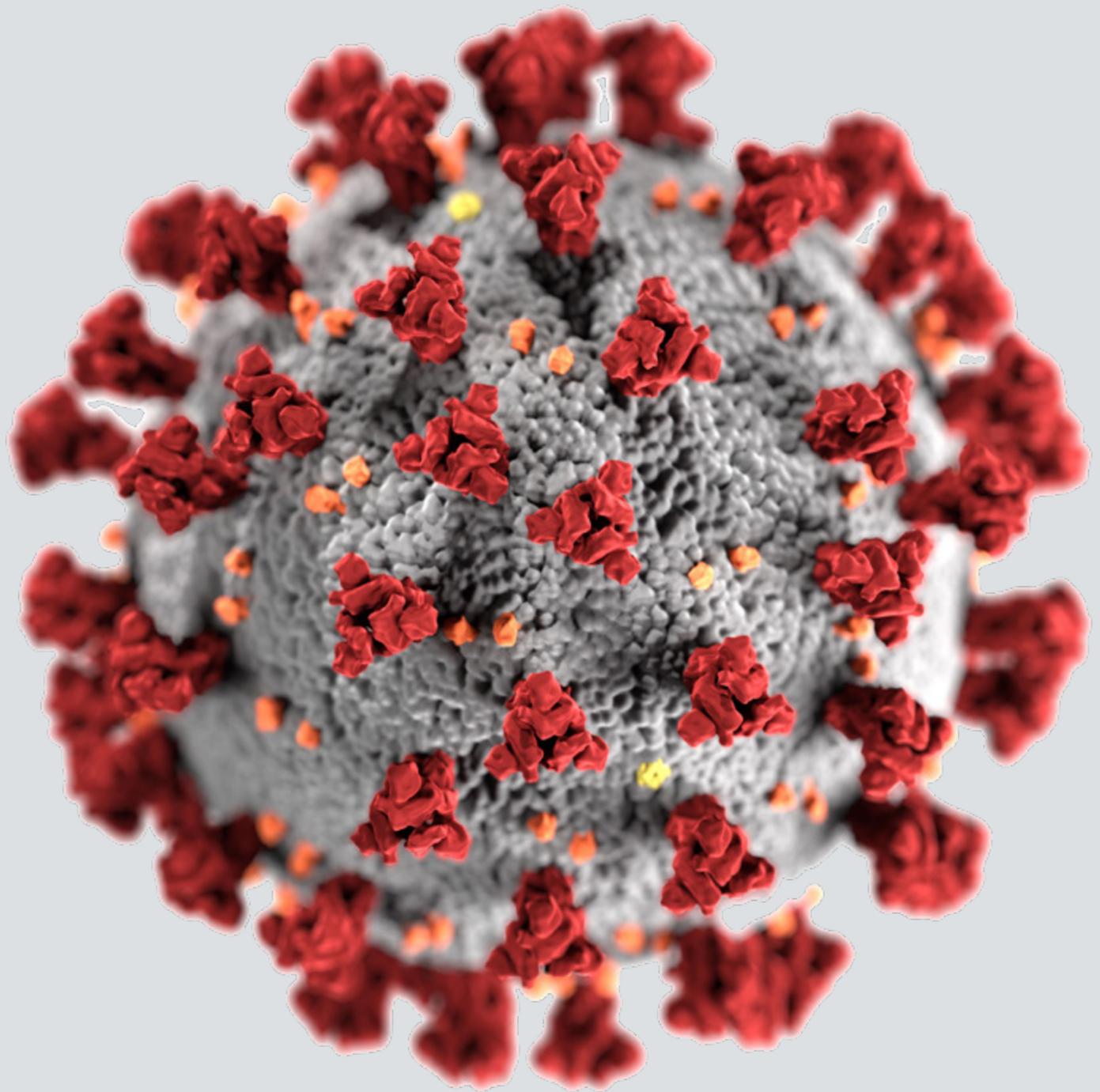


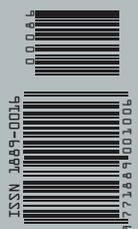
CORONAVIRUS



...y otros problemas

Marzo-Abril 2020 • Precio 20 €

86-87



ISSN 1689-0015
86-87

SUMARIO

Núm. 86-87 Marzo-Abril 2020

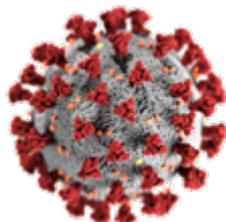


Director
Santiago Muñoz Machado

Consejo Asesor
Manuel Aragón Reyes
Manuel Atienza Rodríguez
Juan A. Santamaría Pastor
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Jorge Caffarena Laporta
Ramón Falcón y Tella
Tomás-Ramón Fernández
José Carlos Fernández Rozas
Rafael Navarro-Valls
Luis Enrique de la Villa Gil
Araceli Mangas Martín
Vicente Gimeno Sendra
Antonio Fernández de Buján
Francisco Javier Matía Portilla

Comité ejecutivo
José Manuel Almodí Cid
Andrés Boix Palop
Juan Antonio Carrillo Donaire
Pablo Fernández Carballo-Calero
Cristina García-Herrera Blanco
Raúl Letelier Wartenberg
Paz Lloria García
Fernando Losada Fraga
Rodrigo Martín Jiménez
Luis Medina Alcoz
Agustín José Menéndez Menéndez
María Julia Solla Sastre

Ilustraciones:
Coronavirus



Edita
PORTAL DERECHO, S. A.
Iustel

Suscripciones y correspondencia
PORTALDERECHO S.A.
C/. Princesa, 29, 2º D
28008 Madrid – España
Teléf.: 915 488 281
E-mail: iustel@iustel.com
Internet: <http://www.elcronista.es>

Producción: Dagaz Gráfica, s.l.u.
ISSN: 1889-0016
Depósito Legal: M-44316-2008

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en esta revista son de su exclusiva responsabilidad, y no son necesariamente compartidas por los órganos de dirección y asesor de esta publicación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, sin el permiso previo por escrito de la editorial.



Esta revista ha recibido una ayuda a la edición del Ministerio de Cultura y Deporte.

Nota preliminar

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

5

CORONAVIRUS

El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

6

Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción

ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

22

Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada

SUSANA DE LA SIERRA

32

La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

42

Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

54

Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria

CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO

66

Estado de alarma y distribución territorial del poder

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

78

**Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus.
Régimen general y garantías y especial atención a las
restricciones de excepcionalidad ordinaria**

LORENZO COTINO HUESO

88

**Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de
la crisis del COVID-19**

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

102

La economía y la pandemia

JOSÉ MARÍA SERRANO SANZ

110

...Y OTROS PROBLEMAS

**Función consultiva y realidad jurídica: las Memorias
Anuales del Consejo de Estado**

FERNANDO LEDESMA BARTRET

114

**Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión
pública en los tiempos de Internet**

JULIA MUÑOZ-MACHADO CAÑAS

122

NOTA PRELIMINAR

La pandemia de COVID 19 está reclamado la rápida aprobación de medidas para contener su expansión, eliminar su fuente y combatir las graves consecuencias económicas que derivarán de la catástrofe. Todos los gobiernos del mundo están repitiendo una disciplina más o menos similar. Están adoptando políticas sanitarias de emergencia adecuadas a las características y la magnitud de la crisis. Con carácter general, se trata de establecer una normativa especial que sustituya la legalidad ordinaria, que no otorga poderes suficientes. Siendo excepcional la situación que se combate, también ha de serlo la legislación que se aplica. Todos los sistemas constitucionales tienen, desde su fundación, habilitaciones a favor de los poderes del Estado para desplazar la legalidad ordinaria cuando las emergencias lo requieren. Así ha ocurrido ya en España con la utilización por el Gobierno de las previsiones del artículo 116 de la Constitución.

Los criterios constitucionales sobre el funcionamiento de los poderes públicos son alterados y las garantías de los derechos disminuyen en beneficio de la eficacia de las actuaciones dirigidas a combatir la epidemia. Esto es lo propio de los estados de alarma, excepción y sitio, aunque la intensidad de las alteraciones de la legalidad ordinaria sean diferentes en cada una de esas situaciones.

Hemos organizado con urgencia un número monográfico de El Cronista dedicado a la epidemia que nos asola y angustia, con la intención de recordar que el Derecho se ha enfrentado muchas veces en el pasado con situaciones de emergencia sanitaria, aunque ninguna generación viva recuerda una crisis con tanta virulencia. Los autores convocados han examinado los límites de los poderes de excepción, delimitando el remanente de la legalidad, constitucional y ordinaria, que ha de seguirse respetando, y las garantías de los derechos que resultan invariables. Al mismo tiempo, algunos de los estudios que integran este número de nuestra revista examinan si los medios elegidos son los más adecuados o si pueden completarse con otras herramientas y experiencias.

Por primera vez en su historia editorial, El Cronista se distribuye en edición electrónica antes de aparecer en formato impreso en papel, como se ha hecho siempre. La razón es que la crisis sanitaria ha obligado al servicio de Correos a suspender el convenio de distribución que tenía con nosotros y, por otra parte, que la voluntad de esta edición, y la razón de su rápida preparación, radican en nuestro deseo de colaborar, desde la mejor técnica jurídica, al análisis y evaluación de las medidas adoptadas para la protección de la salud de los ciudadanos y combatir la crisis política, social y económica que se avecina.

Santiago Muñoz Machado

EL CORONAVIRUS (COVID-19): RESPUESTAS JURÍDICAS FRENTE A UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA*

I. LOS PRINCIPIOS RECTORES ESENCIALES DEL DERECHO DE CRISIS

La Historia de la Humanidad nos enseña que siempre han existido crisis: unas veces provocadas por la naturaleza y en otros casos directamente por la mano del

hombre. Entre las diferentes categorías de crisis han ocupado un lugar predominante las gravísimas epidemias que han diezmando la población, y que, si bien en el mundo occidental no han sido muy frecuentes en las últimas décadas, no han dejado de producirse en buena parte del tercer mundo, sin que hayan saltado de manera significativa al mundo más desarrollado (piénsese en el caso del Ébola). Siempre han existido epidemias

y, con toda seguridad, estas emergencias se seguirán produciendo mientras los seres humanos estemos sobre nuestro planeta.

A partir de este panorama, los seres vivos tienen como finalidad prioritaria su supervivencia y, en un segundo escalón, que dicha supervivencia sea lo más cómoda y placentera posible. Los grupos sociales organizados (y, naturalmente,

* *Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Extremadura.*

los Estados y las Organizaciones Internacionales que, de una u forma, pueblan nuestro mundo) tienen esos mismos objetivos. La correcta vida del grupo puede verse en entredicho por guerras, por accidentes nucleares o, por infinidad de causas, entre otras las crisis sanitarias graves.

Los grupos sociales organizados (a partir de ahora me centraré en los Estados) se dotan de unas estructuras para conseguir esos objetivos de supervivencia y de vida mejor. En este sentido, nuestra Constitución atribuye a la Administración Pública la obligación de servir (realizar) los intereses generales. Realmente esta obligación trasciende al Gobierno y, por supuesto, a la Administración entendida en un sentido estricto, para extenderse a todos los Poderes del Estado. Esto es, no sólo debe luchar por el interés general el Poder Ejecutivo, sino también el Legislativo y el Judicial. Si bien es cierto que la Historia enseña que es el Ejecutivo el mejor pertrechado para tal objetivo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que todos estos Poderes estatales no sólo están facultados para realizar el interés general. Por el contrario, están absolutamente obligados. Actuar en defensa del interés general (en defensa de la supervivencia y para que estén cubiertas sus necesidades esenciales) es

su razón de ser. Los particulares son jurídicamente libres a la hora de decidir si actúan ante un supuesto de legítima defensa o de estado de necesidad, los Poderes Públicos no tienen esa libertad, sino que, por el contrario, están obligados a realizar el interés general, porque esa (y no otra) es su razón de ser.

Para cumplir con su obligación de hacer frente a las situaciones de crisis (también, naturalmente, las sanitarias), los Poderes Públicos cuentan con una serie de instrumentos, entre los cuales ocupa un lugar preeminente el Derecho. Debe tenerse en cuenta, a la hora de entender su función ante las emergencias, que el Derecho no constituye un fin en sí mismo, sino un mecanismo para lograr la superación de la situación de peligro o de potencial amenaza sobre el interés general.

Todos los Estados civilizados del orbe han recurrido a lo largo de la Historia a poderes de necesidad hayan estado o no previstos por su ordenamiento jurídico. Es cierto que, con el paso del tiempo, este tipo de poderes se han recogido en las normas del máximo valor jurídico y, por supuesto, en disposiciones generales de nivel inferior (leyes o simples reglamentos). Nuestra vigente Constitución, por ejemplo, prevé la existencia de los

estados excepcionales, pero la legalidad ordinaria hispana contempla múltiples disposiciones de necesidad. Piénsese, por ejemplo, en las leyes de seguridad nacional, de protección civil o de sanidad.

La finalidad previsora del Derecho ante las emergencias tiene una importancia vital para hacer frente a las crisis cuando éstas aparecen, pero es imprescindible comprender también el riesgo que siempre existe de los posibles abusos de los poderes de necesidad, que pueden poner en riesgo el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Con todo, la Historia ha demostrado que el Derecho no puede racionalmente anticiparse a todo *ex ante*, sobre todo cuando aparecen crisis extremas. Esta irrefutable constatación motiva que los Estados más desarrollados, aunque hayan pretendido tipificar los riesgos que justifican la activación de los poderes de necesidad y las diferentes categorías de medidas para hacerles frente, no han tenido más remedio que acudir en sus normas a cláusulas generales de necesidad, que habilitan a los Poderes Públicos a actuar, ante una situación de máxima emergencia no prevista de manera específica por el Derecho, con aquella medida que sea necesaria y proporcionada para superarla, incluso aunque dicha medida no esté





expresamente prevista de manera nominal por las normas escritas.

En unos instantes haremos un breve repaso de las normas sanitarias que intentan hacer frente a las emergencias de esta naturaleza, pero creo que resulta indispensable comprender cómo opera el Derecho de necesidad. En este sentido, este tipo de normas (aborden las crisis que sean) tienen dos efectos fundamentales: uno de carácter negativo; y otro positivo. En su vertiente negativa, la necesidad permite excepcionar de manera temporal la aplicación del Derecho “normal” (sobre el que se corre un velo en tanto dure el peligro), que es el que rige cotidianamente la vida social. Este efecto de inaplicación del Derecho “ordinario” se ve completado con otra cara de naturaleza positiva: la necesidad faculta a los Poderes Públicos para adoptar la medida concreta para solventar la situación de crisis (esto es, permite crear un Derecho de necesidad, de excepción, de emergencia o de crisis –todas esas denominaciones sirven, sin duda, para caracterizarlo–). La necesidad se erige de esta manera en una técnica de adaptación del Derecho a la realidad social.

Los poderes de necesidad se caracterizan por su carácter extraordinario y la Historia demuestra, una vez más, que su utilización puede conllevar abusos (a veces más que serios). Por esta cuestión,

el Derecho ha intentado someter estos poderes de necesidad a unos límites que sean realmente operativos, y que pueden cifrarse básicamente en dos: por un lado, la existencia efectiva de una situación de necesidad, esto es, la concurrencia de un peligro grave y real para un fin comunitario esencial (en este sentido, no hay lugar a dudas de que la epidemia que nos acecha pone en peligro la salud de toda la población y, consecuentemente, la vida ordenada del Estado); por otro lado, el respeto del principio de necesidad.

Vale la pena dedicar unas palabras a esta segunda categoría de límites, que opera una vez que se ha determinado la existencia efectiva de la situación de emergencia. En este contexto, el principio de proporcionalidad sirve para perfilar el contenido concreto de las diferentes medidas que los Poderes Públicos estarán habilitados para adoptar, permitiendo delimitar el alcance derogatorio del Derecho ordinario y del contenido del nuevo Derecho extraordinario que genera la necesidad. Todas las sociedades mínimamente desarrolladas han contado con algún tipo de formulación de la idea de la proporcionalidad, pero en toda la Unión Europea se utiliza ahora este principio jurídico siguiendo tres pautas procedentes del viejo Derecho prusiano de policía, y que aplicadas en su conjunto pretenden buscar un punto

de equilibrio para cada situación de conflicto, que debe permitir que la medida de necesidad cumpla su función de proteger el interés general puesto en peligro, pero sin causar más efectos negativos para los derechos individuales que los estrictamente precisos. Estas tres pautas o subprincipios que integran el principio de proporcionalidad se aplican de manera progresiva: en primer lugar, el subprincipio de “adecuación” de la medida ante la situación fáctica que amenaza al fin comunitario esencial y que, entre otras cosas, y a título ejemplificativo, exige que las medidas de crisis no duren más tiempo del necesario para superar el peligro; en segundo lugar, el subprincipio de la “intervención mínima”, que supone que, entre las diferentes medidas de necesidad adecuadas para hacer frente a la situación de peligro, los Poderes Públicos no pueden aplicar cualquiera, sino que deben elegir la menos lesiva para los derechos e intereses individuales –y los de la colectividad–; y, en tercer lugar, el subprincipio de “proporcionalidad en sentido estricto”, que impide que cualquier eventual lesión de los derechos e intereses particulares y generales que pueda provocar una medida de necesidad –que sea adecuada y, además, la menos lesiva posible– no se encuentre “manifiestamente” fuera de proporción con respecto a los efectos beneficiosos derivados de la efectiva realización del fin, superando el peligro que le venía acechando. En conclusión, y por más que los Poderes Públicos deban contar con un cierto margen de apreciación para adoptar las medidas de crisis (que normalmente vendrán apremiadas por la urgencia de hacer frente al peligro y de la severidad de éste), tan sólo estarán justificadas por la necesidad en cada caso concreto aquellas medidas que, dirigidas efectivamente a la superación de un peligro que amenace a un fin comunitario esencial, sean adecuadas para ello, lo menos lesivas posible y cuyos efectos negativos no se encuentren, además, manifiestamente fuera de proporción en relación con los efectos beneficiosos derivados de la realización del fin.

La estructura general del Derecho de las crisis no estaría bosquejada sin unas palabras sobre los controles del ejercicio de los poderes de necesidad. Y es que estos controles son, ciertamente, fundamentales, dado que sería completamen-

te inútil trazar unos límites al concepto de necesidad si no existiesen unos órganos de control (tan vinculados por dichas fronteras como los propios Poderes Públicos titulares de los poderes de necesidad y encargados de aplicarlos en cada caso concreto) con una capacidad suficiente para hacerlos respetar, evitando o, al menos, reduciendo sensiblemente los eventuales riesgos de abuso en su empleo. En este contexto, el control de la necesidad se efectuará a través de tres tipos de órganos que se valen de parámetros o criterios distintos para el desempeño de su tarea fiscalizadora. En primer lugar, están los órganos políticos de control, entre los que destaca fundamentalmente el Parlamento, que utiliza para su función de control parámetros esencialmente de oportunidad (política); el segundo lugar está ocupado por órganos de naturaleza administrativa, que utilizan en el desempeño de su tarea fiscalizadora parámetros de legalidad (juridicidad), junto a los estrictamente de oportunidad (político-administrativa); y, en tercer lugar, y como mecanismo esencial de cierre, se encuentran los órganos jurisdiccionales, que son los que tienen encomendado en última instancia el control, basado en parámetros exclusivamente jurídicos, sobre la existencia o no de la necesidad –y de la proporcionalidad– justificadora de la medida, aun cuando ésta haya superado previamente de manera satisfactoria los oportunos controles políticos y administrativos.

II. EL MARCO NORMATIVO GENERAL EXISTENTE PARA HACER FRENTE A LAS EMERGENCIAS SANITARIAS EN ESPAÑA

1. Un panorama general

Decía hace unos instantes que el Derecho de las emergencias tiene, por un lado, un efecto derogatorio temporal (o suspensivo, si se quiere) de la legalidad ordinaria (efecto negativo), y, por otro, un efecto de habilitación para crear “nuevas reglas de excepción” que sean “necesarias” y “proporcionadas” para superar la situación de peligro para el fin comunitario esencial (efecto positivo). Pues bien, bajo estos parámetros existe en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero arsenal normativo para

hacer frente a las situaciones de crisis sanitarias. Algunas de estas normas son específicas para este tipo de peligros, mientras que otras son más generales, porque su radio de acción es sensiblemente más amplio materialmente. Hago a continuación una relación atendiendo a su naturaleza legal, en primer término, y constitucional, después.

2. Las previsiones legales ante las crisis sanitarias

Las disposiciones generales pensadas para las emergencias de salud pública tienen un origen tanto estatal como autonómico, dada la estructura descentralizada de nuestro Estado. No vale la pena hacer un repaso de toda la normativa existente que, con el afán de emular a la Administración General del Estado, han adoptado las Comunidades Autónomas, pero sí creo necesario recordar que a nivel del propio Estado existe una normativa dispersa en tres leyes para hacer frente a las crisis sanitarias: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP); el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS); y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP).

Estas normas se caracterizan porque tipifican una multiplicidad de medidas para hacer frente a las crisis sanitarias: la incautación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, los cierres de instalaciones del más diverso tipo, la intervención de medios materiales y personales, etc. Esta enumeración de medidas es, en todo caso, ejemplificativa. No puede ser de otra forma. Y es que estas medidas son las que previsiblemente serán suficientes para hacer frente a la crisis sanitaria. Pero, ¿y si no los son? El Legislador ha tenido la precaución de pensar en una solución jurídica para estos supuestos. Ha incluido cláusulas generales en todas las disposiciones legales, que permiten a las autoridades sanitarias adoptar las “medidas necesarias” para luchar contra estas emergencias. Dicen estas leyes que estas autoridades “adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes” o “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas” (art. 26.1 LGS); “cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley” o

“cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud pública” (art. 54 LGSP); o “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3 LOMESP). Piénsese en “esas otras medidas necesarias” que ya se han adoptado como el confinamiento de poblaciones enteras en España o de regiones enteras en Italia, por no hablar de todo el país. Nos encontramos aquí en el ámbito de lo que la doctrina iuspublicista occidental ha denominado “reglamentos de necesidad”.

Estas cláusulas no lo permiten evidentemente todo. El fin no justifica todos los medios. El Derecho de la necesidad tiene sus límites, que es esencial –siempre– respetar. Pero estos límites se determinan caso por caso, atendiendo a la urgencia temporal y a la severidad del peligro, mediante el recurso al principio de proporcionalidad. Las vigentes leyes sanitarias, sin necesidad de ir más lejos, aluden expresamente a este importantísimo principio jurídico (véanse, por ejemplo, el art. 28 LGS o el art. 54.3 LGSP).

El aparato normativo contenido en la legalidad ordinaria no se termina en estas normas materialmente sanitarias (ni en sus equivalentes autonómicas), porque hay normas transversales que contienen poderes de necesidad activables ante epidemias y, muy significativamente, las dos siguientes: por un lado, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, prevé la figura de las “emergencias de interés nacional” (art.28), que, declaradas por el Ministro del Interior, justifican la intervención de una multiplicidad de medios, entre los cuales se encuentra el Ejército a través de la Unidad Militar de Emergencias (UME) y de las restantes unidades de las Fuerzas Armadas que sean precisas (art. 37); y por otro lado, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, instaura la figura de la “situación de interés para la Seguridad Nacional” (art. 23), que puede ser declarada por el Presidente del Gobierno ante situaciones críticas como lo son, efectivamente, las epidemias (la “seguridad sanitaria” –art. 10– está más que amenazada con ellas), y que permite la activación desde la cúspide del Poder Ejecutivo estatal de los numerosos elementos que componen la Seguridad

Nacional, entre ellos, muy significativamente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas.

En torno a estas dos leyes, téngase en cuenta esta cuestión de sentido común: si la limpieza de una especie vegetal invasora (el camalote) del río Guadiana ha requerido la intervención de la UME, ¿cómo no lo va a requerir una epidemia con miles de afectados en todo nuestro país?

Las normas legales son ricas, por sí solas, para hacer frente a las crisis sanitarias, pues a las citadas (y a otras bien características de la historia de nuestro Derecho de necesidad, pienso ahora en los tradicionales poderes de necesidad de los Alcaldes contenidos en la legislación de régimen local) se suman los Reales Decretos-Leyes estatales (y sus homólogos autonómicos –donde existen–), que permiten al Gobierno dictar normas legales “provisionales” en aquellos supuestos en los que concurra una extraordinaria y urgente necesidad. Con independencia de que los Gobiernos han usado y abusado de esta forma jurídica desde hace décadas, si hay un momento en el que de verdad puede utilizarse es en los supuestos de gravísimas emergencias como son, sin duda, las epidemias. Este parece haber sido el instrumento favorito del Gobierno de la Nación hasta la noche del sábado 14 de marzo para hacer frente a algunos aspectos que plantea la epidemia de coronavirus: el miércoles 11 de marzo publicó el BOE el Real Decreto-Ley 6/2020 donde se deslizan dos medidas muy concretas para hacer frente a los problemas que suscita la crisis sanitaria, mientras que el viernes 13 de marzo vio la luz oficial el Real Decreto-Ley 7/2020 donde sí se contiene un mayor número de medidas. Luego volveremos sobre el limitado contenido de estas normas legales de urgencia.

3. El Derecho constitucional de excepción para las crisis sanitarias: el marco regulatorio general del estado de alarma

A. Ideas mínimas sobre los estados excepcionales en nuestro régimen constitucional

Las normas legales no son las únicas disponibles para la lucha contra las

emergencias, sino que nuestra Constitución contempla expresamente tres estados excepcionales. Mediante esta técnica se ha perseguido a lo largo de la historia la tipificación de las situaciones de crisis más graves en la vida del Estado, intentando habilitar a los Poderes Públicos para actuar en estos supuestos confiriéndoles facultades extraordinarias, pero también para limitar estas actuaciones de necesidad con el objeto de que no se convirtiesen en abusivas. Los siglos XIX y XX están llenos de momentos de activación de estos estados excepcionales, pero desde la aprobación de nuestra vigente Constitución tan sólo se ha acudido una vez a ellos, y en concreto al más “ligero” de entre los posibles: el estado de alarma.

El art. 116 CE prevé la existencia de tres estados excepcionales: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. Es cierto que este precepto debe leerse conjuntamente con el art. 55.1 CE (relativo a la suspensión de diferentes derechos fundamentales en los supuestos de declaración de los estados de excepción y de sitio), con el art. 117.5 CE (que remite a la ley la regulación de la jurisdicción castrense en los supuestos de estado de sitio) y con el art. 169 CE (que prohíbe la iniciación de la reforma constitucional durante la vigencia de cualquiera de estos tres estados de crisis). Esta regulación constitucional es, ciertamente, muy reducida, habiéndose completado mediante la aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), que es donde se contiene el grueso de la ordenación de estos tres estados excepcionales. Afortunadamente, no hemos tenido hasta ahora gran experiencia práctica sobre su aplicación, porque únicamente ha sido declarado el estado de alarma durante el mes de diciembre del año 2010 con el objeto de normalizar el servicio público del transporte aéreo, con el nombramiento de una autoridad militar para la gestión de la “crisis de los controladores”, siempre bajo la autoridad del Gobierno de la Nación. La constitucionalidad de esta declaración fue confirmada por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional mediante su Sentencia 83/2016, de 28 de abril, que, para ser justos, toma como punto esencial de referencia los términos de su anterior Auto 7/2012, de 13 de enero.

Presentado este panorama inicial del Derecho constitucional de excepción, estamos ya en condiciones de subrayar que para la lucha contra las crisis sanitarias el estado excepcional apropiado es el de alarma. Realmente no porque lo diga la Constitución, sino porque así lo establece la LOAES (que es la que realmente regula su contenido). Téngase en cuenta que la tipificación efectuada en esta última norma legal obedece preferentemente no tanto a cuestiones de intensidad en la gravedad de la situación (o, en otros términos, a niveles cuantitativos), como al intento de ofrecer una respuesta diferenciada a situaciones de crisis de una distinta naturaleza (esto es, a cuestiones cualitativas). Me centro ahora, por tanto, en la explicación del funcionamiento general del estado de alarma, que, repito, es el orientado materialmente a hacer frente a las epidemias. Sólo si estas emergencias (ahora sanitarias) derivasen en el futuro en gravísimas perturbaciones del orden público podría recurrirse a la declaración del estado de excepción o, en caso realmente extremo, del estado de sitio.

B. Las reglas regulatorias básicas del estado constitucional de alarma

a) Su régimen jurídico

El régimen jurídico del estado de alarma está presidido por el art. 116.2 CE (que contiene unas escuetas previsiones sobre su declaración y sobre su prórroga). El desarrollo de este precepto de nuestra Carta Magna se realiza por el art. 162 del Reglamento del Congreso de los Diputados –RCD– (que regula la intervención de esta Cámara Legislativa en relación con esta situación constitucional de crisis) y, sobre todo, por los arts. 4 a 12 LOAES.

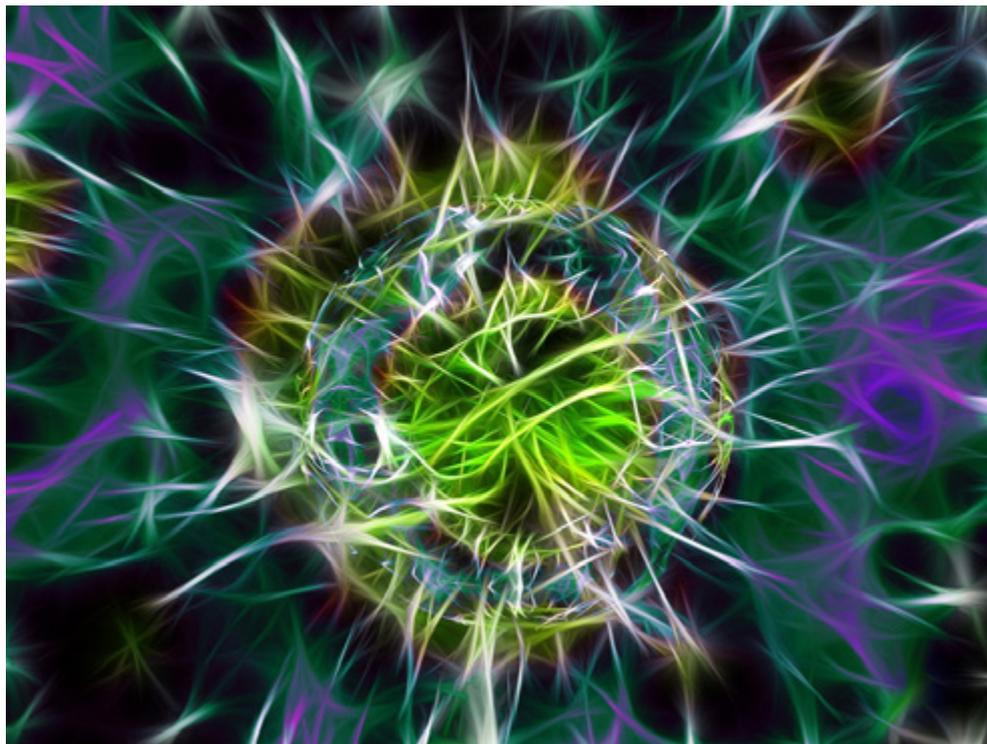
b) Su aplicabilidad para hacer frente a situaciones de emergencias sanitarias

Esta regulación legal del estado de alarma comienza con la previsión tipológica de las situaciones fácticas en las que procede su declaración formal, ciñéndose a supuestos catastróficos “graves” con origen natural o provocados por la acción humana, que no vayan ligados a alteraciones del orden público. Con esta idea subyacente se enumeran diversos supuestos, de los que ahora nos interesa,

fundamentalmente, el segundo que es donde en este momento realmente nos encontramos: “Crisis sanitarias, tales como epidemias...” [art. 4 b)], pero sin perder de vista –oteando a otros Estados vecinos con epidemia de coronavirus– las causas tercera [“Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad...” –art. 4 c)–] y cuarta [“Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” –art. 4 d)–].

Aunque el Gobierno a la hora de declarar el estado de alarma debe gozar de un margen de discrecionalidad política y jurídica considerable, creo que debe insistirse en que los supuestos fácticos descritos deben venir cualificados por una gravedad tal, que haga que razonablemente sólo puedan ser superadas las situaciones de peligro mediante el recurso a este estado excepcional. Si fuese evidente que, con otros medios jurídicos ofrecidos por la legislación ordinaria específicamente sanitaria o de otra índole (pienso en la legislación sobre protección civil o de seguridad nacional), se pudiese hacer frente de manera efectiva a la situación de crisis, el juego del principio de proporcionalidad (en concreto, el subprincipio de intervención menos lesiva) impediría el recurso al estado de alarma. Recoge esta regla, por lo demás, el primer precepto de la LOAES: “Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes” (art. 1.1). Debe tenerse en cuenta que el principio de proporcionalidad no sólo entra en juego a la hora de decidir (o no) la declaración del estado de alarma, sino que rige su duración y todas y cada una de las concretas medidas de necesidad que se adopten durante su vigencia.

No parece que haya ninguna duda de que ayer sábado 14 de marzo existía una necesidad imperiosa de que el Poder Ejecutivo estatal adoptase medidas drásticas para hacer frente a la crisis, y la más importante jurídicamente, pero también simbólicamente, era la declaración del estado constitucional de alarma. La duda, sobre la que luego volveré, es si durante toda esta semana pasada no se podrían haber tomado las medidas de emergencia sanitaria previstas en la le-



gislación estatal específica en materia de salud pública o en la legislación general de carácter transversal para hacer frente a la epidemia. Pero, ciertamente, el escenario jurídico –incontestable– es ahora otro: la activación del estado de alarma.

c) La declaración del estado de alarma

La declaración del estado de alarma tiene una mínima regulación en el art. 116.2 CE, que se desarrolla en el art. 162 RCD (para fijar el papel del Congreso de los Diputados en relación con esta cuestión) y, sobre todo, en la LOAES. Son diferentes las cuestiones jurídicas que se derivan de estos preceptos (y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto), pero me limitaré a remarcar ahora las siguientes: en primer término, la declaración corresponde al Gobierno de la Nación a través de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros (que, a pesar de que adopta esta forma jurídica, tendrá valor de ley, según la jurisprudencia constitucional) (arts. 4 y 6.1 LOAES); en segundo lugar, el contenido de este Real Decreto determinará su ámbito de aplicación, su duración (que no podrá exceder inicialmente de quince días) y sus efectos (art. 6.2 LOAES); en tercer lugar, la participación del Congreso de los Diputados se limitará a funciones de mero control político, pues las obliga-

ciones del Gobierno se circunscriben únicamente a dar cuenta a esta Cámara Legislativa de la declaración del estado de alarma, debiendo el Ejecutivo suministrar a la misma la información que le sea requerida (art. 8.1 LOAES); en cuarto lugar, la publicidad de esta declaración se extiende más allá de la publicación oficial en el BOE, puesto que debe ser “difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen” (art. 2 LOAES); y, en quinto lugar, el Real Decreto gubernamental y la efectiva declaración del estado de alarma que contiene entrarán en vigor desde el instante mismo de su referida publicación oficial en el BOE (art. 2 LOAES).

d) La prórroga del estado de alarma

La exigua regulación constitucional de la prórroga del estado de alarma encuentra su desarrollo en el Reglamento del Congreso de los Diputados y en la LOAES. Estas normas establecen que sea el propio Gobierno el que acuerde la prórroga mediante Real Decreto, que, como en el caso del Real Decreto de declaración, tendrá fuerza de ley. En todo caso, el Gobierno debe contar con la autorización expresa del Congreso de los Diputados, que podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga (art. 6.2, inciso final, LOAES, y art. 162, apartados 2 a 4, RCD). Téngase en cuenta que también

este acto parlamentario de autorización de la prórroga del estado de alarma tiene, según nuestra jurisprudencia constitucional, valor de ley, pues cuenta con un contenido regulador de la situación de excepción (ya sea por aceptar el alcance, las condiciones y los términos del estado de alarma propuestos por el Gobierno, o ya sea por establecerlos directamente la Cámara Baja de manera total o parcial).

- e) Las autoridades competentes para la gestión de la crisis durante la vigencia del estado de alarma

El Gobierno de la Nación no sólo tiene la competencia constitucional para la declaración y la prórroga del estado de alarma, sino que es la autoridad competente para el ejercicio de los poderes de necesidad durante la vigencia del estado de alarma (art. 7 LOAES). El hecho de que el Gobierno tenga atribuida esta competencia legalmente no significa que no pueda delegarla. El mismo precepto citado prevé esta posibilidad a favor del Presidente de una Comunidad Autónoma cuando la emergencia afecte exclusivamente a su territorio. No hay tampoco ningún obstáculo, aunque no esté previsto expresamente en la LOAES, para que el Gobierno nombre a una autoridad externa a él, de carácter militar o no, para la gestión de la crisis, que, ciertamente, actuará bajo la dirección gubernamental (art. 97 CE). Una designación de esta naturaleza a favor del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire (esto es, de una autoridad militar) ya ha acontecido en la realidad práctica durante la “crisis de los controladores aéreos” de diciembre de 2010.

- f) Las medidas de necesidad adoptadas durante la vigencia del estado de alarma

A la hora de precisar las medidas de necesidad que pueden adoptarse bien por el Gobierno directamente o bien por la autoridad que éste designe para la gestión de la crisis, debemos distinguir entre dos tipos de aspectos: por un lado, las personas a las pueden ir dirigidas estas medidas; y por otro, su contenido material.

f.1) En primer término, y en relación con su ámbito subjetivo (arts. 9 y 10



LOAES), deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- 1.^a Estarán sometidas a las órdenes de la autoridad competente todas las autoridades civiles de las Administraciones Públicas afectadas, todos los integrantes de los Cuerpos de policía autonómicos y locales y todo el personal al servicio de dichas Administraciones, en cuanto su colaboración “sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración y por su naturaleza” (art. 9.1 LOAES).
- 2.^a Si fuese designado como autoridad competente el Presidente de una Comunidad Autónoma, por delegación del Gobierno, éste “podrá requerir la colaboración de los Cuer-

pos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales” (art. 9.2 LOAES).

- 3.^a Aquellos sujetos que incumplieren las órdenes de la autoridad competente para gestionar la situación de crisis serán sancionados con arreglo a la ley, teniendo en cuenta que, si el incumplimiento proviniese de un funcionario, la autoridad competente podrá sustituirlos de inmediato; y si el incumplimiento procediese de una autoridad, sus facultades podrán ser temporalmente asumidas por dicha autoridad competente (art. 10 LOAES).

f.2) En segundo término, y con respecto al contenido material de las medidas, y aunque es cierto que no puede suspenderse ningún derecho fundamental



(al no estar prevista esta facultad por ningún precepto constitucional), sí que pueden adoptarse medidas claramente limitativas de los mismos, que aparecen delimitadas por la Ley (arts. 11 y 12 LOAES). Las medidas de necesidad expresamente tipificadas en estos preceptos para hacer frente a las crisis sanitarias son las siguientes:

- 1.^a La limitación (o el condicionamiento) de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados [art. 11 a)].
- 2.^a Las requisas temporales de bienes o la imposición de prestaciones personales obligatorias [art. 11. b)].
- 3.^a La intervención y la ocupación transitorias de industrias, fábricas, talleres o locales, con la exclusión de los domicilios privados [art. 11 c)].

4.^a La limitación o el racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad [art. 11 d)].

5.^a La impartición de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de artículos de primera necesidad [art. 11 e)]. Y en caso de que se produzca la paralización de servicios esenciales o situaciones de desabastecimiento de este tipo de productos, la intervención directa de empresas o servicios, así como la movilización de su personal (art. 12.2).

6.^a Las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de

aguas y sobre incendios forestales (art. 12.1).

Téngase en cuenta que esta última cláusula remitía a la legislación existente en 1981 para los diferentes tipos de emergencias. Esa normativa en la actualidad es considerablemente más moderna y a ella hemos aludido en las páginas anteriores. Un repaso a las medidas contempladas por la legislación ordinaria específica en materia sanitaria aplicable en la actualidad demuestra, en mi opinión, que dichas medidas no tienen nada que envidiar en cuanto a su amplitud a las medidas contempladas por la LOAES. Es más, todas las leyes estatales sanitarias contemplan una cláusula general de habilitación que la regulación del estado de alarma no contempla directamente. Es cierto que, como acabamos de ver, esta cláusula general se introduce por la técnica jurídica de la remisión por el referido art. 12.1 LOAES con su apelación a las medidas “establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

- g) La publicidad oficial y la difusión de las medidas de necesidad

Además de resultar obligada la publicación oficial y la difusión por los medios de comunicación tanto públicos como privados de los Reales Decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma, resulta también imperativa para estos medios la difusión de las medidas adoptadas por la autoridad competente durante la vigencia del estado de alarma (art. 2, inciso final, LOAES).

- h) Los mecanismos de control en caso de estado de alarma

El recurso a los estados de excepción en general, y al de alarma en particular, puede generar abusos por parte del Gobierno o de las autoridades competentes para gestionarlos. Con el objeto de evitar, en la medida de lo posible, estas posibles extralimitaciones se establecen dos tipos de controles: por un lado, los de naturaleza política; y, por otro, los de carácter jurisdiccional.

h.1) En primer término, el control político con respecto a la declaración y a la prórroga del estado de alarma y a las medidas adoptadas durante su vigencia corresponde al Congreso de los

Diputados. La intervención de esta Cámara Parlamentaria puede revestir dos modalidades (art. 8 LOAES y art. 162 RCD): 1.º) El Gobierno debe dar cuenta al Congreso de la declaración del estado de alarma y de las medidas adoptadas durante el mismo; y 2.º) El Gobierno debe suministrar al Congreso, además, la información que le sea requerida. No debe olvidarse, por otro lado, que el Congreso debe autorizar de manera expresa la prórroga del estado de alarma, estableciendo directamente, si así lo considera oportuno, el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Pero esta autorización no es (o, al menos, no únicamente) una medida de control político, porque la voluntad del Congreso concurre con la voluntad del Gobierno para decidir tanto sobre si procede o no acordar la prórroga como sobre “el alcance y las condiciones” vigentes durante el estado de alarma prorrogado (art. 6.2 LOAES y art. 162 RCD).

h.2) En segundo lugar, el control jurisdiccional en los supuestos de estado de alarma se ejerce directamente por el Tribunal Constitucional en lo que se refiere tanto al Real Decreto por el que se declara este estado excepcional como al que acuerda su prórroga (ATC 7/2012, de 13 de enero; y STC 83/2016, de 28 de abril); mientras que “los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante (su) vigencia” po-

drán ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria (art. 3.1 LOAES). Y en el caso de que estos actos y disposiciones provoquen, en primer término, daños a las personas, bienes y derechos, de que estas lesiones sean, en segundo término, efectivas, evaluables económicamente, individualizadas, y de que, además, y en tercer término, no exista el deber jurídico de soportarlas, se generarán supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 3.2 LOAES, en relación con el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

III. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL CORONAVIRUS MEDIANTE EL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO

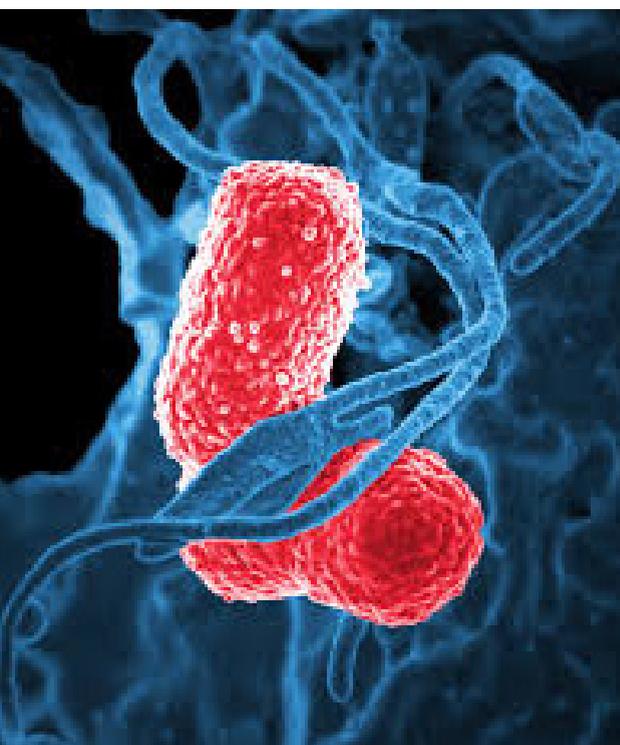
1. Una idea preliminar sobre el contexto jurídico y fáctico de esta declaración

Un análisis de los diversos diarios oficiales existentes en nuestro país de las Administraciones Territoriales dotadas de autonomía política (me refiero al BOE y a los boletines autonómicos), acompañado de un repaso de las noticias y reportajes de los diferentes periódicos y noticiarios de esta última semana, ponen de manifiesto que hasta noche del sábado 14 de marzo de 2020 el peso para la lucha sanitaria contra la epidemia no se ha llevado a cabo principalmente desde la Administración General del Estado, sino desde las Administraciones Autonómicas con el recurso a la normativa sanitaria estatal o a la suya propia. O, al menos, eso es lo que parece. Es cierto que el Estado, además de dictar dos órdenes ministeriales restringiendo el tráfico aéreo y marítimo con Italia (publicadas en sendos números extraordinarios del BOE), ha aprobado dos Reales Decretos-Leyes, que total o parcialmente tienen como protagonista la batalla contra el coronavirus:

1.^a En primer término, el Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para

la protección de la salud pública, contiene dos preceptos sobre esta cuestión dirigidos a establecer, en un caso, la “consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19”, y, a modificar, en otro, el art. 4 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública para asegurar el abastecimiento de los productos necesarios para la protección de la salud (distintos a los medicamentos y productos sanitarios). Es cierto que se modifica un precepto de una Ley Orgánica mediante un Real Decreto-Ley, pero, aunque no se justifica este hecho en modo alguno en el preámbulo de esta última norma, parece jurídicamente posible este cambio en la medida en que hay, en su caso, una afectación menor al derecho de propiedad de un número limitado de productos, que son indispensables para una mejor lucha para la crisis sanitaria. Los tres preceptos restantes de esta disposición legal de urgencia se destinan a la regulación de aspectos económicos y sociales distintos a la crisis provocada por la epidemia.

2.^a En segundo término, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Esta norma legal sí que tiene como protagonista único el coronavirus, pero, a pesar de su gran importancia socioeconómica, no adopta medidas sanitarias directas para frenar la expansión de la epidemia. Con independencia de que el título es revelador por sí mismo de la certeza de la anterior afirmación, el análisis de su articulado tampoco lo desdice: su capítulo primero se destina al refuerzo económico en el ámbito sanitario inyectando más fondos a través de diversos mecanismos; el capítulo segundo se rubrica “medidas de apoyo a las familias”; el tercero se orienta al “apoyo al sector del turismo”; el cuarto se titula “medidas de apoyo financiero transitorio”; y el quinto se destina a propiciar “la gestión eficiente de las Administraciones Públicas”. Con independencia de este articulado, destaca la modificación que efectúa de la Ley del Gobierno de 1997 para permitir, “en situaciones excepcionales, y cuando la naturaleza de la crisis lo exija”, la celebración por medios telemáticos de las



sesiones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

Dando por sentada la importancia de estas dos regulaciones caracterizadas como de “extraordinaria y urgente necesidad”, no parece que sean medidas sanitarias para luchar frontalmente contra la crisis sanitaria, sino para hacerlo frente a alguno de los daños colaterales de ésta: los económicos, los laborales, los sociales, etc. Creo que las medidas sanitarias (algunas de ellas, por ejemplo, fuertemente restrictivas de derechos constitucionales como la libertad de circulación *ex art. 19 CE* –como el confinamiento de ciudades enteras– o como la libertad de empresa *ex 38 CE* –como la orden de cierre de locales de negocio–, sin olvidar las órdenes de clausura de centros educativos y universitarios, de parques y jardines, y muchos otros etcéteras) se han adoptado por las autoridades de las Comunidades Autónomas e, incluso, por los Ayuntamientos, cuyos Alcaldes han contado tradicionalmente en la historia del Derecho español con importantes poderes de necesidad a través, por cierto, de una cláusula general de habilitación. Dice, en este sentido, el art. 21.1 m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que el Alcalde tiene la atribución para “Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno”. Son, en definitiva, las autoridades autonómicas y locales (de todos los colores políticos) las que durante esta última semana han llevado (casi) todo el peso (jurídico, por lo menos) a la hora de hacer frente a las consecuencias sanitarias ocasionadas por la crisis de salud pública.

Y así hemos llegado hasta la noche del sábado 14 de marzo de 2020, fecha esta en la que, tras un largo Consejo de Ministros que ha tenido en vilo a todo el país, se ha dictado efectivamente 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. Esta disposición ha sido publicada en un número extraordinario del BOE, entrando en vigor en el momento de efectuar

esta publicación oficial, según impone el art. 2 LOAES y establece el propio Real Decreto. Procedo ahora a analizar los términos de esta disposición gubernamental de necesidad.

2. Sobre el contenido de la vigente declaración del estado de alarma

a) *Unas consideraciones iniciales sobre el preámbulo del Real Decreto*

El texto de este Real Decreto (que, remarquémoslo una vez más, a pesar de esta forma jurídica, tiene valor de ley) comienza con un breve preámbulo en el que se constata que la epidemia del coronavirus constituye “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”.

El Gobierno alude a las medidas extraordinarias que, en este contexto, se han venido adoptando “por todos los niveles de gobierno”, subrayando, asimismo, la necesidad de intensificarlas a través de la “indispensable” declaración del estado de alarma “para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública”, y resultando necesario, además, “mitigar el impacto sanitario, social y económico”.

Con independencia de estas últimas palabras, y a diferencia de lo sucedido con la acción jurídica gubernamental de los días anteriores, el Real Decreto de estado de alarma sí que contiene múltiples medidas de necesidad sanitaria que su preámbulo califica de “imprescindibles” y “proporcionadas”, sin que supongan la suspensión de ningún derecho fundamental (que, recordemos, sólo resulta posible según el art. 55.1 CE en los casos de declaración de los estados de excepción y de sitio). A pesar de lo que dice la disposición comentada, realmente no se contemplan en su texto medidas de naturaleza socioeconómica. La explicación de esta laguna parece deberse, según las diferentes opiniones periodísticas, a las disensiones en el seno del Gobierno, que hizo que se aplazase la comparecencia del Presidente del Gobierno desde las 14 horas hasta las 21 horas del día 14 de marzo. El propio Presidente anunció la adopción de estas medidas en días venideros.

b) *La declaración del estado de alarma*

La declaración se efectúa mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, tal y como exigen el art. 116.2 CE y art. 6 LOAES.

El art. 1 de esta disposición invoca para proceder a la declaración de este estado excepcional, “con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19”, a dos de las causas previstas en el art. 4 LOAES. En concreto, a la más evidente, que es la relativa a las “crisis sanitarias, tales como epidemias” [letra b)], pero también a las “situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” [letra d)].

Supongo que la premura de tiempo justifica la diferencia entre el texto del articulado (invocando las dos causas referidas) y el del preámbulo (que únicamente indica la relativa a las crisis sanitarias, que es, en este momento, ciertamente la principal).

c) *El ámbito territorial*

En el marco de lo previsto en el inciso final del art. 116.2 CE (que obliga a que el Real Decreto de declaración determine el ámbito territorial al que se extienden los efectos del estado de alarma), y en el art. 4 LOAES (que indica que puede ser en todo o en parte del territorio nacional), el art. 2 del Real Decreto comentado establece que: “La declaración de estado de alarma afecta a todo el territorio nacional”.

Esta delimitación territorial es más que adecuada en la medida en que todo el mundo puede entender que la epidemia de coronavirus no conoce de fronteras ni municipales, ni provinciales, ni tampoco, naturalmente, autonómicas, hablando de nuestro país. Como, asimismo, las fronteras nacionales no han sido ningún instrumento (ni geográfico, ni jurídico, ni político) para impedir la rápida expansión de la epidemia desde Asia a los Estados europeos, americanos, africanos u oceánicos.

d) *La duración temporal*

El art. 3 del Real Decreto establece la máxima duración inicial posible del estado de alarma, que es de quince días

naturales, en consonancia con las previsiones del art. 116.2 CE y del art. 6.2 LOAES. Transcurrida esa fecha, previsiblemente (como enseñan los casos asiáticos y europeos) la epidemia continuará, debiendo el Gobierno, en este caso, solicitar del Congreso de los Diputados la autorización necesaria para su próroga.

e) *La autoridad competente y la obligación de colaboración con ella*

Una de las características del Derecho de necesidad es que se modifican, como regla general, las reglas normales de reparto de competencias, procediéndose en los casos verdaderamente severos a su concentración en manos de una autoridad ejecutiva. Esta centralización tiene como justificación la búsqueda de una unidad tanto de decisión política como de gestión administrativa que haga lo más eficaz y coordinada posible la lucha contra la crisis. Este tipo de crisis supone naturalmente una recentralización de las competencias relacionadas de manera esencial con el peligro. No puede ser de otra manera, si se quiere luchar de forma eficaz contra una epidemia. Esta operación centrípeta está limitada temporalmente, pues dura exclusivamente hasta el momento de finalización de la emergencia y no afecta a aquellos sectores o servicios que no sean estratégicos para la lucha contra la crisis en cuestión, sobre los cuales las correspondientes administraciones seguirán ostentando sus competencias.

Con este trasfondo, el art. 4 del Real Decreto dispone, en este sentido, que la autoridad competente es el Gobierno de la Nación, siguiendo las previsiones del art. 7 LOAES. No es imaginable la delegación de competencias a los Presidentes autonómicos en la medida en que estamos ante una crisis que se extiende de manera inclemente (e indivisible) por todo el territorio nacional.

En efecto, este precepto decide, sensatamente, que la dirección suprema de la crisis le corresponde al Presidente del Gobierno, que es quien extiende de manera natural sus poderes sobre el conjunto del territorio español. El Real Decreto designa cuatro autoridades competentes delegadas, que son cuatro ministros, que deben actuar siempre bajo la superior dirección del Presidente.

Estos cuatro ministros son los titulares de las carteras de defensa, interior, transportes y sanidad. Todos ellos son las máximas autoridades en el marco de sus respectivas áreas de responsabilidad, salvo el de sanidad que tiene atribuida una competencia general (salvo para la defensa, los asuntos de interior y el transporte).

Estas autoridades delegadas están habilitadas, según el Real Decreto reseñado, para adoptar todas aquellas medidas necesarias “para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares” en el marco de las actuaciones previstas en el art. 11 LOAES. Creo que existe un error en esta remisión al art. 11 LOAES, puesto que debería haberse extendido también a las medidas previstas en el art. 12 LOAES. He enumerado las medidas del primero de estos preceptos anteriormente (y son medidas muy importantes, pero tasadas); mas repárese, sin embargo, que es el art. 12 el que reenvía a legislación sanitaria, donde se contienen las cláusulas generales de habilitación que permiten la adopción de las medidas necesarias (estén expresamente tipificadas o no) para hacer frente a las epidemias.

La obligada colaboración con las autoridades competentes delegadas está regulada en el art. 5 del Real Decreto. Esta obligación se extiende a los integrantes de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del país (pertenezcan a la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Corporaciones Locales), así como a los servicios de protección civil del conjunto del Estado, y a los sujetos incluidos en el ámbito de la seguridad privada. Este precepto nos permite tener una idea de la necesidad de modernizar las previsiones de la LOAES, pues esta última norma se refiere al personal al servicio de las Administraciones públicas, pero no ofrece cobertura específica para el personal de seguridad privada, aunque de manera sensata no parece que pueda discutirse su necesidad para hacer frente a las crisis sanitarias. Sobre el papel de las Fuerzas Armadas ante la crisis, es cierto que la normativa general reguladora del estado de alarma no se refiere en ningún momento a ellas, pero la práctica muestra que ya se recurrió a las

autoridades militares durante la declaración de esta situación excepcional en el año 2010 y existen importantes argumentos jurídicos para avalar esta intervención, según ya he explicado en alguna otra ocasión (“Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (II): el Derecho constitucional de excepción y las autoridades militares”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 51, 2019).

Partiendo de la idea de que la autoridad competente para la gestión del estado de alarma no asume todas las competencias existentes, sino sólo las necesarias para hacer frente a la situación de crisis, el art. 6 del Real Decreto confirma que “cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas necesarias”. En todo caso, de existir instrucciones u órdenes de la autoridad competente necesarias para la gestión de la crisis, éstas deberán respetarse. Esta forma de actuar no está prevista en la LOAES para el estado de alarma, pero sí se contempla, en términos parangonables, en relación con el estado de excepción, cuando dispone que: “Las autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la Autoridad militar de acuerdo con la presente Ley” (art. 36 LOAES).

f) *Las medidas de necesidad activadas por el Real Decreto para la lucha contra el coronavirus*

Estas medidas de necesidad tienen su base legal en la LOAES, pero también en la legislación sanitaria y en toda la normativa general existente en nuestro país para la lucha contra las crisis. Hagamos un breve repaso de las medidas concretamente activadas por el Real Decreto de declaración del estado de alarma.

1.^a En primer lugar, se autoriza a todos los agentes de la autoridad para la realización de cuantas comprobaciones sean necesarias sobre las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos, impidiendo, en su caso, la realización de servicios y actividades suspendidas (art. 5.2). A tal efecto, se les habilita para la adopción de las órdenes, las prohibiciones o las suspensiones de actividades o servicios que sean necesarias. Paralelamente se obliga a los ciuda-



danos a colaborar y a no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad.

Esta medida resulta, en efecto, necesaria, pero, en mi opinión, no tanto porque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no tengan unas amplísimas competencias en materia de mantenimiento del orden atribuidas por la legislación policial y sobre seguridad ciudadana (que les confiere poderes de vigilancia y control más que significativos), cuando por la necesidad de reforzar su papel ante la sociedad, que en numerosas ocasiones ha sido cuestionado desde las más variadas instancias políticas durante los últimos años. Las fuerzas policiales han visto minada su imagen de manera irresponsable y, paralelamente, su capacidad de actuación se ha visto resentida, *de facto*, considerablemente; y ello hace necesario el fortalecimiento de su posición ante la sociedad con medidas como ésta.

Un par de consideraciones finales sobre esta medida: por un lado, los agentes de la autoridad no pueden acceder al domicilio de los particulares, salvo en caso de flagrante delito o de que medie su consentimiento o una autorización judicial, dado que el derecho a la inviolabilidad del domicilio *ex art.* 18.2 CE no puede suspenderse durante las declaraciones del estado de alarma, sino sólo en los de excepción y de sitio (*art.* 55.1

CE); y, por otro lado, se atribuye la condición de agente de la autoridad a los miembros de las Fuerzas Armadas cuando realicen las funciones contempladas por el Real Decreto de declaración del estado de alarma, según su disposición adicional quinta.

2.^a La limitación de la libertad de circulación de las personas.

Esta medida, que está prevista en el *art.* 7 del Real Decreto, tiene su base legal inmediata en el *art.* 11 a) LOAES. Debe tenerse en cuenta que el *art.* 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ya contempla la posibilidad de adoptar las medidas necesarias en caso de enfermedades transmisibles: “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”.

Es cierto, en todo caso, que su inclusión en el Real Decreto de estado de alarma da una relevancia simbólica de primer

orden a esta medida de restricción de los movimientos, que es, probablemente, la que más afecta a toda la población en el día a día.

Esta medida tiene múltiples aspectos que veremos a continuación, pero tanto el *art.* 11 a) LOAES como el *art.* 7 del Real Decreto reseñado subrayan la naturaleza “limitativa” de la medida sobre la libertad fundamental de circulación. Téngase en cuenta que no puede suspenderse de manera total esta libertad fundamental establecida por el *art.* 19 CE, puesto que esta drástica medida únicamente está constitucionalmente contemplada para los estados de excepción y de sitio *ex art.* 55.1 CE.

Los aspectos limitativos de esta medida se refieren, en primer término, a la prohibición de que las personas y los vehículos particulares circulen por las vías de uso público, salvo en los supuestos previstos por el Real Decreto reseñado; en segundo término, a la obligación de respetar en cualquier desplazamiento las recomendaciones y las órdenes de las autoridades sanitarias; y, en tercer término, a la habilitación al Ministerio del Interior para que pueda acordar el cierre de carreteras o la restricción de la circulación en ellas “por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico”.

3.^a Las requisas temporales y las prestaciones personales obligatorias.

Estas medidas están previstas por el art. 8 del Real Decreto, con la cobertura del art. 11 b) LOAES. Con independencia de que estas medidas se encuentran ya recogidas por la legislación administrativa general (piénsese, por ejemplo, en la regulación de las “requisas civiles” por el art. 120 de la vieja Ley de Expropiación Forzosa de 1954 por “graves razones de orden o seguridad públicas, epidemias, inundaciones u otras calamidades”), medidas como la intervención de medios materiales y personales están previstas por la actual legislación sanitaria (art. 26.1 de la Ley General de Sanidad de 1986 y art. 54.2 de la Ley General de Salud Pública de 2011).

4.^a Las medidas de contención en diferentes sectores de actividad.

Son varios los preceptos del Real Decreto destinados a regular estas medidas dirigidas a impedir o, al menos, a limitar la rápida expansión del coronavirus: en primer término, el art. 9 prevé la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los niveles (incluida la enseñanza universitaria), intentando mantenerse, “siempre que resulte posible”, mediante “modalidades a distancia y ‘on line’”; en segundo término, el art. 10 establece diversas medidas de contención en los ámbitos de la actividad comercial, de los establecimientos y actividades culturales y recreativas, del sector de la hostelería y restauración, y de las fiestas populares (estas medidas suponen de manera generalizada su cierre y suspensión, salvo en aquellos supuestos de actividades que se autoricen

expresamente por este precepto –para los establecimientos de dispensación de productos o de prestación de servicios básicos para la población–); y en tercer término, el art. 11 regula medidas limitativas en torno a los lugares de culto y a la celebración de ceremonias civiles y religiosas.

5.^a Las medidas destinadas al reforzamiento del Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

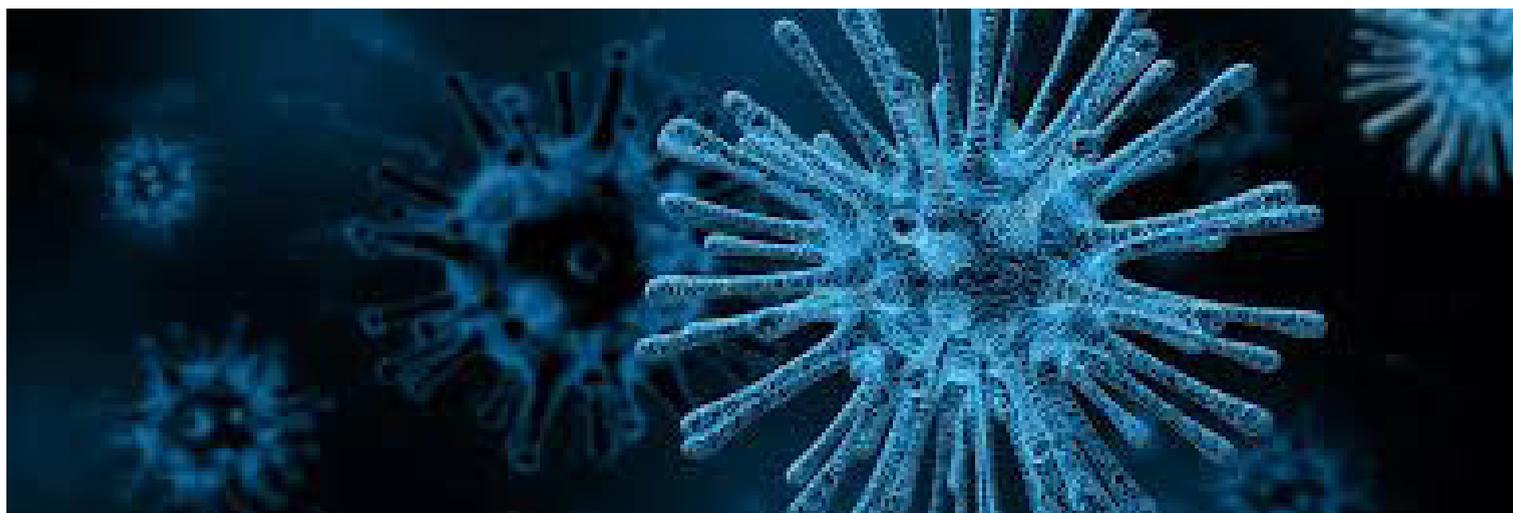
Estas medidas están previstas en el art. 12 del Real Decreto, que, en buena parte de su contenido, tiene una cobertura legal directa en el art. 9.1 LOAES. El conjunto de las mismas conlleva una recentralización temporal de todos los recursos sanitarios del territorio nacional bajo la dirección del Ministro de Sanidad, que queda habilitado para impartir las órdenes necesarias a todas las autoridades sanitarias del país y a todo el personal a su servicio “para la protección de personas, bienes y lugares”, así como para la imposición a estas personas de “servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”. Una medida que da idea de las dimensiones de la aludida recentralización es la que permite la determinación por el Ministro de Sanidad de “la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria”. O expresado en otros términos quizá más directos: se permite el trasvase de recursos sanitarios (tanto materiales como personales) entre las distintas Comunidades Autónomas, según las necesidades de salud pública existentes.

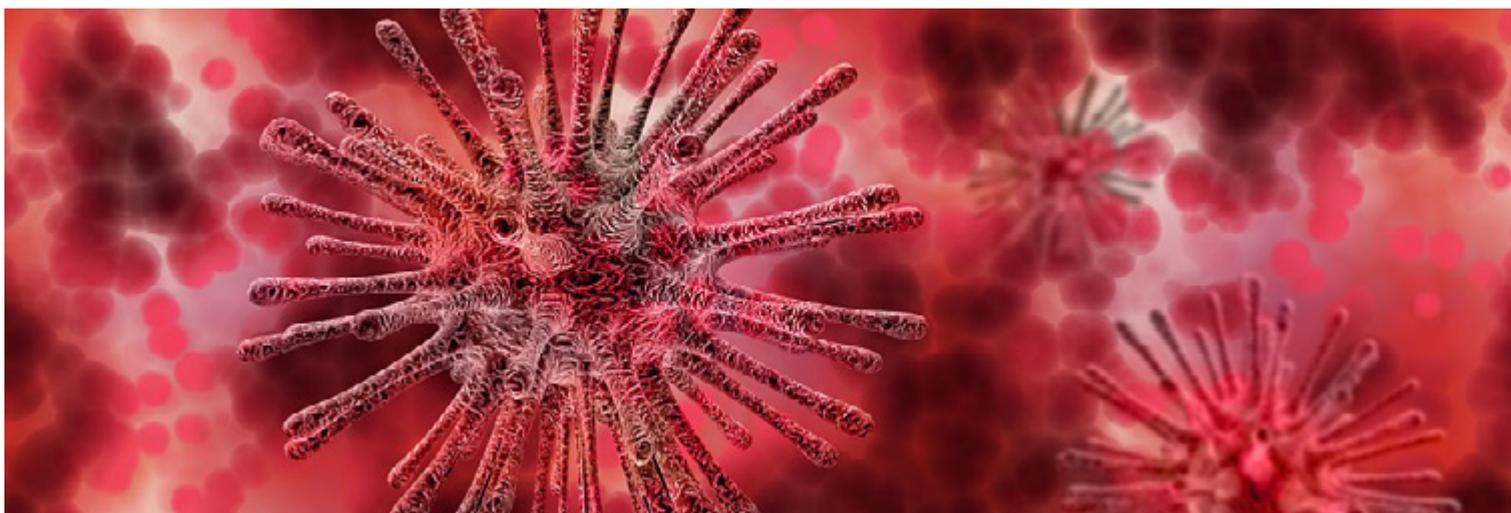
En todo lo que no sea necesario para la atención centralizada de la crisis sanitaria, “las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento”.

Además de reordenar temporalmente las competencias territoriales en materia sanitaria, el reforzamiento del sistema de salud tendrá lugar también mediante la activación de las capacidades en este ámbito de las Fuerzas Armadas, así como de los medios sanitarios de titularidad privada.

6.^a Las medidas para el asegurar el abastecimiento de bienes y la prestación de servicios esenciales.

Estas medidas ocupan una buena parte del articulado del Real Decreto. Podemos bosquejar ahora aquí las siguientes: en primer término, el art. 13 establece diversas medidas para el aseguramiento tanto de bienes como de servicios necesarios para la salud pública (entre ellas la impartición de las órdenes necesarias por parte del Ministro de Sanidad con esta finalidad, la intervención y ocupación de industrias e instalaciones y las requisas de bienes e imposición de prestaciones personales obligatorias); en segundo término, el art. 14 prevé numerosas medidas en materia de transporte, fijándolas directamente en unos casos, mientras que para otros supuestos se habilita al Ministro de Transportes “para dictar los actos y disposiciones que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para establecer condiciones a los servicios de movilidad, ordinarios o





extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares”; en tercer término, el art. 15 habilita a las autoridades delegadas competentes para la adopción de las medidas necesarias para el abastecimiento alimentario en los lugares de consumo y para asegurar el funcionamiento de los centros de producción y de distribución (entre las medidas que se mencionan en este precepto, se encuentran el acompañamiento de vehículos de transporte, el establecimiento de corredores sanitarios, la intervención de empresas o servicios y la movilización de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y del Ejército); en cuarto término, el art. 16 habilita a las autoridades competentes delegadas para la adopción de las medidas necesarias para garantizar el tránsito aduanero; en quinto lugar, el art. 17 faculta a las autoridades competentes delegadas para la adopción de las medidas necesarias en orden a garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo y de gas natural; y en sexto lugar, el art. 18 obliga a los operadores críticos a la adopción de las medidas necesarias para asegurar la prestación de los servicios esenciales que les son propios, extendiendo esta obligación a “aquellas empresas y proveedores que, no teniendo la consideración de críticos, son esenciales para asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales”.

Tras repasar el contenido de estos preceptos podemos llegar a la conclusión de que todos ellos cuentan con un elemento esencial común: tienen como misión habilitar a las autoridades delegadas competentes para la adopción, mientras dure la crisis, de las medidas

necesarias para el aseguramiento tanto del acceso a bienes de primera necesidad para la población como de la prestación de servicios esenciales para el funcionamiento correcto del Estado. En algunos casos, junto a estas cláusulas generales de habilitación, se establecen, además, medidas concretas que pueden adoptarse por dichas autoridades, pero estas medidas tienen un carácter meramente indicativo (y no limitativo). Es decir, estas autoridades podrán adoptar una de estas medidas (que será lo que previsiblemente ocurra) o cualesquiera otras que consideren necesarias para solventar el concreto problema crítico.

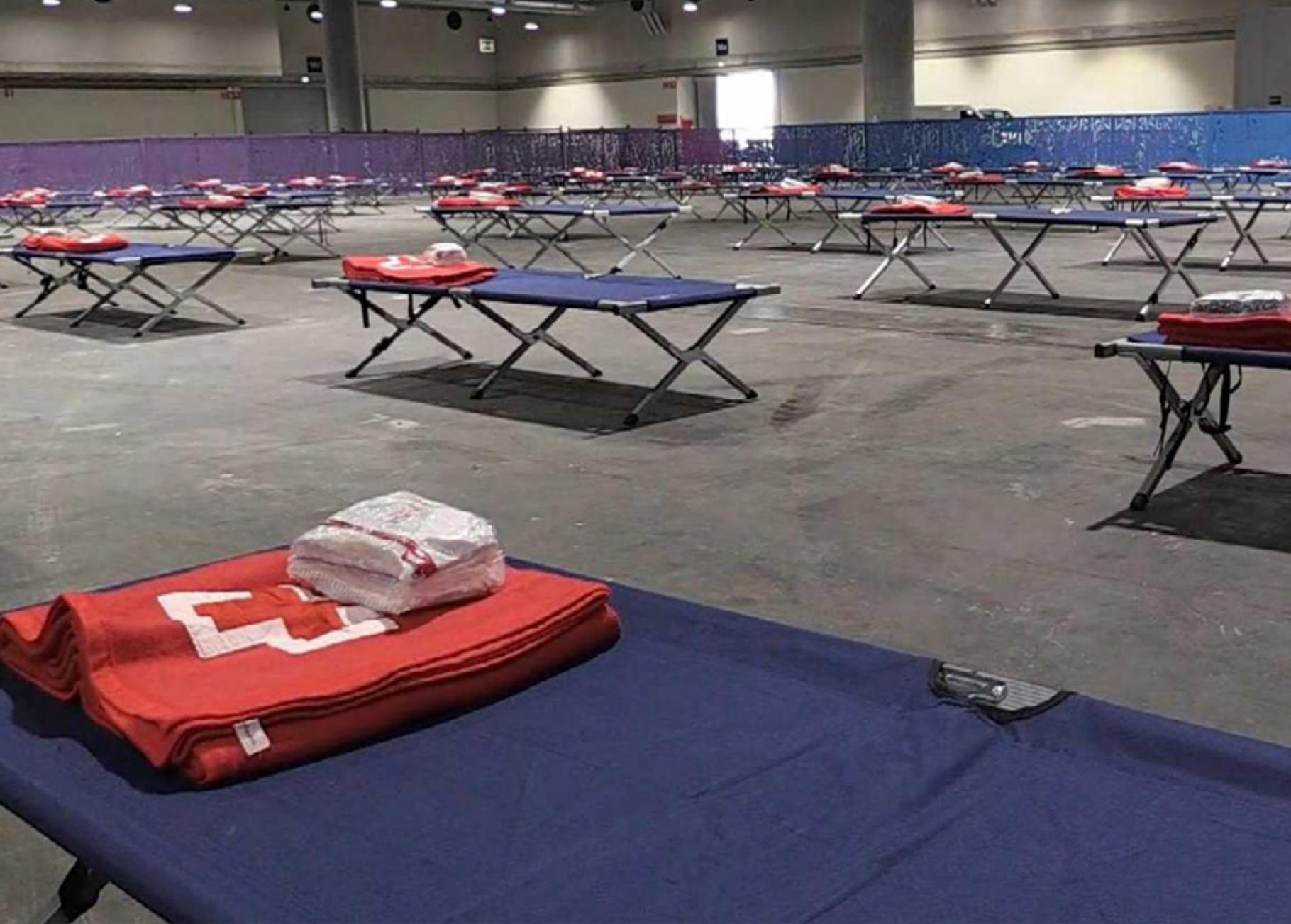
7.^a Las medidas para la difusión de las medidas de necesidad y de los anuncios y mensajes de las autoridades competentes delegadas.

Esta medida está prevista en el art. 19 del Real Decreto, que tiene su soporte legal en el art. 2 LOAES. Debe tenerse en cuenta que la declaración del estado de alarma debe ser publicada oficialmente de manera inmediata por el BOE, así como también deben serlo las medidas de necesidad que se dicten a su amparo. Pero, además de esta publicación oficial, existe la obligación de difusión obligatoria por todos los medios de comunicación de titularidad pública y privada. Esta obligación legal se reitera en el reseñado art. 19 del Real Decreto, que extiende esta última obligación de publicidad a “la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones” que no sólo las autoridades competentes para la dirección del estado de alarma, sino también las Administraciones autonómicas y locales, “consideren necesario emitir”.

8.^a El establecimiento del régimen sancionador para atajar los eventuales incumplimientos o las resistencias frente a las órdenes de las autoridades competentes.

La regulación de esta cuestión se realiza mediante una total remisión al art. 10 LOAES. Este precepto establece tres tipos de posibles incumplidores: en primer término, los ciudadanos, que serán sancionados conforme a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (sin perjuicio de la potencial aplicación del Código Penal); en segundo lugar, los funcionarios, que podrán ser suspendidos de inmediato de sus cargos, con independencia de las posibles consecuencias penales y administrativas (en particular, disciplinarias); y en tercer término, las autoridades, que además de las consecuencias penales y administrativas correspondientes, podrán verse despojadas del ejercicio de las facultades que fuesen necesarias en aras al cumplimiento de las medidas acordadas para la ejecución de la declaración del estado de alarma, para “ser asumidas por la autoridad competente durante su vigencia”.

En el momento de repasar este texto, existe la preocupación de que algún Presidente autonómico pueda tener la insensata tentación de no respetar la dirección de la crisis conferida a la autoridad estatal competente, según algunas declaraciones difundidas por todos los medios de comunicación. Pues bien, con independencia de las consecuencias penales y administrativas derivadas de una actuación de este tipo, la suspensión en el ejercicio de sus funciones debería



ser inmediata, sin necesidad de recurrir al complejo procedimiento del art. 155 CE. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que en el actual momento de crisis sanitaria todas las funciones de cualquier autoridad estatal, autonómica y local están dirigidas de manera absolutamente prioritaria a la lucha sin cuartel para atajarla, sin que ninguna autoridad pueda poder en el más mínimo peligro esta finalidad. Esta es, me parece, la finalidad última del apartado 3 del art. 10 LOAES.

9.^a La suspensión de todos los plazos procesales, de los plazos administrativos y de los plazos de prescripción y de caducidad está prevista por las disposiciones adicionales segunda a cuarta del Real Decreto.

10.^a La ratificación de las disposiciones y medidas para hacer frente al coronavirus adoptadas por las autoridades autonómicas y locales con carácter previo a la declaración del estado de alarma, que continuarán vigentes y producirán efectos, en la medida en que no se opon-

gan al Real Decreto reseñado y sean objeto, en su caso, de la confirmación judicial prevista por el art. 8.6, párrafo segundo, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

IV. UNAS CONSIDERACIONES FINALES PARA EL APRENDIZAJE SOBRE FUTURAS LUCHAS CONTRA LAS CRISIS VENIDERAS

La Historia demuestra que todas las civilizaciones han tendido a dotarse de poderes fuertes para así superar las emergencias más graves –en tanto que éstas duran–: los romanos crearon la

“dictadura comisoría” para hacer frente a sus crisis hace ya muchos siglos o los británicos habilitaron a su gobierno mediante la técnica de las leyes de plenos poderes para luchar contra los nazis hace unas décadas. Son muchísimos los ejemplos históricos posibles de esta forma de proceder, como analicé hace ya muchos años en la que fue mi tesis doctoral, luego publicada como libro bajo el título *El concepto de necesidad en Derecho Público* (Civitas, 1996).

La lucha contra las crisis, aprendí a comienzos de los años noventa del pasado siglo, es cosa de todos. Pero las poblaciones necesitan líderes con una extraordinaria fortaleza moral (con una “auctoritas” indiscutible) que las dirijan, mientras aquéllas se desarrollan, para poder superarlas de la manera menos dolorosa posible, teniendo en cuenta que todas las crisis severas provocan daños –a veces verdaderamente tremendos–. El Derecho da un poder excepcional a esos líderes para tal fin general primario, sin olvidar que ese poder es (y debe, necesariamente, ser) limitado. Y



hemos construido en los Estados occidentales, como hemos visto en el primer epígrafe de este trabajo, un sistema de límites jurídicos y de controles para evitar los abusos de los poderes de excepción.

Bajo estos parámetros, las normas de necesidad que existen en nuestro país para la batalla contra las emergencias sanitarias son, ciertamente, muy numerosas. No era necesario haber llegado a la situación en la que nos encontramos en el momento de escribir estas líneas para haberlas utilizado, probablemente, de manera más temprana y mejor. La legislación sanitaria ofrecía inicialmente estas herramientas, por no hablar de otras leyes ordinarias donde se regulan poderes de necesidad.

Ahora el estado de alarma está declarado. Y a la vista de las circunstancias de hoy, está muy oportunamente declarado. Con el recurso al Derecho constitucional de excepción se han concentrado en el Gobierno de la Nación enormes poderes para la lucha contra la epidemia de co-

ronavirus. La potestad para la declaración de este estado constitucional de alarma corresponde exclusivamente al Consejo de Ministros, para lo cual tiene una amplia discrecionalidad. Ante una epidemia como la que padecemos, esta decisión política, que, una vez tomada, reviste la forma jurídica de Real Decreto (pero, como hemos visto, posee valor de ley), no parece que en modo alguno pueda ser cuestionable ni política ni jurídicamente. Por lo demás, el recurso al Derecho constitucional de excepción es, valga la redundancia, algo ciertamente excepcional en nuestro vigente régimen político (a diferencia de lo que ha sucedido en la historia hispana anterior a 1978), por lo que tiene un enorme efecto simbólico sobre la población (ya lo tuvo su activación en el año 2010 en un supuesto infinitamente menos grave), pues, lejos de la lucha territorial cotidiana y de las guerras partidistas, se produce una centralización de todo el poder en una autoridad nacional única para hacer frente, de la manera más coordinada posible, a un peligro sanitario que, en un primer término, pone en riesgo la vida del conjunto de la población y que, inmediatamente después, paraliza el país, afectando irremediablemente a su economía, con lo que esto conlleva para la sociedad a todos los niveles.

Llegados a este punto, la vía menos dolorosa para solventar la emergencia sanitaria es que todos, autoridades y particulares, rememos en la misma dirección. Las dudas que a uno pueden surgirle en su fuero interno creo que pueden expresarse así: ¿han utilizado nuestros gobernantes de manera suficientemente eficaz y decidida los medios de lucha contra las epidemias ofrecidos por la legislación específicamente sanitaria y por la normativa ordinaria general existente para hacer frente a todo tipo de crisis, antes de tener que acudir a la declaración del estado de alarma durante la noche del 14 de marzo? Después del ejemplo de Italia, ¿no hemos llegado tarde para hacer frente a la epidemia que nos asola?

En medio de la emergencia que vivimos no toca responder a estas preguntas ahora. Quizá hace diez días sí podrían haberse planteado, y probablemente dentro de unos meses, cuando hayamos salido de esta situación crítica también. Pero ahora no. Cuando esto se solucio-

ne, en efecto, será el momento de pensar si, como sociedad, hemos hecho algo mal y, en su caso, qué cambios son necesarios (jurídicos y, naturalmente, no jurídicos) para seguir mejorando nuestros mecanismos de lucha contra las crisis. Y es que, como empecé diciendo al comienzo de este trabajo, mis estudios sobre el Derecho de necesidad me han enseñado que las crisis se han repetido y se seguirán repitiendo a lo largo de la Historia de la Humanidad. Y hablando de epidemias, aunque sea triste recordarlo, la hoy pandemia de coronavirus (COVID-19) no es ni la primera ni previsiblemente será la última en nuestro planeta (y, evidentemente, tampoco en nuestro país). Es la que nos ha tocado vivir en el tiempo presente. Tenemos que luchar ahora contra ella, aunque ya resulte duro, y lo sea probablemente más durante las próximas semanas.

El Derecho es un instrumento cualificado para librar esta batalla. Y está al servicio de los científicos, que son los que deben buscar la solución técnica para ello, y de los gobernantes, que tienen que dirigir políticamente al conjunto de la población para esta lucha, y que deben ser ejemplo y dar ejemplo de cómo se puede y se tiene que combatir una epidemia. No son muy edificantes ni los comportamientos irresponsables y sonrojantes de muchos representantes públicos de las últimas semanas ni las luchas partidistas cainitas. Ahora, definitivamente, necesitamos otra cosa: un referente moral y político en quien confiar porque nos ofrezca la seguridad real de que se va a luchar eficazmente contra el inmenso desafío sanitario del tiempo presente y de los problemas económicos y sociales que, previsiblemente, no nos tardarán tampoco en llegar en sus más crudas expresiones.

Eso sí, debemos aprender también de nuestros errores para que la lucha contra la siguiente crisis, esperemos que dentro de mucho tiempo, sea (todavía) más eficaz. ¡¡Ojalá que en las próximas semanas estos errores sean pocos, muy pocos, y que nuestros dirigentes, al unísono, hagan bien sus tareas, sirviendo correcta y abnegadamente al interés general de toda la población. Esa es su función!! De ello, depende en una grandísima medida nuestro futuro próximo.

En Cáceres, a 16 de marzo de 2020. ❖

CONFINAR EL CORONAVIRUS. ENTRE EL VIEJO DERECHO SECTORIAL Y EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

ALBA NOGUEIRA LÓPEZ*

I. ALGO VIEJO, ALGO NUEVO, ALGO USADO...

Una crisis sanitaria global como la del coronavirus, retransmitida casi al instante en su evolución, morbilidad y mortalidad, consigue que la mayoría de los ciudadanos asuma con responsabilidad las recomendaciones sanitarias sin necesidad de adoptar medidas coactivas¹. Por eso una parte de las decisiones

adoptadas inicialmente por las autoridades sanitarias se trasladaron a través de documentos sin valor normativo alguno y fueron seguidas sin mayor dificultad.

No obstante, el avance de la epidemia está obligando a tomar decisiones muy invasivas, afectando derechos fundamentales y libertades básicas: integridad física, libertad de movimientos, derecho de reunión, libertad religiosa, derecho de sufragio, propiedad, derechos laborales... Hay que conciliar una actuación sanitaria excepcional por su extensión y riesgo, con la menor lesión posible al ejercicio de derechos fundamentales, laborales o libertades. Obligar a que los centros sanitarios privados contribuyan a gestionar cuotas de enfermos, suspen-

* *Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela.*

¹ https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200319_Decalogo_como_actuar_COVID19.pdf.



der descansos de personal de emergencias, escudriñar en la intimidad de los contactos personales de los afectados, guardar cuarentenas, someter a tratamientos médicos forzosos, no celebrar manifestaciones, ceremonias religiosas o mítines políticos o, incluso, anular procesos electorales, son medidas que hemos visto ir articulando sucesivamente y que precisaban una cobertura jurídica que velara por su cumplimiento, proporcionalidad y por las garantías de las personas afectadas. Medidas con una nota de excepcionalidad en las que “las técnicas ablativas constituyen... la manifestación más penetrante de las potestades de policía sanitaria de que dispone la Administración; aquéllas en las que se expresa de forma más rotunda el carácter autoritario de la intervención pública” (CIERCO, 2005, 214)².

Las primeras medidas excepcionales adoptadas, fundamentalmente por las Comunidades Autónomas en apenas una semana como responsables de los servicios de salud, usaron una batería de normas que podríamos calificar como pertenecientes al “viejo Derecho Administrativo sectorial”. Regulaciones sanitarias o de emergencias que facultaban a las autoridades sanitarias para adoptar desde prestaciones personales, requisas de materiales, a imponer controles forzosos de los enfermos y la población en general. No obstante, el progresivo avance de la enfermedad, y la elevación del debate público, provocó la declaración por el gobierno central del estado de alarma como vía para poder impulsar medidas de muy parecida naturaleza.

² CIERCO SIEIRA, C. (2005), “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, vol. 13, N.º 2, 2005.

Este trabajo quiere, precisamente, explorar las virtualidades, limitaciones y problemas que presentan estos dos enfoques jurídicos para una misma crisis sanitaria. Entre lo viejo (el Derecho administrativo sectorial), el ya usado, pero mayormente inexplorado, estado de alarma y lo nuevo que supondría recurrir al estado de excepción, lo cierto es que una parte relevante de las medidas para contener la expansión del virus descansan fundamentalmente en la responsabilidad individual y colectiva.

II. SE ENCIENDE EL PILOTO ROJO SANITARIO: ACCIÓN PREEMINENTEMENTE AUTONÓMICA CON HABILITACIONES LEGALES SECTORIALES

El incremento de contagios, unido a las proyecciones epidemiológicas derivadas de lo que sucedía en países en que el COVID-19 había llegado antes, provocaron que de forma sucesiva en muy corto espacio de tiempo la mayor parte de las Comunidades autónomas adoptaran decisiones jurídicas y organizativas para poner a punto sus sistemas de salud, contar con los medios técnicos y humanos precisos y confinar a enfermos y población, en general.

Las fórmulas elegidas para vehicular esas medidas fueron fundamentalmente tres. Algunas Comunidades autónomas publicaron Decreto(s) y Órdenes de desarrollo de las leyes habilitantes de sanidad. Otras adoptaron Acuerdos de los Consejos de Gobierno con respaldo en esas mismas normas con las medidas concretas a los que dieron publicidad en sus



Diarios oficiales. Un tercer grupo activó sus Planes de emergencia declarando la emergencia sanitaria como paraguas para adoptar las medidas limitativas previstas en la legislación de emergencias. Todas estas previsiones, jurídicas, se adoptaron antes de que el gobierno central aprobara sus primeras normas para responder a la crisis sanitaria y en ellas las Comunidades autónomas ejercían las competencias estatutarias en materia sanitaria.

Desde las decisiones iniciales de suspensión de la actividad escolar en todos los niveles educativos o los eventos públicos más masivos y recomendaciones sanitarias de higiene y distanciamiento social, se fue evolucionando hasta prever o ejecutar medidas más invasivas –y cuestionadas tanto por su extensión, como por la cobertura competencial– como los controles médicos forzosos, confinamientos de personas o poblaciones, requisas de bienes, intervención de la sanidad privada o suspensión de derechos laborales del personal sanitario y de emergencias.

Sin pretender exhaustividad y dejando de lado el análisis pormenorizado de las medidas de confinamiento de personas y poblaciones que abordaremos después, todas las comunidades autónomas suspendieron las actividades escolares y las concentraciones elevadas de personas en un primer momento y, en muchos casos, posteriormente fueron adoptando otras medidas.

Las primeras medidas se adoptan por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, del que forman parte el Ministerio de Sanidad y las CCAA, el día 9 de marzo circunscritas a zonas que se encontraban en fase de transmisión comunitaria significativa (Comunidad de Madrid, la ciudad de Vitoria y la localidad de Labastida). En estas zonas se suspendían las actividades escolares y se adoptaban medidas de distanciamiento en el ámbito educativo y laboral³.

La Rioja decide por Acuerdo de Consejo de Gobierno el 10 de marzo suspender la actividad escolar, las concentraciones de más de 1000 personas y celebrar los eventos deportivos a puerta cerrada⁴. Ese mismo día Madrid también suspende las

actividades escolares y adopta recomendaciones de higiene y desinfección para transportes⁵.

Cataluña el 12 de marzo activa la fase de emergencia 1 de su Plan de emergencias y por Acuerdo el Gobierno de la Generalitat decide el confinamiento de los ayuntamientos de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui i Òdena. Sólo un día después Euskadi declara la emergencia sanitaria y activa su plan de emergencias que, en concreto, en el artículo 8.2 a) del Decreto legislativo 1/2017, do 27 de abril, del texto refundido de la Ley gestión emergencias, prevé el confinamiento de personas. Galicia activa también el Plan territorial de emergencias de Galicia (Platerga) en su nivel IG (emergencia de interés gallego)⁶ que incluye como medidas los avisos, confinamientos o controles de accesos. También Murcia activa el plan de emergencias y es una de las comunidades autónomas que adopta medidas más tempranas de confinamiento “que restringen la libertad de circulación” en sus municipios costeros y traslada las medidas para ratificación judicial⁷.

Asturias adopta medidas de suspensión escolar y limitación de aglomeraciones por Acuerdo de Consejo de Gobierno⁸. En Extremadura el Diario Oficial de 13 de marzo recoge separadamente una serie resoluciones de las consejerías por las que se trasladan los Acuerdos del Consejo de gobierno, entre las que hay medidas de confinamiento específicas para el ayuntamiento de Arroyo de la Luz. En Illes Balears, también por Acuerdo de Consejo de Gobierno se adopta un abanico amplio de medidas y recomendaciones y, de forma novedosa con respecto a la dinámica general, incluye un catálogo de peticiones al Estado de medidas que son de competencia estatal⁹. En Valencia se publican una serie de Órdenes en materia de sanidad y servicios sociales (DO 14.3.2020) entre las que cabría destacar por la posibilidad de intervención de medios privados sanitarios y de suspender derechos laborales (jornada y descanso).

Andalucía publica una Orden con medidas sobre servicios públicos, trabajadores públicos y establecimientos abiertos al público¹⁰. No establece confinamientos, pero si realiza una alusión a la posibilidad de adopción de aquellas medidas de intervención necesarias sobre bienes o personas en caso de que se incremente el riesgo. Aragón aprueba igualmente medidas restrictivas para evitar aglomeraciones, reordenar servicios y un catálogo de recomendaciones, con base en las mismas leyes estatales y en las competencias autonómicas sanitarias¹¹. Castilla y León detalla en su boletín oficial de 14.3.2020, en hasta 4 órdenes sectoriales distintas, las medidas iniciales. Como particularidad ordena la suspensión del transporte re-

⁵ http://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2020/03/10/BOCM-20200310-1.PDF

⁶ https://www.xunta.gal/dog/Publicados/excepcional/2020/20200313/2256/AnuncioG0244-130320-1_es.html

⁷ <https://www.borm.es/services/anuncio/ano/2020/numero/1609/pdf?id=784036>

⁸ <https://sede.asturias.es/bopa/2020/03/13/2020-02687.pdf>

⁹ <https://www.caib.es/eboibfront/ca/2020/11132/633264/acord-del-consell-de-govern-de-13-de-marc-de-2020->

¹⁰ <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/507/2>

¹¹ <http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&PIECE=BOLE&DOCS=1-34&DOCR=34&SEC=FIRMA&RNG=200&SEPARADOR=&&PUBL=20200313>

³ Estas medidas no fueron publicadas y la web del Consejo no está actualizada en relación con los acuerdos y órdenes del día: <https://www.mschs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4806>.

⁴ <https://web.larioja.org/bor-portada?fecha=2020-03-12>.

gular de viajeros e interurbano, pero sólo “recomienda” el cierre de establecimientos¹².

Castilla-La Mancha, después de que su Presidente cuestionara el cierre de centros docentes, finalmente, decreta la suspensión de las actividades docentes por Decreto presidencial y con base en la legislación estatal sanitaria y las competencias autonómicas sobre los servicios y actividades afectadas¹³. También Canarias adopta parecidas medidas por Orden de la Consejería de Sanidad¹⁴. Navarra, mediante una Orden de la Consejera de salud decreta la suspensión de la actividad docente y eventos públicos y otra Orden decreta cierres de otro tipo de establecimientos públicos¹⁵.

III. LO VIEJO FRENTE A LO INEXPLORADO

Equilibrar las necesidades de protección de la salud pública con la menor restricción de derechos necesaria exigía que las medidas más limitativas encontraran un respaldo en una norma con rango de ley, o de ley orgánica cuando afectaba a derechos fundamentales, y que las medidas adoptadas fueran proporcionadas al cariz de la evolución del Covid-19.

Lo cierto es que el viejo arsenal de herramientas del Derecho Administrativo sectorial estatal y autonómico contenía un amplio surtido de previsiones que permitieron encajar sin mayor dificultad la totalidad de las decisiones citadas, incluidas aquellas claramente conectadas con el ejercicio de derechos fundamentales. De forma central, las comunidades autónomas mencionaron como soporte para la mayoría de restricciones, la normativa de emergencias y la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. Esta última habilitaba una buena parte de esas medidas: imponer pruebas o tratamientos médicos, cuarentenas, requisas de bienes o distribución centralizada de medicinas o productos sanitarios. Su brevísimo articulado, de sólo cuatro artículos, permite visualizar la naturaleza de la actividad permitida a “las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas”.

Artículo primero.

Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo segundo.

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación

sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo tercero.

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.

Artículo cuarto.

Cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá:

- a) Establecer el suministro centralizado por la Administración.*
- b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes.*

Por tanto, es una ley orgánica posterior y ley especial con respecto a la Ley de alarma, sitio y excepción, la que se usa como engarce para esas medidas. Una ley, como apuntaba DOMÉNECH, en la cual “el legislador no ha querido especificar o limitar en modo alguno el tipo de medidas que cabe tomar para combatir estos riesgos” por parte de las autoridades sanitarias¹⁶. Podríamos añadir a estas consideraciones, no sólo no quiso limitar las medidas necesarias para combatir emergencias sanitarias, sino que tampoco restringió la adopción de estas medidas a las autoridades sanitarias estatales puesto que habla de “distintas Administraciones Públicas” o de “autoridades sanitarias competentes”.

Medidas, por cierto, de una naturaleza muy semejante a las previstas en el artículo 11 de la Ley del estado de alarma.

Artículo once.

Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:

- 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.*

¹² <http://bocyl.jcyl.es/boletin.do?fechaBoletin=14/03/2020>.

¹³ https://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2020/03/13/pdf/2020_2290.pdf&tipo=rutaDocm.

¹⁴ <http://www.gobiernodecanarias.org/boc/2020/052/>.

¹⁵ <https://bon.navarra.es/es/boletin/-/sumario/2020/53>.

¹⁶ <https://almacendederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>.

- 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.*

Ley 4/1981 que además en su artículo 12 expresamente remite en el caso de las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves (art.4.b) a que la autoridad competente podrá adoptar “*además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas*” (art.12) [la cursiva es nuestra].

Esas leyes sectoriales, a las que la Ley 4/1981 remite en blanco, vuelven a recoger enumeraciones de medidas muy semejantes. Son leyes estatales de naturaleza básica que se unen a la mencionada LO 3/1986 –la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública–, que permiten a las autoridades competentes exigir prestaciones personales (ej. colaboración de personal sanitario jubilado o suspensión de derechos de vacaciones), requisas de material, imponer deberes de colaboración para la población o el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad, como vimos por primera vez en Haro (La Rioja). También las respectivas leyes sanitarias y de emergencias autonómicas contienen relaciones de medidas ablatorias de muy parecida naturaleza.

En definitiva, el legislador estatal había puesto sucesivamente en diversas leyes a disposición de las autoridades competentes (estatales y autonómicas) un conjunto de técnicas de una cierta excepcionalidad por el grado de intrusión en los derechos de las personas o en sus bienes, pero en gran medida coincidentes entre sí que podían ser aplicables a pandemias como la del COVID-19. Y los legisladores autonómicos habían dictado su legislación de desarrollo en concordancia con esas habilitaciones.

Además, la evidencia de que esas medidas asentadas en “el viejo Derecho sectorial” podían tener incidencia en derechos fundamentales llevó a adoptar una posterior garantía judicial. Se introduce el art. 8.6 de la Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa que prevé la ratificación judicial cuando “las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”. Una muestra clara de que se asumía que se podían lesionar derechos fundamentales por la vía de esos ordenamientos sectoriales y no solamente por la de la excepcionalidad constitucional que suponía el recurso a los estados de alarma, sitio y excepción del artículo 116 de la Constitución.

Como señala CHAVES analizando la sentencia del confinamiento del hotel de Tenerife decretado en febrero “tampoco ‘vale todo’ so pretexto de la urgencia sanitaria”¹⁷. El juzgado delimita perfectamente qué medidas son las que necesitan ratificación judicial, entendiéndolo, por tanto, que el resto de medidas están perfectamente fundamentadas en facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico: “en las medidas sanitarias urgentes no se trata de velar por la aplicación de cualquier medida sanitaria vinculada a la protección de la salud colectiva impuesta sin el consentimiento del afectado, sino, únicamente, de aquéllas que puedan lesionar alguno de sus derechos fundamentales y únicamente cuando las mismas deban imponerse coactivamente a sus destinatarios que se opongan a su cumplimiento voluntario (explícitamente o por hechos concluyentes)”¹⁸. Se solicita la ratificación judicial en caso de que la restricción de derechos encuentre resistencias y afecte a derechos fundamentales. Pero incluso si las autoridades no consideran preciso solicitar la ratificación del art.8.6 de la LJCA, cabría que las personas afectadas pudieran recurrir frente a medidas que consideren que violan sus derechos.

Recordemos, además, que esta previsión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se incluye mediante una modificación introducida en el año 2000 con la aprobación de la LEC. Por tanto, dos leyes estatales, una substantiva y orgánica (Ley 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública) y otra procesal (LO modificadora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), prevén controles de las autoridades sanitarias estatales y autonómicas que podrían tener una naturaleza tal que lesionara derechos fundamentales y, a tal efecto, podrían precisar una ratificación judicial.

IV. DEL CONFINAMIENTO DE PERSONAS Y POBLACIONES AL CONFINAMIENTO GENERAL. ¿CON QUE RESPALDO LEGAL?

El solapamiento entre el ordenamiento sectorial sanitario y de emergencias con las medidas que podrían caer en la eventual declaración los estados de alarma y/o excepción, dotados de un cierto grado de excepcionalidad constitucional, condujo a un debate jurídico sobre si una vez que las medidas se hacían más generales, “con mayor incidencia personal y territorial” (PRESNO¹⁹), necesitaban la activación del estado de alarma o excepción y, paralelamente, si competencialmente podían las autoridades sanitarias autonómicas adoptar medidas que supusieran restricciones de derechos fundamentales. Estos dos extremos se plantearon de forma más intensa cuando al menos en cuatro comunidades autónomas (por este orden, La Rioja, Cataluña, Murcia y Extremadura) se tomaron decisiones de confinamiento de poblaciones completas ante el avance descontrolado de ciertos focos de la enfermedad.

¹⁷ <https://delajusticia.com/2020/03/11/el-hotel-fue-el-primero-cerco-contencioso-administrativo-al-coronavirus/>.

¹⁸ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Noticias-Judiciales-TSJ-Canarias/El-juez-ratifica-las-medidas-frente-al-coronavirus-en-el-hotel-de-Tenerife>.

¹⁹ <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/11/el-coronavirus-sars-cov-2-en-la-sociedad-del-riesgo-global-alarma-y-precaucion/>.

Confinar a personas en sus domicilios o a poblaciones enteras supone una restricción de movimientos evidente, limita un derecho fundamental y es una de las medidas más severas de control sanitario. El avance del COVID-19 en la semana del 8 al 15 de marzo fue provocando que sucesivamente se adoptara esta drástica medida en al menos cuatro comunidades autónomas para una o varias poblaciones²⁰. Tanto Cataluña, Extremadura, como Murcia arroparon jurídicamente estas decisiones en sus competencias sanitarias y de emergencias, activando en Cataluña y Murcia sus planes de emergencias, y amparándose en las habilitaciones legales mencionadas anteriormente para 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” previstas en el art.3 de la LO 3/1986. Murcia además dio traslado de esta decisión al órgano judicial para su ratificación.

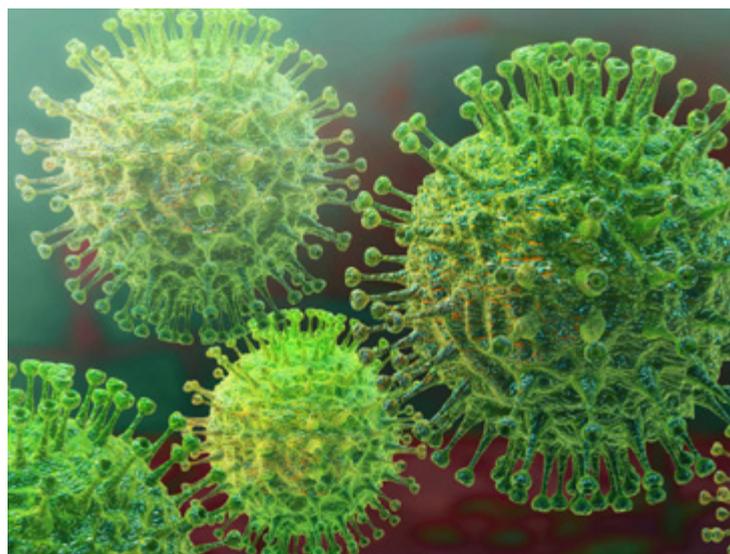
A menor escala teníamos el precedente del hotel de Tenerife el 24 de febrero cuando se procede a confinar a 700 personas durante medio mes. El gobierno canario confinó, mandó a la policía para vigilar las instalaciones y solicitó una ratificación judicial al amparo del artículo 8.6 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una decisión cautelar de restricción de la libertad deambulatoria avalada por el Juzgado²¹.

Curiosamente la única de estas medidas iniciales de confinamiento de poblaciones que no tiene ningún ropaje jurídico, o por lo menos no dotado de publicidad, fue la primera de ellas en la que por una recomendación del Ministerio de Sanidad se decide aislar Haro y, posteriormente, se articulan medidas para hacerlo efectivo en una Junta de Seguridad con la participación de la Delegación del Gobierno en La Rioja, las fuerzas y cuerpos de seguridad y la Consejería de Salud autonómica²². Al igual que había sucedido con las medidas de cierre escolar acordadas para ciertas Comunidades autónomas por el Consejo Interterritorial de Salud, volvemos a encontrar que el gobierno central no da a conocer orden o acuerdo alguno que vista jurídicamente esta decisión de calado. CIERCO (2008, 217-218) criticaba precisamente la parquedad en la regulación de las garantías procedimentales y elevada discrecionalidad que permitía la LO 3/1986 [“nada se dice sobre los requisitos de espacio –¿en qué lugar podrán practicarse?–, o de tiempo –¿cuál puede ser su duración?–. Es más, tampoco se contempla ningún régimen de garantías específico o la remisión a alguno ya preestablecido. De hecho, en el articulado de la LOMESP no se alude siquiera a la intervención judicial”], aunque, al mismo tiempo, indicaba que un cierto grado de indeterminación es necesario para afrontar con flexibilidad situaciones de emergencia y que en estas circunstancias suele haber medidas que se toman sin respaldo procedimental.

²⁰ Haro en La Rioja el 8 de marzo; casi 70.000 personas en los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Odena, en Cataluña el 13 de marzo; Arroyo de la Luz en Extremadura también el 13 de marzo y; el más numeroso, 376.000 personas, en Cartagena, San Javier, San Pedro del Pinatar, Los Alcázares, La Unión, Mazarrón y Águilas, en la Región de Murcia el 14 de marzo.

²¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Un-juez-avala-la-cuarentena-por-coronavirus-en-el-hotel-de-Tenerife>.

²² <https://www.lavanguardia.com/vida/20200308/474029734087/g-civil-notifica-aislamiento-a-vecinos-de-haro-afectados-por-el-coronavirus.html>.



Una excepcionalidad que afecta a las propias categorías jurídicas. VELASCO CABALLERO²³ reflexiona sobre las medidas adoptadas bajo el estado de alarma señalando que es difícil identificarlas como un “acto” o una “disposición” y apuesta por clasificarlas en una categoría específica, “medidas de emergencia”, con un régimen jurídico propio que permite prescindir incluso del procedimiento de toma de decisiones o el marco competencial existente.

Las medidas de confinamiento indicadas podían adoptarse también por las autoridades estatales, como sucedió en Haro, recurriendo a la mencionada LO 3/1986 que habla de autoridades sanitarias en plural. Además, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece, la competencia de coordinación y ejecución de la autoridad sanitaria estatal “por razones sanitarias de urgencia o necesidad o ante circunstancias de carácter extraordinario que representen riesgo evidente para la salud de la población, y siempre que la evidencia científica disponible así lo acredite” (art. 52) y, permite intervenciones de medios personales y materiales, cierre de establecimientos, aunque requiere que sea “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” (art. 54).

Finalmente, cuando se aprueba RD 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 las medidas de confinamiento se hacen generales a todo el territorio español y el propio Real Decreto ratifica todas las medidas previas autonómicas, si son compatibles, continuando vigentes, sin perjuicio de su ratificación judicial²⁴. Las medidas puntuales de restricción de movimientos existentes para un

²³ <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/03/21/queson-las-medidas-gubernativas-dictadas-en-estado-de-alarma/>.

²⁴ “Disposición final primera. 1. Quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este real decreto.

2. La ratificación contemplada en esta disposición se entiende sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio”.



puñado de municipios en cuatro CCAA pasan a ser generalizadas para todo el territorio y para todo tipo de actividades con un limitado número de excepciones (art. 7).

También con la declaración del estado de alarma surgieron dudas sobre su adecuación jurídica para limitar de forma casi total la libertad de circulación. PRESNO señalaba en un análisis de urgencia que “tal y como está en Ley parece que se debería de tratar de restricciones a una libertad general de circulación y no excepciones a una limitación general de dicha circulación. Lo que se apunta que contendrá el decreto se asemeja más a lo segundo aunque, parece, a su vez con bastantes excepciones y alguna amplia: cualquier otra actividad de análoga naturaleza debidamente justificada”²⁵.

De forma más explícita, ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS descartaban que tanto la LO 3/1986, como el estado de alarma fueran cobertura bastante para la suspensión de la libertad de movimientos que implicaban los confinamientos. Así argumentaban, “a pesar del carácter orgánico de la LOMESP, la misma no es cobertura suficiente ex artículo 55.1 del texto constitucional para permitir la adopción de medidas o actuaciones que supongan la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, en particular, de los consagrados en los artículos 17 y 19 de la Constitución” singularmente por lo indicado por el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016, de 28 de abril, fundamento jurídico octavo (asunto controladores aéreos): “la declaración del estado de alarma, a diferencia de los estados de excepción y sitio, [...] (art. 55.1 *contrario sensu*) no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”²⁶. Por eso, sostienen que “sólo la declaración del estado de excepción permite dar cobertura bastante a aquella suspensión del ejercicio de derechos fundamentales” y la clara insuficiencia de la declaración del estado de alarma para disponer la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales. También en un sentido claramente crítico se expresa DÍAZ REVORIO indicando que entre la alarma y la excepción “la diferencia no es intrascendente, como no lo es el error que, a mi juicio, se ha cometido al suspender al menos dos derechos mediante el estado de alarma”. Para decirlo claramente: vivimos materialmente en un estado de excepción, no declarado y, por tanto, en un estado de excepción encubierto²⁷. En cierto modo, el escenario adolece de las debilida-

des jurídicas apuntadas por VIDAL PRADO y DELGADO RAMOS (2011, 265) tras el anterior estado de alarma por la crisis de los controladores aéreos, que veían necesario “incorporar a la norma las circunstancias concretas en que puede hacerse, los requisitos y garantías” para evitar nuevas interpretaciones forzadas²⁸.

En cambio, TAJADURA, que afirmaba con rotundidad que las medidas autonómicas eran “manifiestamente inconstitucionales”, no cuestiona la adecuación del estado de alarma para la restricción de movimientos decretada de naturaleza general y prácticamente sin límites ya que “hay que reconocer que, en la práctica, no resulta fácil establecer la línea que separa las medidas fuertemente restrictivas de un derecho fundamental de su suspensión”²⁹. También LOZANO CUTANDA parece ser de una opinión semejante en tanto que “la libertad de circulación de las personas, sin llegar a suspenderse del todo, sí se limita en gran medida”. Sorprende que llegue a parecida conclusión sobre la necesidad y adecuación de la declaración del estado de alarma TOLOSA TRIVIÑO³⁰, después de exponer la panoplia de medidas a las que habilita la legislación sanitaria, indicar los procedimientos de toma de esas decisiones y como la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha limitado e interpretado, respectivamente esas facultades de intervención exorbitantes. Tras ese análisis detallado de las medidas, concluye con una afirmación que parece contradecir su razonamiento previo: “Ante situaciones de excepción y gravedad como la que estamos viviendo, puede concluirse que nuestro ordenamiento jurídico, no ha previsto mecanismos ordinarios que permitan a la administración sanitaria actuar eficazmente y dentro de un entorno de seguridad jurídica, a la hora de afrontar crisis sanitarias de singular relevancia, es por ello, que habrá de acudir, como de hecho hemos constatado a medidas legales de carácter excepcional”.

Sin embargo, pese a lo inexplorado de esta situación, lo cierto es que la STC 83/2016 sobre el estado de alarma decretada por la huelga de controladores aéreos si que proporciona pautas interpretativas que parecen indicar que tampoco el estado de alarma procede para suspender el derecho a circular libremente de forma general puesto que éste estado sólo permitiría “la limitación de la circulación o permanencia de personas o

²⁵ <https://presnoliner.wordpress.com/2020/03/14/breves-y-provisionales-consideraciones-sobre-el-alcance-del-estado-de-alarma-que-se-va-a-decretar/>.

²⁶ <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.

²⁷ <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/>.

²⁸ VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D., “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto (2011).

²⁹ https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html.

³⁰ https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAMtMSbF1CTEAAmMDcyNzM7WY1KLizPw8WYMDI6CYoQ-VIID0t0iU_OaSyINU2LTGnOBUAWyHk0DUAAAA=WKE.

vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos, lo que no comprende medidas de suspensión generales de tales derechos *como el confinamiento y las restricciones generales*” (la cursiva es nuestra).

Estas suspensiones generales para todo el territorio y para toda la ciudadanía, tan sólo sometidas a una serie limitada de excepciones previstas en el artículo 7 del RD del estado de alarma, parecen encajar más adecuadamente en las actuaciones previstas en el art. 20 de la regulación del estado de excepción (LO 4/1981) que, además, está sometido a un control parlamentario reforzado con respecto al necesario para el estado de alarma.

V. ¿POR QUÉ LIMITAR EL ABANICO DE MEDIDAS LEGALES DISPONIBLES EN UNA EMERGENCIA SANITARIA DE ESTA MAGNITUD?

Atendiendo al solapamiento de medidas que el ordenamiento jurídico permite adoptar a través de distintas vías (leyes sanitarias, planes de emergencia, estado de alarma), parecería que el efecto distintivo de la declaración del estado de alarma es el competencial. “En ese contexto, los principios informadores del ‘derecho de crisis’ son el de ‘estatalización’, que implica el control por el poder público de recursos del sector privado, y el de ‘centralización’ de las competencias y de la toma de decisiones” (TAJADURA). “Forma parte de ese régimen jurídico el que tales ‘medidas’ no se atienen a la distribución ordinaria de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales” (VELASCO CABALLERO). ARBÓS también apunta la “alteración de la distribución de competencias” como un rasgo distintivo del estado de alarma junto a las limitaciones de los derechos, de carácter excepcional y temporal, pero advierte de que en términos de eficacia las comunidades autónomas “tienen un conocimiento insustituible de los problemas concretos, de modo que sigue siendo necesaria la colaboración entre los distintos niveles de gobierno”³¹.

Las necesidades reforzadas de coordinación ante emergencias sanitarias, no obstante, ya se prevenían en alguna de las normas sanitarias citadas por lo que esto no existía obstáculo que impidiera al gobierno central armonizar enfoques diversos. Lo cierto es que varias de las medidas tomadas inicialmente se adoptan precisamente en el seno de los órganos de coordinación y no por las autoridades autonómicas competentes (confinamiento de Haro, suspensión escolar de Madrid, País Vasco y La Rioja). ¿Era necesario el estado de alarma sobre todo para que el gobierno del Estado “escenificara” un nuevo estadio en la lucha contra el COVID-19? ¿Estamos ante un paso gradual para actuar más eficazmente contra la pandemia?

En línea con lo apuntado por DOMÉNECH un cierto solapamiento o “redundancia competencial” puede ser positivo “a fin de mitigar el riesgo de que algunas de ellas se vean en la imposibilidad de ejercer sus competencias o, por las razones que sean, no las ejerzan efectivamente como sería deseable. El ordena-

miento prevé que un mismo tipo de medidas pueda ser activado por distintas administraciones (DOMÉNECH hace alusión también a lo previsto en el 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local) favoreciendo una cierta modulación y complementariedad en el enfoque de estas situaciones”. Incluso, el distinto ritmo de evolución del contagio es un elemento que podría aconsejar un enfoque descentralizado o modular, de las medidas que redundaría en su proporcionalidad³². No es de esa opinión CARMONA que saludaba el establecimiento del estado de alarma como vía de “afrontar de forma idónea y con la máxima efectividad un contexto de emergencia cualificado como el actual ni puede hacerse depender de la actitud de los sujetos llamados a actuar ni tampoco fragmentarse mediante la adopción de medidas procedentes de los distintos responsables públicos que pueden generar situaciones contradictorias de difícil comprensión para la ciudadanía”³³.

A nuestro juicio, la “centralización” que provoca el estado de alarma no deber ser un fin en si mismo, sino que debe ser funcional a una mejora en la lucha contra el coronavirus. La pregunta por tanto debería ser si la aproximación multinivel es eficaz y permite combatir la evolución de la pandemia o si, por el contrario, las medidas de centralización reforzada del estado de alarma, que van más allá del papel coordinador ordinario que en materia sanitaria tiene el Ministerio de Sanidad, aportan una mejor gestión de la crisis.

Tenemos ejemplos de que algunas de las medidas de centralización se revelaron rápidamente ineficaces. La inicial validación obligada de los tests positivos por una segunda confirmación en un único centro en Madrid se confirmó como un cuello de botella para agilizar la detección ágil de personas infectadas y fue revertida. Experiencias comparadas, como la alemana, con un elevado número de laboratorios acreditados distribuidos territorialmente muestran que, para eso, es mejor la descentralización³⁴. También las obligaciones centralizadas de información y requisas de material sanitario acordadas al amparo del estado de alarma tuvieron un efecto rebote desabasteciendo a los sistemas sanitarios autonómicos de material sanitario de primera necesidad y desviando partidas ya contratadas a otros países más ágiles en la contratación³⁵.

Por eso una intervención complementaria estatal y autonómica con conductos de coordinación parece una buena solución dada la estructura de nuestro sistema sanitario descentralizada en su gestión. Vivimos en un Estado complejo en el que el gobierno central tiene competencias sanitarias de gestión en materia de sanidad exterior y de coordinación del sistema, pero

³² Hay opiniones científicas que defienden precisamente esa sectorización de las medidas para adaptar la respuesta a la situación geográfica concreta. <https://www.lavanguardia.com/vida/20200323/4840638357/confinamiento-total-espana-estado-alarma-china-coronavirus.html>.

³³ https://elpais.com/elpais/2020/03/13/opinion/1584124546_672346.html?ssm=TW_CC.

³⁴ <https://elpais.com/sociedad/2020-03-13/muchos-positivos-pocas-victimas-mortales-y-una-deteccion-temprana-en-alemania.html>.

³⁵ https://www.abc.es/sociedad/abci-defensa-perdido-millon-mascarillas-por-que-empresa-productora-china-temio-requisaran-202003210137_noticia.html.

https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-20/ayuso-illa-material-frontera-covid19-coronavirus_2507983/.

³¹ <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20200315/articulo-xavier-arbos-estado-de-alarma-y-autonomia-7890832>.

en el que las comunidades autónomas gestionan los servicios de salud, por lo que es necesaria, y parece que así está sucediendo, un contacto y coordinación constante entre el ministerio y las Comunidades autónomas. De hecho, más allá de que el RD del estado de alarma únicamente haya nombrado como autoridades competentes a cuatro ministros (aunque la LO 4/1981 permitía la existencia de autoridades autonómicas), lo cierto es que las órdenes de desarrollo integraron en el mando de la crisis a las autoridades autonómicas³⁶. Estas autoridades autonómicas siguieron adoptando medidas ablativas y limitativas, diferentes de las tasadas en el RD del estado de alarma, que en algunos casos se replicaron para todo el territorio español (ej. Cierre de peluquerías, aunque el estado de alarma permitía la apertura) y en otros casos quedaron circunscritas a su espacio autonómico (ej. Permisos parciales de caza o de compartir vehículos, intervención de la sanidad privada, aumento de las distancias de seguridad³⁷).

Favorecer que, dentro de una coordinación que parece estar existiendo desde el inicio de la crisis, exista una cierta flexibilidad en los enfoques tiene otro elemento positivo al permitir el ensayo de fórmulas innovadoras de abordar la crisis que, posteriormente podrán ser escaladas a todo el sistema si se revelan adecuadas. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, con la generalización de pruebas en parkings hospitalarios como alternativa más rápida frente a las pruebas domiciliarias para aumentar la cantidad de test diarios realizados para atajar la expansión del virus o el recurso a impresoras 3D para fabricar respiradores.

Además, permite aprovechar sin dilaciones el conocimiento concreto de la organización de los servicios sanitarios, de sus fortalezas y debilidades, del que disponen las autoridades sanitarias ordinarias, que son las autonómicas. O del tejido industrial para detectar capacidades a la hora de abastecer el mercado con productos sanitarios escasos. Un conocimiento acumulado que es crucial en una emergencia para actuar con agilidad. Construir desde la nada una estructura de gestión sanitaria inexistente pospone en el tiempo la adopción de decisiones relevantes y obliga a actuar con muy poca información acumulada, como evidencia que la constitución del Comité científico de asesoramiento haya tardado más de una semana (no desde el inicio de la crisis, sino desde el posterior decreto de alarma)³⁸.

Las medidas deben ser proporcionadas, estar motivadas y acotadas en el tiempo y ser lo menos restrictivas posible para conseguir su finalidad, pero en todo caso también deben ser

flexibles y ágiles. El viejo Derecho administrativo sectorial, al igual que la regulación del estado de alarma, es sumamente parco en desarrollos procedimentales. Como advertía CIERCO (2008, 218) “las carencias advertidas en la regulación de la LOMESP, entiendo que sólo en parte puede justificarlas. Porque la flexibilidad no está reñida con una mayor determinación y exactitud y porque a la vista de los derechos que pueden ser sacrificados es mucho más lo que se podría esperar y exigir”. Son los principios generales de proporcionalidad y *favor libertatis* y las garantías judiciales existentes los contrapesos más evidentes a esa parquedad normativa. En el caso del prácticamente inexplorado estado de alarma los contrapesos a la excepcionalidad de las medidas se concretan en su temporalidad y en el engarce constitucional directo que tiene esta situación, además de la interpretación sobre sus límites que ofrece la STC83/2016, de 28 de abril de 2016.

Más allá del evidente, y probablemente principal, efecto competencial –y de las repercusiones sociológicas y psicológicas en el conjunto de la población– que tuvo la declaración del estado de alarma, no parece que pueda afirmarse que entre una u otra forma de abordar la gestión de la crisis –Derecho sanitario vs. Estado de alarma– existan grandes diferencias en cuanto al alcance concreto de las medidas que permiten. Tampoco aquí el clásico dilema de si es mejor mamá o papá, tiene una contestación evidente en términos de cambios relevantes en el alcance de las medidas para la gestión de la crisis, salvo si lo pretendido era, precisamente, el desapoderamiento competencial de los gestores sanitarios autonómicos.

No obstante, parece que el avance del coronavirus y la generalización territorial de la restricción de movimientos, la incidencia indirecta que tiene también en el derecho de manifestación, y su alargamiento temporal debería conducir a usar el mecanismo constitucional previsto para suspensiones generales de derechos extendidas en el tiempo que sería más claramente el estado de excepción, como apuntaban ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELA. Un mecanismo sometido a un control parlamentario previo y constitucionalmente previsto para restricciones de esta entidad.

Las insistentes demandas de varias comunidades autónomas de adopción de medidas más estrictas de paralización de la actividad económica y los transportes para ir hacia un confinamiento prácticamente absoluto³⁹, reabre el debate que plantean estas páginas sobre cual es el instrumento jurídico más adecuado para cada tipo de medidas. En el momento en que cerramos estas páginas el gobierno de Murcia “ordena el cese de todas aquellas actividades que no sean esenciales para la subsistencia y el abastecimiento de la población”, medida tomada en virtud del artículo 4.3 del Real Decreto del Estado de Alarma y exige “que sea ejecutada por la autoridad competente o, en su caso, ratificada para que la Comunidad Autónoma pueda ejecutarla”⁴⁰. Continuará... ❖

³⁶ Disposiciones octava a duodécima de la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-1 (BOE de 15 de marzo). Se habilita a las Comunidades autónomas para seguir adoptando medidas en relación con espacios o profesionales sanitarios, para dictar resoluciones interpretativas, en definitiva, para seguir gestionando sus sistemas de salud.

³⁷ Resolución do 21 de marzo de 2020, da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, pola que se dá publicidade ao Acordo do Centro de Coordinación Operativa (Cecop), do 21 de marzo de 2020 (DOG de 22 de marzo).

<https://www.lavanguardia.com/vida/20200323/4840649659/ume-cataluna-hoteles-clinicas-privadas-hospitales-centros-asistencia-coronavirus.html>.

³⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/PageNotFound.aspx?requestUrl=/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2020/210320comite.aspx>.

³⁹ <https://elpais.com/espana/2020-03-22/las-autonomias-urgen-a-repartir-material-y-plantean-endurecer-el-confinamiento.html>.

⁴⁰ [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=106996&IDTIPO=10&RASTRO=c\\$m122,70](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=106996&IDTIPO=10&RASTRO=c$m122,70).

BIBLIOGRAFÍA

Nota: El obligado confinamiento y la novedad de la situación acota las fuentes bibliográficas disponibles.

- ALEGRE ÁVILA, J. M., SÁNCHEZ LAMELA, A. (2020), "Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica", <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.
- ARBÓS, X., "Estado de alarma y autonomía", *El Periódico*, 15.3.2020. <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20200315/articulo-xavier-arbos-estado-de-alarma-y-autonomia-7890832>.
- CARMONA, A., "El estado de alarma, ¡por fin!", 14.3.2020, https://elpais.com/elpais/2020/03/13/opinion/1584124546_672346.html?ssm=TW_CC.
- CHAVES, J.R., "El hotel fue el primero: cerco contencioso-administrativo al coronavirus", 11.3.2020, <https://delajusticia.com/2020/03/11/el-hotel-fue-el-primero-cerco-contencioso-administrativo-al-coronavirus/>.
- CIERCO SIEIRA, C. (2005), "Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *Derecho y salud*, vol. 13, N.º 2, 2005.
- DÍAZ REBORIO, FJ. (2020), "Cosas de juristas", <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/>.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., "Competencia autonómica para adoptar medidas de contención", 13.3.2020, <https://almacendederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>.
- PRESNO LINERA, M., "El coronavirus SARS-CoV-2 en la sociedad del riesgo global: alarma y precaución", 11.3.2020, <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/11/el-coronavirus-sars-cov-2-en-la-sociedad-del-riesgo-global-alarma-y-precaucion/>.
- PRESNO LINERA, M., "Breves y provisionales consideraciones sobre el alcance del estado de alarma que se va a decretar", 14.3.2020 <https://presnolinera.wordpress.com/2020/03/14/breves-y-provisionales-consideraciones-sobre-el-alcance-del-estado-de-alarma-que-se-va-a-decretar/>.
- TAJADURA TEJADA, J., "Derecho de crisis y constitución", *El País*, 20.3.2020, https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html.
- TOLOSA TRIVIÑO, C., "El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa", *Diario La Ley*, N.º 9598, Sección Doctrina, 20 de marzo de 2020, https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDcyNzM7Wy1KLizPw8WYMDI6CYoQVIID0t0iU_OaSyINU2LTGnOBUAwyHk0DUAAAA=WKE.
- VELASCO CABALLERO, F., "¿Qué son las 'medidas' gubernativas dictadas en estado de alarma?", 21.3.2020, <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/03/21/que-son-las-medidas-gubernativas-dictadas-en-estado-de-alarma/>.
- VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D. (2011), "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto.

NOVEDAD

DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL. Volumen II DELITOS ECONÓMICOS

Dirección
JAVIER BOIX REIG

Autores

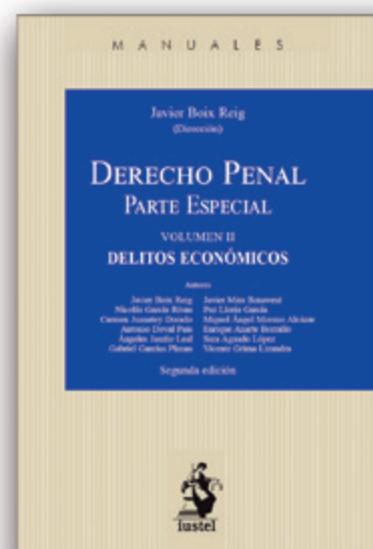
Javier Boix Reig	Javier Mira Benavent
Nicolás García Rivas	Paz Lloria García
Carmen Juanatey Dorado	Miguel Ángel Moreno Alcázar
Antonio Doval Pais	Enrique Anarte Borralló
Ángeles Jareño Leal	Sara Aguado López
Gabriel Garcías Planas	Vicente Grima Lizandra

ISBN: 978-84-9890-380-5. 990 páginas. 65,00 € IVA incluido

Este segundo volumen del Derecho Penal, Parte Especial, cuyos autores son profesores en distintas universidades españolas y, algunos de ellos, profesionales en el ejercicio del derecho, comprende el examen de los delitos patrimoniales y socioeconómicos (de ahí, el subtítulo del volumen: Delitos económicos), atendiendo a las profundas reformas legales de los últimos años.

El libro mantiene los objetivos perseguidos por el primer volumen y por la edición precedente. Esto es, permitir a los lectores, incluidos los estudiantes, un análisis comprensivo tanto de la vertiente teórica de tales delitos, como de su dimensión práctica.

Igualmente, pretende ser útil a los profesionales del Derecho, proporcionando una perspectiva práctica y jurisprudencial, que resulta cada vez más relevante, debido a la vaguedad de las disposiciones legales, entre otros problemas interpretativos.



Para más información  www.iustel.com

LECTURA DE URGENCIA DE LAS REACCIONES FRENTE AL COVID-19 DESDE UNA ÓPTICA JURÍDICA INTERNACIONAL Y COMPARADA

SUSANA DE LA SIERRA*

I. INTRODUCCIÓN

La primera comunicación oficial sobre lo que hoy conocemos como COVID-19¹ se realizó el 31 de diciembre de 2019 por las autoridades chinas, en concreto por la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei)². El foco que constituyó durante un tiempo la zona 0 del nuevo virus

* Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ La Organización Mundial de la Salud (OMS) comunicó el 11 de febrero el nuevo nombre del virus siguiendo su código de buenas prácticas para la denominación de enfermedades nuevas: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200211-sitrep-22-ncov.pdf?sfvrsn=fb6d49b1_2 [último acceso: 23 de marzo de 2020. Todos los accesos a enlaces de Internet en el presente trabajo lo son a esta fecha].

² Se sigue aquí la información oficial publicada por la Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

se desató tras la aparición de un nuevo agente patógeno de la familia de los coronavirus, según las hipótesis iniciales a raíz de su transmisión a partir de animales de un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos³. Dicho agente, sin embargo, y a falta todavía de estudios concluyentes, parece que circulaba ya desde meses anteriores. La notificación inicial de las autoridades chinas realizada el 31 de diciembre refería 27 casos de neumonía de etiología desconocida con inicio de síntomas el 8 de diciembre y 7 casos graves. El 7 de enero asimismo autoridades chinas comunicaron que se había identificado un nuevo tipo de coronavirus como causante de las patologías, virus que pasó a denominarse SARS-CoV-2. Desde China se compartió con la comunidad internacional la secuen-

³ Nota del Ministerio español de Sanidad de 31 de enero de 2020: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Informacion_inicial_alerta.pdf.

cia genética del virus el 12 de enero, a fin de poner en marcha la maquinaria para el diseño de tratamientos y vacunas.

Desde entonces, como es conocido, el virus se ha entendido por el globo y tanto los Estados como determinados organismos internacionales se han visto abocados a tomar medidas para paliar sus efectos en un contexto caracterizado por la incertidumbre, por la ausencia de experiencia previa ante una pandemia de estas características y, probablemente, por cierta improvisación ante una realidad desconocida y cambiante. Dado que no será la última vez que algo así suceda, conviene analizar con detalle desde todas las áreas del conocimiento qué se ha hecho y qué no, por qué se ha hecho y por qué no. Con ello, habría de contribuirse al diseño de un marco jurídico y un protocolo para eventuales situaciones equivalentes que se produzcan a partir de ahora.

En esta crisis, cuyos efectos se determinarán pasado el tiempo, se han visto llamadas a intervenir diversas autoridades públicas, internacionales, estatales y subestatales, que –no siempre de forma coordinada– han intentado abordar el fenómeno desde distintas perspectivas no sólo territoriales sino también desde la protección de bienes públicos diferentes y en ocasiones en conflicto. En las líneas que siguen se persigue realizar una aproximación somera a la intervención de estas autoridades y a las enseñanzas que de forma quizás atropellada pueden

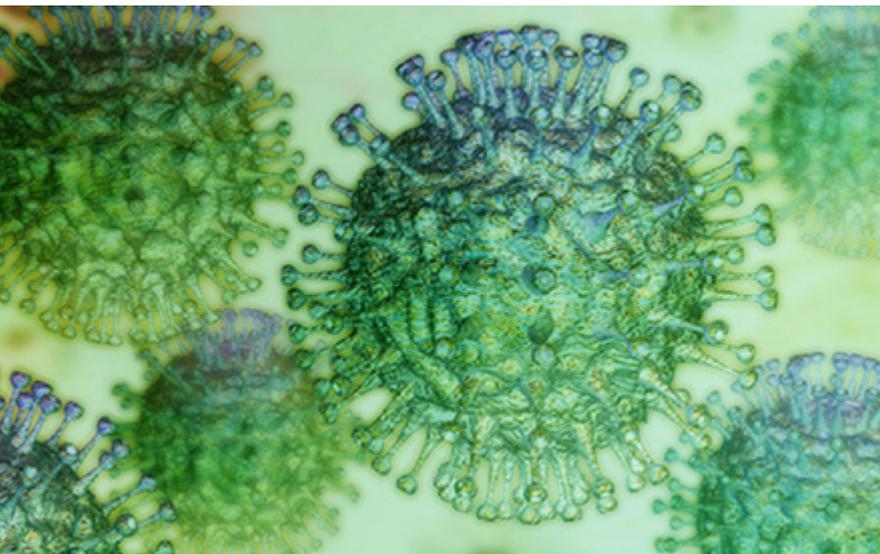
extraerse a día de hoy de cara a futuro, donde es bien previsible que hayamos de enfrentarnos a desafíos semejantes para los que conviene estar preparados.

II. INCERTIDUMBRE SANITARIA E INCERTIDUMBRE INSTITUCIONAL: TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN EN LA INCERTIDUMBRE

Las respuestas frente a la crisis sanitaria ocasionada por el surgimiento y expansión del COVID-19 han seguido patrones distintos, pero coinciden en un aspecto y es que han debido ser tomadas en una situación de incertidumbre científica. El Leviatán, así, en afortunada expresión de Esteve Pardo⁴, habría manifestado su desconcierto, viéndose obligado a abordar una realidad desconocida y de evolución asimismo ignota. Las instituciones públicas, aquí como en otros ámbitos, han debido y deben acudir al conocimiento especializado y técnico para adoptar decisiones, si bien se ha de precisar que se han de diferenciar dos planos que aun siendo complementarios son distintos. De un lado, el diagnóstico clínico, que corresponde únicamente a los expertos, diagnóstico que determinará, en la

⁴ ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.





medida de lo posible y en este caso concreto, las características del virus, sus efectos y las perspectivas de expansión. De otro lado, las decisiones públicas sobre la base de ese diagnóstico.

En relación con la primera fase del proceso de toma de decisiones, el diagnóstico clínico y la evaluación del riesgo, en ausencia de estudios en profundidad y concluyentes que tardarán en llegar, a quienes somos legos en la materia nos han llegado debates entre quienes han defendido y defienden distintas aproximaciones a esta realidad en lo concerniente a su alcance y su virulencia, en especial en los primeros momentos del brote⁵. Entre dos posturas extremas, además, se extienden varios puntos intermedios en que los distintos representantes de la comunidad científica se han posicionado y se posicionarán, una vez se cuente con más información fruto de la investigación.

En este primer debate, las instituciones públicas en sentido estricto, es decir, los órganos encargados de tomar decisiones, se encuentran ausentes, por cuanto no entra en el ámbito de sus competencias pronunciarse sobre una cuestión científica. Estos órganos aparecen, sin embargo, en la fase posterior y sobre la base, sin duda alguna, de lo acordado en esa primera fase por los órganos científico-técnicos conforme a criterios de salud pública. Y en esta fase posterior, en el momento en que se han de adoptar las decisiones para afrontar la nueva realidad, las opciones han sido dispares y con la perspectiva del tiempo se podrá conocer cuáles pueden servir cómo modelo, cuáles no y en qué contexto.

Probablemente poco espacio quede en la opinión pública para el análisis con solvencia de las distintas opciones médico-sanitarias sobre la mesa, en especial en aquellos colectivos y en

⁵ En Italia hubo a ese respecto en el mes de febrero un debate público sonado entre dos virólogos: la directora del Laboratorio de microbiología clínica, virología y diagnóstico de las bioemergencias del Hospital Sacco de Milán, la doctora Maria Rita Gismondo, y el profesor de la Universidad Vita-Salute San Raffaele de Milán, el doctor Roberto Burioni. También en España se han podido leer opiniones científicas discrepantes, incluso de quienes en el mes de febrero sostenían una opinión y en el mes de marzo otra. Esta constatación simplemente pretende reflejar la complejidad del debate científico y la convicción de que sólo transcurrido un tiempo seremos capaces de conocer el alcance real del fenómeno que ahora nos asola.

aquellos países que se caracterizan por un nivel bajo de alfabetización científica. Sin embargo, ello no quiere decir que no se puedan articular mecanismos de control. Siendo la información científica un elemento indispensable en la toma de este tipo de decisiones, puede entenderse que el control político y jurídico de las mismas ha de partir de la puesta a disposición del público de esta información, es decir, de los informes, documentos o consejos verbales que hayan contribuido a la adopción de una decisión pública. En relación con esta cuestión se ha de insistir en que la toma de decisiones públicas es en general un proceso de ponderación de bienes públicos⁶ y requiere además la aplicación, como en este caso, del principio de proporcionalidad⁷. De modo que en situaciones como la presente, organismos internacionales y Estados tienen en consideración la información médico-sanitaria, que sin embargo no es el único elemento decisorio.

Otra de las consideraciones que se han de realizar en este marco guarda relación, ya desde un punto de vista jurídico, con la aplicación de la normativa en materia de transparencia respecto de esta información⁸. El derecho de acceso se muestra aquí como una garantía no sólo de control de la acción pública, sino como un elemento indispensable para la adopción responsable de decisiones individuales y también de decisiones de otros organismos públicos que se encuentren en la tesitura de tener que actuar conforme a sus propias competencias. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, es un anclaje suficiente para esta publicidad activa, en su caso, o para requerir la información en caso contrario⁹. Es cierto que el artículo 14

⁶ Sobre la ponderación como técnica jurídico-administrativa existe una ingente bibliografía, así como un encendido debate doctrinal entre defensores y detractores. Me permito remitirme por todos en este momento a ORTEGA, L. / DE LA SIERRA, S. (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, con contribuciones desde el Derecho Administrativo y desde la Filosofía del Derecho.

⁷ En el año 2007, la OMS publicó un documento de "Consideraciones éticas en el desarrollo de una respuesta de salud pública ante una pandemia de gripe" [https://www.who.int/csr/resources/publications/WHO_CDS_EPR_GIP_2007_2c.pdf]. Entre las consideraciones consta como número uno la que indica que se han de ponderar los distintos derechos, intereses y valores. En esta rúbrica se apela de forma expresa al principio de proporcionalidad en aquellos supuestos de medidas que limiten los derechos y libertades fundamentales y se ha de recordar que este principio ha sido invocado en la presente crisis en diversas ocasiones por el Director General de la OMS. Además, se indica en el documento que "la ética no ofrece un conjunto de políticas públicas obligatorias, sino que en realidad las consideraciones éticas vendrán determinadas por el contexto local y los valores culturales". Ciertamente, este documento se elabora en el marco de una pandemia concreta, de gripe en este caso, pero la actuación de la OMS y los principios que la guían se construyen justamente a la luz de su experiencia en pandemias previas.

⁸ Esta obligación de transparencia también se contiene en el documento de Consideraciones éticas de la OMS citado en nota anterior, donde se señala que las decisiones de política pública y sus justificaciones deberían hacerse públicas y estar sujetas al escrutinio público.

⁹ Sobre el marco europeo del principio de transparencia y el acceso a la información, me remito a GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011. Sobre la naturaleza del derecho de acceso, v. RAMS RAMOS, L., *La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental*, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 160, 2013, pp. 155-188. En fin, y ya más en concreto, sobre el régimen jurídico actualmente vigente, con un exhaustivo análisis de su funcionamiento real, v. MARTÍN DELGADO, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019. Por el potencial impacto en la salud pública, así como por las características de incertidumbre científica que en muchas ocasiones presiden también este sector del orde-

prevé un elenco de supuestos que permitirían en su caso limitar el derecho de acceso. Sin embargo, no parece que en este caso resulten de aplicación ante el bien jurídico superior que constituye la salud pública.

Además de lo anterior, se ha de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que contempla el derecho a la información de la ciudadanía en materia de salud pública y establece distintos supuestos, en particular ahora los establecidos en las letras c) y d):

“c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.

d) Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo”.

La propia ley en el artículo 1 define la salud pública como “el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”.

En fin, y en lo que respecta al intercambio de comunicación entre Administraciones Públicas, cabe pensar aquí en un marco jurídico equivalente al ya existente en materia de seguridad alimentaria, que cuenta incluso con regulación a nivel europeo fruto de la concienciación sobre el riesgo en este ámbito a raíz fundamentalmente de algunas crisis alimentarias surgidas en los últimos años del pasado siglo, como la encefalopatía espongiforme bovina o las aves con dioxinas. Sobre la base del Libro Blanco sobre la Seguridad Alimentaria, donde se propone la creación de un marco jurídico común de la seguridad alimentaria, se adoptó el Reglamento (CE) nº 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Dicho Reglamento regula entre otras cuestiones de forma específica la comunicación del riesgo¹⁰ y, con carácter general, se ha de señalar que esta reacción normativa se centró en definir el concepto de riesgo, establecer los principios de actuación generales ante un eventual riesgo, dotar de un sistema institucional propio para la evaluación y

namiento, presenta interés en particular el capítulo de ALONSO, C., “Transparencia en el ámbito del medio ambiente”, pp. 251-299.

¹⁰ Al respecto v. RODRIGUEZ FONT, M., *La política europea en materia de seguridad alimentaria*, en Luis Ortega Álvarez (dir.), “La seguridad integral europea”, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 311-345.

gestión del riesgo, así como garantizar la transparencia y la información en todo el proceso.

En el ámbito concreto que ahora nos ocupa, en Europa existe el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, cuyo objetivo principal es justamente garantizar la coordinación entre los Estados Miembros ante las enfermedades infecciosas¹¹. Cabe pensar, de cara a futuro, que este anclaje institucional puede servir de palanca para articular un marco jurídico más acorde con la situación actual y unos protocolos de actuación conjunta más efectivos.

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD EN LA PRESENTE CRISIS: ALGUNAS PINCELADAS SOBRE EL DESARROLLO DE LOS ACONTECIMIENTOS

El 22 de enero de 2020, se reunió el Comité de Emergencias de la Organización Mundial de la Salud¹² para realizar una primera evaluación del brote del nuevo coronavirus y decidir si se declaraba o no la *situación de emergencia de salud pública de importancia internacional* conforme al Reglamento Sanitario Internacional¹³. Aquel día no hubo consenso y el Director General de la OMS, el etíope oriundo de Eritrea Tedros Adhanom Ghebreyesus, especialista en medicina comunitaria y enfermedades infecciosas, realizó una Declaración donde aludía a la “situación compleja y cambiante”, agradecía la transmisión de información al Gobierno chino, pero afirmaba que antes de tomar una decisión era necesario contar aún con mayor información. Concluía de este modo: “La decisión de declarar este brote emergencia de salud pública de importancia internacional es una cuestión que estoy estudiando muy seriamente y que solo tomaré habiendo tenido debidamente en cuenta todas las pruebas disponibles”. Remitiéndose al trabajo del equipo de la OMS en China con funcionarios y expertos locales, reenviaba la eventual toma de su decisión al día siguiente¹⁴.

Tras la reunión del 23 de enero, el Director General de la OMS decidió no declarar la situación de emergencia de salud públi-

¹¹ <https://www.ecdc.europa.eu/en/about-us/what-we-do/country-support>.

¹² La conformación del entonces denominado Comité de Emergencias sobre neumonía derivada del nuevo coronavirus 2019-nCoV se encuentra disponible en <https://www.who.int/ihr/procedures/novel-coronavirus-2019-ec-22012020-members/en/>. Se trata de un total de 15 miembros y 6 asesores, todos ellos presididos por el francés Didier Houssin, con experiencia, entre otras materias, en diseño de protocolos de actuación frente a pandemias de gripe. Los nombres, la afiliación, la procedencia geográfica y la biografía se incluyen en la información ofrecida al público, siendo sencillo así realizar un rastreo de su perfil técnico para quien tuviera interés en conocer quién está realizando diagnósticos y proponiendo medidas que pueden ser tenidos en consideración para la adopción de políticas públicas y decisiones concretas, como en este caso la posible Declaración de situación de emergencia de salud pública de importancia internacional, que es competencia del Director General de la OMS oído el Comité.

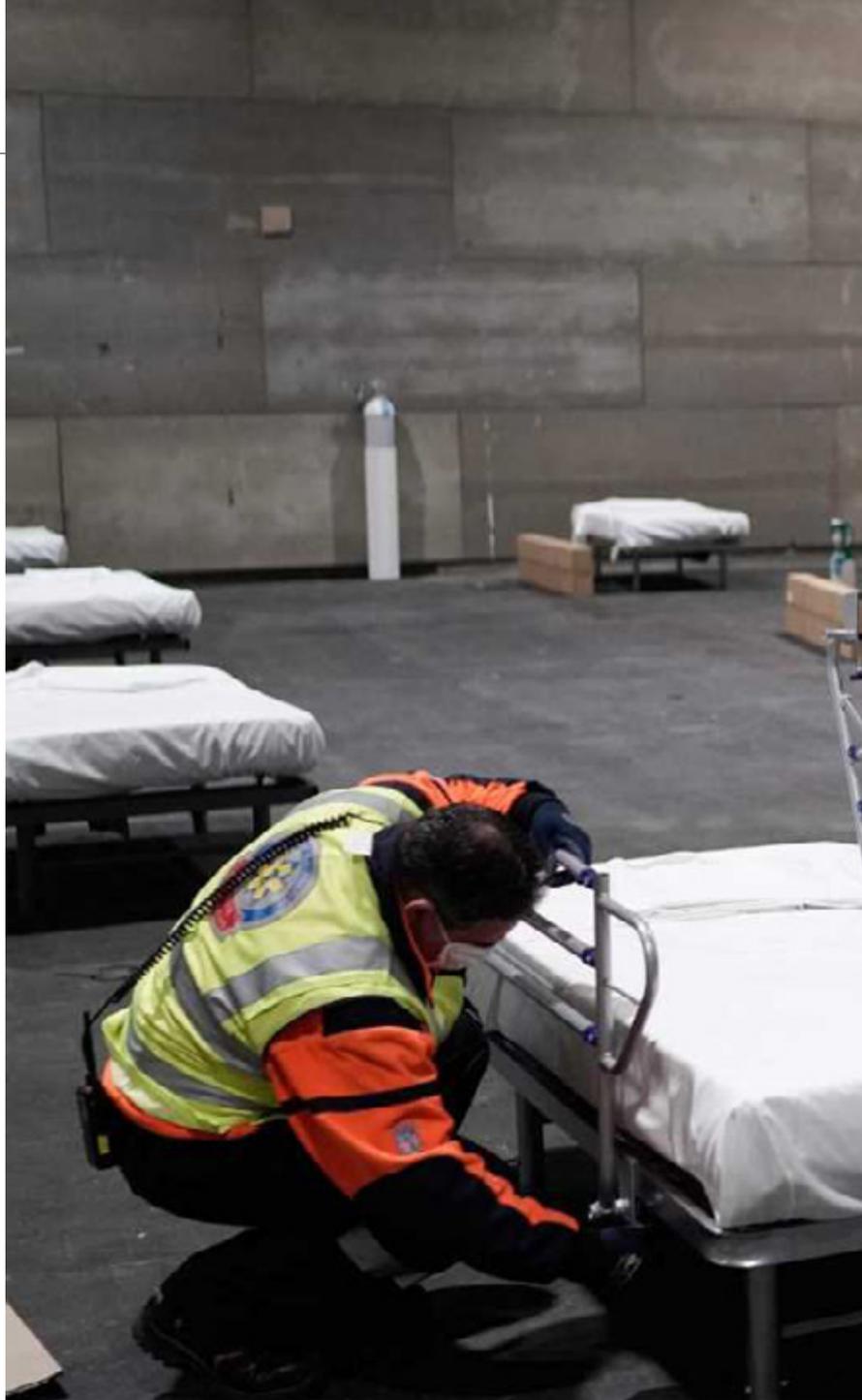
¹³ El Reglamento Sanitario Internacional es un acuerdo internacional adoptado en el año 2005 por la Asamblea Mundial de la Salud, en vigor desde el 15 de junio de 2007 y del que forman parte 196 países a día de hoy, entre ellos España. El Reglamento de 2005 sustituyó al anterior de 1969 y se pretendía más ambicioso, “por el aumento de los viajes y el comercio internacional”.

¹⁴ <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus>.

ca de importancia internacional, dada la inexistencia de consenso en el seno del Comité de Emergencias. Si constató que se trataba de una emergencia en China y constaban casos de contagio en otros países, pero no había alcanzado “todavía” la dimensión de una emergencia sanitaria mundial¹⁵. Sobre el nuevo virus, destacó la situación de incertidumbre científica existente, partiendo de que “el virus puede provocar síntomas graves y [...] puede ocasionar la muerte, aunque en la mayoría de los pacientes produce síntomas más leves”. Ya entonces se había vinculado el estado de gravedad con la presencia de determinadas patologías previas, pero se desconocía la capacidad de contagio, así como la dimensión de la gravedad o cuadro clínico de la enfermedad que provoca.

Desde el punto de vista de las recomendaciones sobre la base de ese diagnóstico, se dio entonces la indicación de las medidas de higiene que podían realizarse a título individual, como lavarse las manos y cubrirse boca y nariz al estornudar, no se recomendó la adopción de medidas restrictivas de viajes o comercio, pero sí que se realizaran reconocimientos médicos *de salida* en los aeropuertos y que “*todos los países* [aplicaran] medidas para detectar casos de coronavirus, en particular en los centros sanitarios”. El Director General concluía su Declaración subrayando la gravedad de la situación e informando de sus líneas de actuación, algunas de ellas ya en marcha: 1) evitar que el virus se transmita entre personas; 2) ofrecer información a todos los países para detectar, atender y confinar rápidamente los casos de infección; 3) coordinar sus redes de expertos mundiales, y 4) desarrollar cuanto antes un diagnóstico, un tratamiento y una vacuna para la enfermedad¹⁶.

El 30 de enero de 2020, el Director General de la OMS reunió de nuevo al Comité de Emergencias y, atendiendo a su informe, declaró la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional y acordó publicar el acta de la reunión¹⁷. Entre otras cuestiones, el Comité puso de manifiesto que “todavía es posible interrumpir la propagación del virus, si los países aplican medidas sólidas para detectar pronto la enfermedad, aislar y tratar los casos, hacer seguimiento de los contactos y promover medidas de distanciamiento físico en las relaciones sociales *que estén en consonancia con el riesgo*”. Con este último inciso se apostaba por la aplicación del principio de proporcionalidad, uno de los que rigen la actuación del organismo¹⁸. Apoyando la misión a China para estudiar la situación sobre el terreno, con carácter general el Comité instó a la OMS, entre otras cuestiones, a 1) seguir sirviéndose de sus redes de expertos técnicos para evaluar la mejor manera de contener el brote; 2) intensificar el apoyo a la preparación y la respuesta; 3) alentar la puesta en marcha de medidas para obtener medios diagnósticos, tratamientos y vacunas; y 4)



examinar oportunamente y con transparencia la situación y actualizar sus recomendaciones de base científica. Por otro lado, no se recomendaba imponer ninguna restricción a viajes o comercio, menos aún se proponían medidas concretas de confinamiento.

El avance del virus desde entonces se aceleró, se propagó a más Estados, se intensificaron los contagios y las tensiones en los sistemas sanitarios. Tan es así, que la OMS declaró la situación de pandemia el 11 de marzo de 2020¹⁹. Ante esta realidad, también la OMS se ha ido adaptando a la situación cambiante, siendo así que la información más detallada con pautas de actuación más concretas dirigidas sobre todo a los Gobiernos sólo ha sido ofrecida a medida que transcurría el tiempo²⁰. Probablemente ello sea debido a sus propias limitaciones como organismo internacional que depende de la voluntad de los Estados, a los difíciles equilibrios que se guardan en estos organismos y a su escasa capacidad de acción ejecutiva por los motivos anteriores, quizás para frustración de sus

¹⁵ <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-the-advice-of-the-ihc-emergency-committee-on-novel-coronavirus>.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ [https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

¹⁸ El artículo 2 del Reglamento Sanitario Internacional dispone que “[l]a finalidad y el alcance de este Reglamento son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública *proporcionada y restringida a los riesgos* para la salud pública y evitando al mismo tiempo las *interferencias innecesarias* con el tráfico y el comercio internacionales”.

¹⁹ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

²⁰ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>.



representantes. Es una buena ocasión, por lo tanto, y en la medida en que en el futuro se puedan replicar pandemias como la presente, para repensar la estructura, las vías de comunicación, las competencias y la capacidad de acción ejecutiva de este organismo.

IV. LA INTERVENCIÓN DE OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES: CRISIS GLOBAL Y DÉFICIT DE GOBERNANZA GLOBAL

Ante una crisis de salud pública como es la pandemia del COVID-19, el liderazgo lo habría de llevar el organismo especializado en la materia. Sin embargo, las decisiones a adoptar en las crisis de salud pública, como estamos presenciando, no se residen únicamente en los departamentos de sanidad, sino que afectan a todas las esferas de la vida individual y colectiva, de modo que resulta capital tratar de conciliar los distintos bienes públicos²¹.

²¹ Me remito aquí a lo ya expuesto al aludir al documento de la OMS sobre “Consideraciones éticas en el desarrollo de una respuesta de salud pública ante una pandemia de gripe”. En España, un estudio pionero sobre la ac-

El Reglamento Sanitario Internacional contiene numerosas disposiciones para encauzar la cooperación entre la OMS y los Estados parte del Reglamento. Además, el artículo 14 incorpora un llamamiento a la cooperación con otros organismos internacionales. En la actual crisis, por ejemplo, se han propuesto acciones coordinadas para la protección de la infancia con Cruz Roja y UNICEF²² o para abordar los efectos en las empresas con la Cámara Internacional de Comercio²³.

Por su parte, otros organismos han realizado propuestas o han tomado medidas en el ámbito de sus respectivas competencias. Es el caso, por ejemplo, de la UNESCO, que ha planteado los desafíos para la educación en un contexto como el actual, en especial en aquellos países, comunidades o grupos sociales que carecen de los instrumentos necesarios para garantizar el

tuación de las Administraciones Públicas ante riesgos sanitarios es el de César Cierco Seira, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

²² <https://www.who.int/news-room/detail/10-03-2020-covid-19-ifrc-unicef-and-who-issue-guidance-to-protect-children-and-support-safe-school-operations>.

²³ <https://www.who.int/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>.

aprendizaje a distancia²⁴. Y el Banco Central Europeo, como es notorio, también ha procedido, por ejemplo, a anunciar un programa de compras de deuda y ha animado a los Estados a adoptar medidas del mismo corte²⁵.

Como en crisis anteriores, aunque de otra índole, la actual muestra las carencias que a día de hoy presenta el actual sistema de gobernanza²⁶. Problemas globales requieren quizás no soluciones globales pero sí coordinación entre organismos internacionales y Estados a distintos niveles²⁷. En este sentido, y a futuro, cabe esperar una reorganización de los protocolos y los procedimientos, a fin de garantizar respuestas más ágiles y eficaces, de forma coordinada.

V. APROXIMACIÓN A DETERMINADAS REACCIONES NACIONALES

El análisis de las distintas estrategias nacionales requerirá también tiempo y como es lógico tendremos que esperar a que quienes conocen el sistema político y jurídico correspondiente, además de la lengua, detallen el contenido, el alcance y los resultados de las medidas adoptadas²⁸. Más allá del camino

²⁴ <https://en.unesco.org/news/covid-19-10-recommendations-plan-distance-learning-solutions>.

²⁵ https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318_1~3949d6f266.en.html.

²⁶ Como es conocido, interrogantes semejantes se plantearon con la crisis económica y financiera del año 2008, interrogantes que fueron abordados en una ingente bibliografía, de la que en este momento propongo dos referencias: ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y otros (dirs.), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: El papel de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2014; DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Las respuestas de la Unión Europea a la crisis financiera global. Especial referencia a la nueva arquitectura europea de regulación y supervisión de los mercados financieros*, Noticias de la Unión Europea, núm. 325/2012, pp. 25-36.

²⁷ A ello me he referido en <https://gabeirasyasociados.com/respuestas-y-medidas-publicas-antes-el-covid-19-las-limitaciones-de-una-sociedad-globalizada/>.

²⁸ Además de otras iniciativas comparadas que se encuentran en proceso, espacios como Verfassungsblog están ya abundando en esta línea: <https://verfassungsblog.de/>.

seguido por China, donde se aisló a una región concreta, que en este momento avista la luz y que afronta el futuro con un posicionamiento geopolítico que no cabe despreciar, cabe exponer aquí en síntesis las medidas de un Estado de estructura política y jurídica parecida al nuestro, como es Italia, para con posterioridad realizar algunas consideraciones respecto de otras latitudes.

En Italia, ya el 22 de enero, es decir, coincidiendo con la primera reunión del Comité de Emergencias de la OMS por esta causa, se adoptaron las primeras medidas de cautela: 1) se empezaron a controlar los vuelos procedentes de Wuhan midiendo la temperatura a los pasajeros; 2) se envió una circular al personal sanitario indicando las características del nuevo virus; 3) se envió asimismo una circular a las regiones con la información relevante y con indicaciones sobre el tratamiento de los potenciales pacientes así como de las precauciones a adoptar por el personal sanitario; 4) se ofrecieron recomendaciones para los viajeros a China; y 5) se detalló qué instituciones formarían parte de la denominada *task force*, a saber, un conjunto de direcciones generales e instituciones competentes en distintos aspectos de la salud pública²⁹.

El 30 de enero, tras la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional por la OMS, el Gobierno italiano suspendió los vuelos de y hacia China, para a continuación acordar el 31 de enero en Consejo de Ministros la emergencia nacional por una duración de seis meses³⁰, sobre la base del decreto legislativo de 2 de enero de 2018 (Código de Protección Civil)³¹ y, en particular, de sus artículos 7.1.c) y 24.1. El artículo 7 contempla la tipología de situaciones de emergencia de protección civil y la letra c) incluye el siguiente supuesto: “emergencias de alcance nacional relacionadas con catástrofes de origen nacional o que derivan de la actividad humana y por razones de su intensidad o extensión requieren, de intervención inmediata, ser afrontadas con medios y poderes extraordinarios que serán utilizados durante períodos de tiempo limitados y predefinidos, conforme a lo dispuesto en el artículo 24”³². El artículo 24, que regula el procedimiento para la declaración del estado de emergencia, establece en su apartado 3 que la duración del estado de emergencia de alcance nacional no puede superar los 12 meses y puede ser prorrogado por un nuevo período máximo de 12 meses. Desde este momento, en el sitio internet del Gobierno italiano se ofrece información normativa y sanitaria de todas las medidas que se van adoptando³³.

Se constituye una unidad de crisis con representación de varios Ministerios y, en aplicación de la normativa correspondiente al estado de emergencia, el Director de Protección Civil adop-

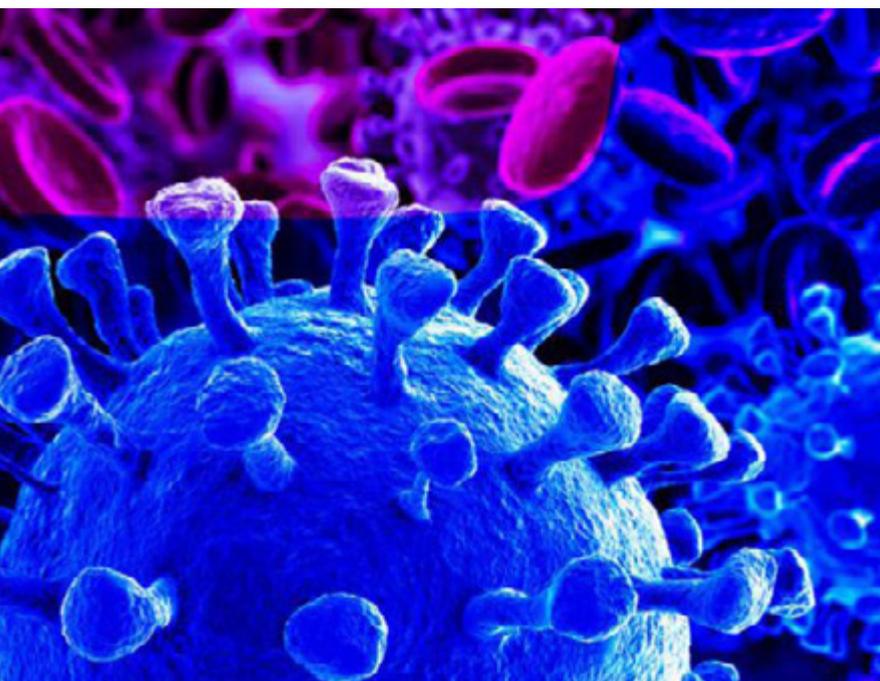
²⁹ El sitio oficial del Gobierno italiano que da cuenta de las medidas adoptadas sólo se refiere de manera genérica a estas medidas cautelares iniciadas el 22 de enero, información que puede completarse con la aparecida en prensa en relación con una nota enviada desde el Ministerio de Sanidad: https://www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2020/01/22/news/le_misure_in_italia_l_obiettivo_e_intercettare_subito_i_casi_sospetti-246410189?refresh_ce.

³⁰ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>.

³¹ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/22/18G00011/sg>.

³² Las traducciones son de quien firma y, por tanto, no son oficiales a ningún efecto.

³³ <http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968>.



ta actos jurídicos (*ordinanze*) para disciplinar la situación y, en concreto, coordina la actuación dirigida a realizar intervenciones de ayuda y asistencia a la población, a potenciar los controles aeroportuarios y portuarios y a repatriar a personas en países de riesgo. Para ello se apoyará en un comité técnico-científico y, para agilizar su actuación, se prevé de forma expresa, entre otros aspectos, que en ciertos supuestos se considerará de no aplicación la normativa vigente en materia de contratos públicos³⁴.

Durante los primeros días del mes de febrero se suceden reuniones a distintos niveles, incluidas reuniones del Consejo de Ministros, para realizar un seguimiento del riesgo. El 21 de febrero, el Ministro de Sanidad dicta una ordenanza sobre “ulteriores medidas profilácticas contra la difusión de la enfermedad infecciosa COVID-19” y en la misma se contienen los términos de la cuarentena obligatoria de 14 días para quienes hayan estado en contacto estrecho con un caso positivo y se establece la vigilancia activa con obligación de confinamiento domiciliario para quienes hayan estado en zona de riesgo en los últimos 14 días, incluyendo una obligación dirigida al sujeto concernido de informar a la autoridad sanitaria local³⁵.

El 23 de febrero, se eleva el nivel de las medidas y el rango normativo para su adopción, aprobándose en Consejo de Ministros el primero de los decretos-leyes que se sucederán para afrontar la crisis³⁶. Desde entonces se han ido sucediendo distintas normas y distintas medidas, algunas para zonas concretas del Estado y, en particular, Lombardía y Véneto, es decir, los lugares en que se concentra el mayor número de personas contagiadas, así como –y a mucha distancia de otras regiones– el mayor número de personas fallecidas. En particular, y entre las primeras medidas adoptadas, destaca la de suspender las obligaciones tributarias de los residentes en determinados municipios indicados en la resolución, por resultar singularmente afectados por el virus³⁷, la suspensión de competiciones deportivas de cualquier índole asimismo en las zonas indicadas en la norma³⁸, así como la suspensión de la actividad docente en esas mismas zonas, ofreciéndose indicaciones para la organización de la enseñanza a distancia³⁹. Se trata, por tanto, y en primer término, de medidas restringidas a las áreas territoriales específicamente afectadas por el virus, con un diseño de mosaico de cada una de las medidas, que indican de forma precisa cuál es su ámbito territorial de aplicación, sin extenderlo a todo el país. Además, y mediante decretos-leyes del

Consejo de Ministros, se aprueban medidas de apoyo a las familias, los trabajadores y las empresas.

Las medidas de alcance general para todo el territorio comenzarán el 4 de marzo, cuando se acuerda la suspensión de la actividad docente en todos los niveles educativos, incluidas las Universidades. A partir de ahí, se establecen disposiciones para que determinados sectores, como el judicial, se adapten al nuevo contexto de emergencia sanitaria y, en fin, el 9 de marzo se extiende el régimen singular de las regiones afectadas a todo el territorio nacional. Desde entonces y hasta la fecha se han sucedido medidas de naturaleza cada vez más restrictiva y que, en general, y salvo alguna excepción, abarcan todo el territorio nacional. Y ello a pesar del desigual impacto de la epidemia virológica, por cuanto los focos de infección se encuentran en general localizados en zonas concretas, mientras que la situación en otras zonas del país es contenida, con pequeñas excepciones justamente debido a contagio intrafamiliar por las personas que en su día regresaron desde Lombardía⁴⁰.

Del ejemplo italiano, y únicamente desde el punto de vista jurídico, cabe destacar en una primera aproximación requerida de ulterior desarrollo los siguientes aspectos: 1) la rápida conformación de un grupo de seguimiento del virus nada más reunirse el Comité de Emergencias de la OMS; 2) la clara identificación de las instituciones que participarían en el grupo de seguimiento; 3) la existencia de una normativa actualizada para la gestión de situaciones de crisis, con la identificación asimismo de los órganos responsables para la adopción de las medidas a distintos niveles; 4) la adopción de medidas individualizadas respecto de zonas concretas del territorio y su paulatina extensión al conjunto del país. En este último caso, sin embargo, conviene precisar que dado el desigual impacto del virus en el territorio nacional, medidas de conten-

⁴⁰ https://rep.repubblica.it/pwa/locali/2020/03/20/news/coronavirus_tra_i_contagiati_in_puglia_tanti_genitori_dei_ragazzi_rientrati_da_nord_il_15_aveva_la febbre-251761879/.

³⁴ http://www.protezionecivile.it/media-comunicazione/comunicati-stampa/dettaglio/-/asset_publisher/default/content/coronavirus-capo-dipartimento-firma-l-ordinanza-di-protezione-civile. Sobre el impacto de la actual normativa española en la contratación pública, v. GIMENO FELIÚ, J.M., Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y contratación pública, Observatorio de Contratación Pública [http://obcp.es/noticias/real-decreto-ley-82020-de-17-de-marzo-de-medidas-urgentes-extraordinarias-para-hacer?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=10c2b2a7e3-presentation-congreso-anual-obcp_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-10c2b2a7e3-351518425].

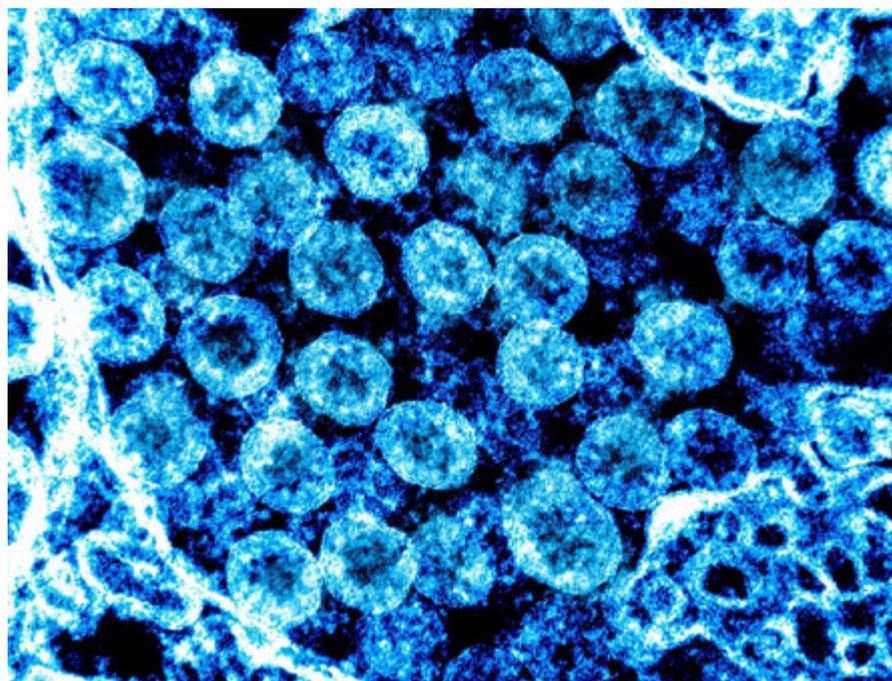
³⁵ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/22/20A01220/sg>.

³⁶ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20A01228/sg>. La sucesión de normas emanadas del Consejo de Ministros se encuentra en el sitio del Gobierno referido en nota 33.

³⁷ <http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2020/documenti/DM-Proroga-Termini-Zone-Rosse.pdf>.

³⁸ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/25/20A01278/sg>.

³⁹ *Ibidem*.





ción o de cierre real y efectivo de las zonas singularmente afectadas hubieran podido contribuir a la contención de los contagios fuera de esas zonas, permitiendo un desarrollo relativamente ordinario de las actividades en el resto del país y, por tanto, un desarrollo que hubiera podido servir de apoyo a las regiones confinadas. En el caso de China, por ejemplo, al haberse paralizado una única provincia, Hubei, y no el conjunto del país, la lógica habría sido esa.

Italia es un país de coordenadas más parecidas a las nuestras que otros países que están sufriendo la pandemia. Procede de una tradición jurídica equivalente, la cultura jurídica y la cultura general presentan muchas similitudes, la fotografía poblacional (la estructura familiar, la esperanza de vida) se acercan asimismo. En este sentido, puede tener interés conocer las medidas allí adoptadas ante el surgimiento de problemas equivalentes.

La estrategia que se ha seguido en Italia desde el principio en relación con el virus ha sido una estrategia de contención, como se ha visto, a diferencia de otros Estados, que al menos en un momento inicial, optaron por una estrategia radicalmente distinta, que coqueteaba con la denominada “inmunidad de rebaño o de contagio”, según la cual se contaba con que se contagiara un determinado porcentaje de la población, que en principio contaría con sintomatología leve o no sintomatología, y se velaría por el tratamiento del porcentaje menor que se

encontraría en una situación de gravedad fruto del contagio. Este es el caso del Reino Unido, que sin embargo decidió virar su rumbo a raíz de un informe del *Imperial College* de Londres⁴¹, entidad colaboradora de la OMS, donde se indicaba que dos estrategias eran posibles, la de mitigación o contención y la de supresión. Se aportaban argumentos singularmente a favor de la segunda. Sin embargo, se señalaba también en este informe que si bien las experiencias de supresión habían ofrecido buenos resultados en el corto plazo en países como China o Corea del Sur, estaba por ver –y aún lo está– qué sucede en el largo plazo ante eventuales rebrotes del virus y cuáles son los costes sociales y económicos de unas medidas de estas características.

Corea del Sur ha sido puesta como ejemplo de actuación contra el COVID-19, al menos en el momento actual. El acceso a la documentación oficial y a la bibliografía sobre las medidas adoptadas en Corea del Sur presenta mayores dificultades de orden lingüístico y técnico que el de países de nuestro entorno. En ausencia de estudios académicos que arrojen luz informada sobre este modelo, se han señalado hasta la fecha las siguientes fortalezas y debilidades⁴².

⁴¹ <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>.

⁴² Para el acceso a la información sobre Corea del Sur he seguido distintas fuentes recomendadas por miembros surcoreanos de una red académica de

En esencia, el protocolo de actuación en Corea se divide en cinco líneas: 1) la puesta en cuarentena de los afectados, 2) el tratamiento de los enfermos, 3) la desinfección de los entornos contaminados, 4) la realización de tests de detección del virus y 5), dado que es virtualmente imposible realizar tests a toda la población y repetirlos periódicamente, una de las medidas clave ha sido una campaña de información agresiva. En esta campaña, por un lado, se informa sobre medidas útiles para prevenir el contagio, medidas similares a las que se han repetido en todos los países. Por otra parte, el éxito del sistema depende en gran medida de la información concreta proporcionada sobre las personas contagiadas. El Gobierno lleva un registro de dichas personas e informa de su localización a través de distintos medios, incluidos mensajes de texto masivos. La implantación de una medida de estas características en los Estados europeos sin estar descartada no estaría exenta, en absoluto, de polémica, dado que aquí se cuenta con una legislación robusta en materia de protección de datos y con una población celosa de ello, más aún en el delicado ámbito de los datos concernientes a la salud.

Todo ello se complementa, además, con una fuerte inversión pública previa a esta concreta epidemia, fruto de la experiencia en epidemias pasadas y se completa asimismo con un elemento cultural. Así, se ha apuntado como debilidad del sistema que la sumisión a tests es voluntaria y que algunos colectivos (en concreto, personas mayores y determinadas agrupaciones religiosas) han optado por no someterse a los mismos. Sin embargo, la tendencia al cumplimiento de la norma jurídica o social es clave en algunas sociedades asiáticas, incluida la que nos ocupa ahora, la surcoreana. Las recomendaciones gubernamentales han sido seguidas en general por la población, que de forma inmediata, optó por medidas profilácticas no obligatorias, como el uso de mascarillas. Se ha de recordar aquí que el elemento cultural es fundamental en los estudios de Derecho Comparado⁴³. Una norma concebida en un marco jurídico y social puede no resultar operativa en otro contexto, de ahí que los trasplantes jurídicos no siempre resulten sencillos de realizar y, como los trasplantes biológicos, puedan generar reacciones en algún caso concreto⁴⁴.

Por último, se apunta como punto oscuro del modelo surcoreano las deficiencias en la comunicación producidas por la inexistencia de un canal de respuesta a las múltiples preguntas que surgen en la ciudadanía ante una situación de excepción. Algo así ha sucedido en otros Estados, en particular en España, donde los interrogantes de índole sanitaria, pero también jurídica, se suceden sin que en muchas ocasiones se ofrezca una respuesta pública a dichos interrogantes. Ello viene suplido por asociaciones, colectivos, otras Administraciones, medios de comunicación, pero resultaría aconsejable que existiera un

estudio internacional y comparado de las medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19, cuyos resultados se harán públicos en breve. En particular, me remitiría al siguiente vínculo: <https://thediplomat.com/2020/03/lessons-from-south-koreas-covid-19-outbreak-the-good-bad-and-ugly/>.

⁴³ A ello me he referido en DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2004.

⁴⁴ Muy crítico con los trasplantes jurídicos se ha mostrado siempre, por ejemplo, PIERRE LEGRAND. Vid. su trabajo «The Impossibility of “Legal Transplants”», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 11s.



canal de comunicación concreto, donde la Administración Pública ofreciera una respuesta, a modo de consulta vinculante, de general aplicación a toda la ciudadanía.

VI. BREVES CONCLUSIONES PRECIPITADAS

En las líneas que preceden se ha realizado un viaje somero histórico y geográfico que pretendía dar cuenta sucinta de la reacción de algunas instituciones públicas ante la crisis actual desatada por el COVID-19. Como es lógico, quienes no somos científicos y, sobre todo, quienes no disponemos de toda la información, no somos capaces de ofrecer soluciones a dicha crisis. Desde el ámbito del Derecho y, en concreto, atendiendo a la perspectiva concreta que acaba de exponerse, sí cabe quizás extraer algunas enseñanzas, que habrán de ser desarrolladas y completadas a medida que avance el tiempo. A modo telegráfico, y remitiéndome en consecuencia a los apartados en que se ha abundado en cada una de las cuestiones, sí parece que algunos aspectos importantes son los siguientes: 1) el fortalecimiento del principio de transparencia en relación con el proceso de toma de decisiones. En particular, la pronta información sobre los equipos de trabajo, sobre sus informes y sobre la vinculación entre dichos informes y las decisiones concretas adoptadas. Ello permite no sólo conocer y en su caso controlar el sentido de las decisiones, sino que es la base para que individuos y otras Administraciones Públicas puedan adoptar decisiones conociendo exactamente el riesgo definido por los órganos técnicos; 2) la coordinación entre órganos técnicos y políticos, fortaleciendo en su caso no sólo los mecanismos de gobernanza supranacional sino también los instrumentos de coordinación infranacional; 3) la elaboración de normativa actualizada y protocolos de actuación, que identifiquen los órganos, los procedimientos y el tipo de medidas a adoptar en cada supuesto. En este sentido, más allá del régimen jurídico específico sobre las situaciones de emergencia en España, que requeriría actualización, cabe pensar en otro tipo de instrumentos como por ejemplo los existentes en Italia; 4) el establecimiento de canales centralizados y ágiles de información sobre el agente patógeno, pero también sobre las medidas adoptadas por las instituciones públicas, para evitar lagunas interpretativas y ofrecer, en definitiva, seguridad jurídica. Estas son algunas de las conclusiones precipitadas que cabría extraer desde una óptica jurídica e institucional, si bien del texto precedente se deducen también otras, siendo por otra parte muy consciente del camino que queda por transitar. ❖

LA CRISIS SANITARIA COVID-19 Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU*

INTRODUCCIÓN

La extensión del virus denominado COVID-19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado, *ex artículo 116 CE*, la declaración del estado de alarma, acordada 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 el COVID-19, en adelante RDEA), obligando, entre otras importantes medidas, a limitación máxima de actividad presencial, lo que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes.

* *Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza.*

Con anterioridad, al declarar la emergencia sanitaria, el Gobierno aprobó también medidas con la finalidad de alinear la contratación pública a la situación de emergencia (Real Decreto Ley 7/2020). Medidas complementadas por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo)¹. Como se ve, un “paquete jurídico” de medidas excepcionales ante una situación excepcional, que pretende, desde el Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19.

¹ Frente a precedentes anteriores, de uso indebido de la técnica del Decreto Ley, en este supuesto resulta indiscutible que concurren las circunstancias del artículo 86 CE. Ninguna duda ofrece que la situación que afronta nuestro país por la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional (que ya justificó incluso la declaración de estado de alarma), generan la concurrencia de motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar diversas medidas. En el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública a la vez que se adoptan medidas de contenido económico para afrontar sus consecuencias.

La repercusión jurídica en la contratación pública y en los contratos públicos como consecuencia de la emergencia sanitaria puede agruparse en relación a los siguientes aspectos.

I. LA CRISIS COVID-19 COMO SUPUESTO DE FUERZA MAYOR

La fuerza mayor se ha venido definiendo en el derecho privado en relación a los efectos de las obligaciones, configurándolo como causa impeditiva del cumplimiento de una obligación y que es una causa ajena a la voluntad y a la previsión del obligado, razón por la que la ley le exonera de responsabilidad por el incumplimiento derivado de la causa de fuerza mayor.

En relación a esto, el artículo 1105 del Código civil indica lo siguiente:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Este precepto configura al concepto de la fuerza mayor como un suceso imprevisible y en su caso inevitable. El Tribunal Supremo ha concretado que para que se den estos supuestos ha de tratarse de circunstancias que fueran totalmente imprevisibles en el momento de la contratación y que impidan por sí mismas la prestación y que como remedio excepcional se interpreta de manera muy restrictiva. También dice el TS que esta excepción tiene como fundamento la buena fe en el ámbito contractual, que se consagra en los artículos 7 y 1258 Código Civil. En consecuencia, el concepto de fuerza mayor despiega sus consecuencias principales en el ámbito del cum-

plimiento del contrato, siendo una derivada de él la responsabilidad por el incumplimiento, es decir si se responde por los daños y perjuicios que causa el incumplimiento de la obligación, o de las prestaciones del contrato. Como señala la STS 413/2016 *“para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor, la jurisprudencia exige que éste observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad”.*

La LCSP, tanto la actual como las predecesoras, han regulado la fuerza mayor como elemento de exoneración del cumplimiento, de una forma muy parcial y limitada, previendo un efecto indemnizatorio por los daños que se sufran por el contratista por causa de fuerza mayor durante la ejecución del contrato de obras, no contemplando la opción de cómo incide en las obligaciones de un poder adjudicador.

Así el vigente artículo 239 de la LCSP, dispone:

“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.*



Esta regulación –con la misma solución para la concesión de obras en el artículo 254, y para la concesión de servicios en el artículo 290.4 LCSP– encuentra su justificación en el conocido principio de riesgo y ventura, como una excepción a que sea el contratista quien deba soportar los efectos de la concurrencia de un suceso de fuerza mayor, a efectos de mantener la equivalencia de lo pactado.

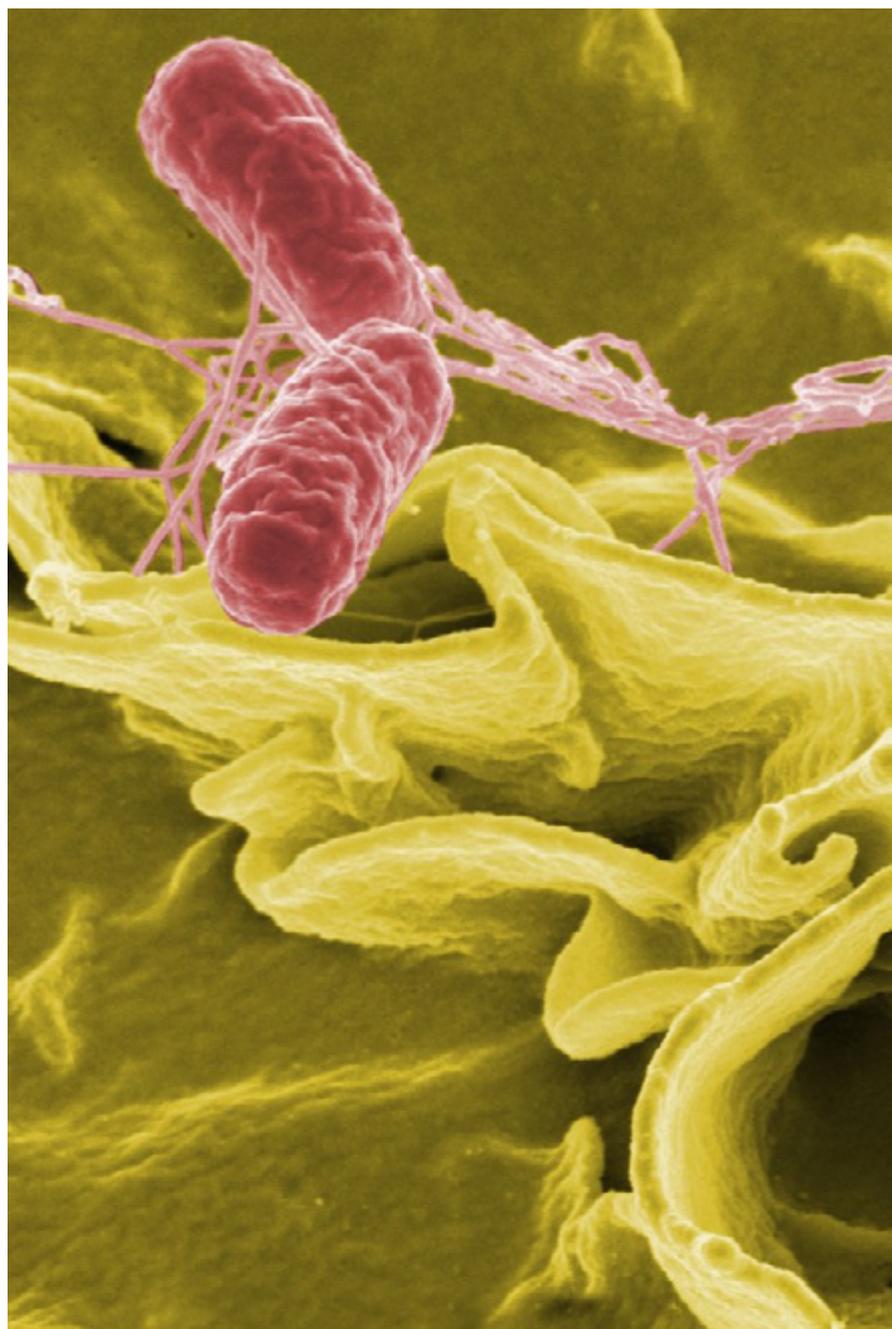
Hay que advertir que, en los contratos de servicios (al igual que en los de suministro), no existe expresamente excepción al principio de riesgo y ventura como la establecida para los contratos de obras, pues no se trata de reparar los destrozos causados por un fenómeno de la naturaleza o un suceso humano extraordinario que se definen como fuerza mayor. Ahora bien, no es menos cierto que el análisis jurídico de la cuestión ha de desvincularse de dicho principio del riesgo y ventura para centrarse en el hecho cierto de la existencia de una causa que imposibilita el cumplimiento del contrato, pues es esta su consecuencia primera y general a todo tipo de contratos.

Por ello, esta situación de fuerza mayor, de forma analógica, puede ser de aplicación también para los casos en los contratos de servicios o de suministros de tracto sucesivo cuando impacta sobre la actividad o necesidad del propio contrato.

II. LA HABILITACIÓN A LA TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA DE CONTRATOS PÚBLICOS ESENCIALES

El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, relativo a la contratación pública que los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 LCSP². La contratación de emergencia podrá ser verbal (artículo 37.1 LCSP) y no necesitará de formalización³.

Interesa destacar el ámbito objetivo –las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID–, que aunque amplio, no permite la aplicación de este precepto a



cualquier licitación pública⁴. Por ello el expediente deberá acreditar la existencia de este presupuesto habilitante⁵.

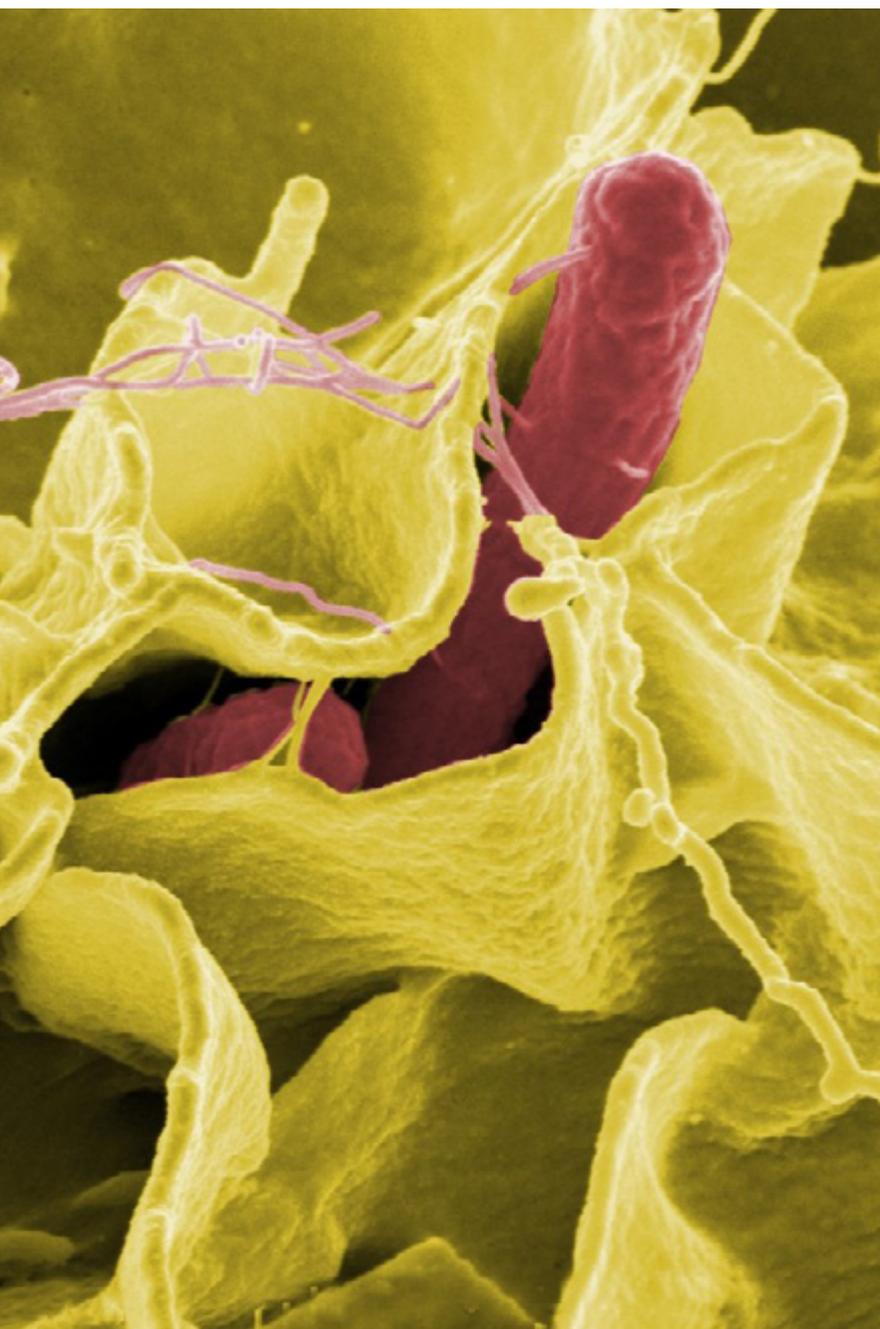
Por otra parte, en estos casos de emergencia, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto res-

² Hay que recordar que la doctrina ha indicado que únicamente se podrá acudir al procedimiento de emergencia cuando la causa no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2017). Obviamente concurre esta circunstancia.

³ Hay que recordar que el artículo 120 LCSP previene que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo (si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario) y que las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.

⁴ A efectos de verificar la debida adecuación a los presupuestos previstos en la norma, resulta de interés, en tanto contiene toda la doctrina previa del órgano consultivo, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado núm. 17/2019, dictada con ocasión de los procedimientos de emergencia tramitados para el desarrollo del proceso electoral de 2019.

⁵ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1987, señaló que “no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimane la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”. Por ello, el Tribunal de Cuentas, indica en el Informe núm. 1.178, que: “En uno de los dos expedientes tramitados por el procedimiento de emergencia que han sido fiscalizados no se motivó adecuadamente la necesidad de acudir a este procedimiento al conocer la entidad la necesidad de realizar actuaciones desde meses antes de la adjudicación de ese contrato”. También señala que: “En los dos expedientes examinados se produjeron demoras en su tramitación, lo que resulta incongruente con la emergencia invocada en ambos casos”.



pecto a las garantías en LCSP, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 se realizarán a justificar⁶.

Hay que recordar que esta declaración de emergencia permite también la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados ex artículo 30 LCSP, a la vez que facilita la subcontratación, en lo relativo a la acreditación de la solvencia, ex artículo 215.2 LCSP.

⁶ Hay que recordar que una especialidad de la contratación de emergencia es la posibilidad de contratar pese a la carencia o insuficiencia de crédito [art. 39.2, b) y 120.1, a) LCSP].

La finalidad lógica de esta previsión es decantar la rapidez de respuesta jurídica a la aplicación de los principios de contratación pública, cuestión admitida por el Derecho europeo de la contratación pública. Aunque hubiera convenido extenderla a todas las Administraciones públicas y no solo a la AGE.

III. LA SUSPENSIÓN “AD HOC” Y SUS CONSECUENCIAS OPERADA POR EL REAL DECRETO LEY 8/2020

El artículo 34 del referido Real Decreto Ley 8/2020, establece previsiones singulares relativas a la ejecución de los contratos públicos, con distinta solución jurídica en función del tipo de contratos⁷. Se pretende dar seguridad jurídica en la respuesta que se den por las distintas entidades contratantes. Hay que fijarse bien en la respuesta singular que se da caso por caso advirtiendo que no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

⁷ El Real Decreto Ley omite en relación a este precepto, el título competencial que utiliza el Estado como cobertura a la regulación, como, por el contrario, sí se hace para las otras materias. Este Real Decreto Ley, que se dicta al amparo del artículo 149, cita de forma expresa diez apartados que le permiten regular materias, pero no cita el artículo 149.1 18.ª de la CE, que es la que regula la competencia básica en materia de contratación administrativa, por lo que si asume expresamente que no ejerce dicha competencia legislativa (básica) pudiera pensarse que dicho precepto no es básico y que una Comunidad Autónoma podría complementar la solución estatal, y adoptar una regulación diferente ante estos supuestos. En todo caso, aunque no hay apoyo formal expreso, el Real Decreto Ley regula un supuesto -la suspensión-, que formal y materialmente es básico, por lo que parece que su regulación sería básica para todo el Estado. Lo que no impide, como consecuencia de este carácter básico, un desarrollo complementario por las Comunidades Autónomas que quisieran reforzar la protección de empresas y trabajadores. En esa línea se sitúa, por ejemplo, el Decreto Ley 3/2020, de Andalucía -BOJA de 17 de marzo- que, dictado con anterioridad a la norma estatal, complementa y no contradice la solución del Real Decreto Ley 8/2020, al permitir que cuando “no fuera posible continuar con la normal ejecución de los mismos, tal circunstancia no constituirá causa legal de suspensión de la ejecución y no dará lugar a la suspensión del pago de la parte efectivamente prestada. Igualmente se abonarán los gastos salariales de la plantilla imputables a la administración, así como el resto de costes asociados a la prestación del servicio en las condiciones del contrato adjudicado. No se incluirán en estos los costes fungibles, los extraordinarios y cualquier otro no soportado y no vinculado directamente a dicha prestación del servicio”. Esta previsión se alinea con las medidas estatales y los objetivos de crear un “escudo social” frente al COVID-19, pues se está garantizando que las empresas no tengan que cerrar por motivo de las restricciones derivadas del estado de alarma y que los trabajadores reciban sus retribuciones, habida cuenta de que se garantizan los pagos, mejorando sensiblemente la posición fijada por el Estado. Solución que, además, de garantizar paz social, permitirá un relanzamiento rápido de la actividad económica. Existe, pues, margen autonómico (no afectado por el estado de alarma) para, desde la lealtad con los fines de “combatir entre todos” al COVID-19, complementar, reforzar o mejorar las soluciones que dicte el Estado, atendiendo a la propia realidad de cada territorio.

- d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

La regulación “singular” con motivo de las medidas COVID-19, que son también de aplicación a los contratos, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, son las siguientes:

a) *Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva.* Cuando la ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Y se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión. Se trata, en definitiva, de una suspensión automática *ex lege*, siempre y cuando el cumplimiento de la prestación no sea posible. Suspensión a la que no resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La consecuencia de la suspensión de los contratos referidos como consecuencia de lo previsto en este Real Decreto Ley es que –frente a la regla general del principio de riesgo y ventura que contiene el artículo 197 LCSP– la entidad contratante deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el período de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.

Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

- 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
- 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al período de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
- 4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que



hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El procedimiento que se establece es el siguiente: a) el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. b) Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. c) La entidad contratante deberá dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales. d) Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria. Sorprende este silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla general, sino porque no se alinea bien esta solución jurídica con el fin del Real Decreto Ley que dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista.

Otra regla especial en este tipo de contratos viene referida al supuesto de que tras vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo no fuera posible la formalización, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 LCSP sobre ampliación de plazo del contrato, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.



Finalmente se indica de forma expresa que la suspensión de los contratos del sector público con arreglo a las previsiones de este Real Decreto Ley no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

b) *Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior; vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 LCSP, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19.* Cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo, se habilita una ampliación del plazo de ejecución sin que pueda aplicarse la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Para ello el contratista deberá solicitar esta ampliación de forma expresa, asegurando el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso. En este supuesto, el órgano de contratación concederá dicha ampliación por un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

El Real Decreto Ley establece que, para la ampliación de este plazo, el contratista tendrá derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del

COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Lo que, obviamente, exigirá una acreditación. El procedimiento para exigible para ello es la presentación de solicitud que acompañe la acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

c) *Contratos de obras vigentes en los que, de acuerdo con el "programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra" estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el periodo que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra.* Siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Y se advierte que no resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere este supuesto lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 LCSP; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

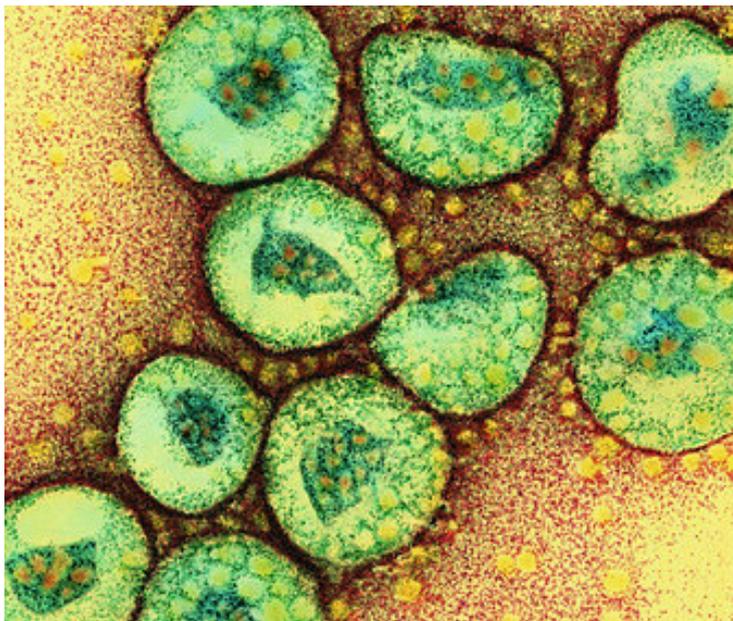
Se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

El procedimiento que se establece es el siguiente: a) el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. b) La entidad contratante deberá dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales. c) Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria. Insistimos en que sorprende esta solución de silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla general, sino porque no se alinea bien esta solución jurídica con el fin del Real Decreto Ley que dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación co-



lectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción. Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

- 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.
- 4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios exige solicitud formal del contratista adjudicatario principal con acreditación fehaciente de que se cumplen las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.
- Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus sub-

contratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 LCSP.

Como regla especial se prevé una prórroga (ampliación) en el plazo de entrega final siempre y cuando el contratista lo solicite formalmente y ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial. Aquí la ampliación de plazo parece que resulta automática.

d) *Concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020.* La situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Pero, para ello, el órgano de contratación, a instancia del contratista, debe apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato.

Dicho reequilibrio solo para cuando sea imposible la ejecución del contrato concesional (y no cuando la prestación continúe), se configura como derecho automático, que en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

El procedimiento para este reequilibrio es la previa solicitud del concesionario y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos. Se establece una regla distinta a la que ofrece para el reequilibrio la LCSP, que exige para que sea efectivo que se afecte a la economía de la concesión. No parece probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, las medidas frente al COVID-19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implica una transferencia de riesgos, no se olvide). La solución legal adoptada por el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, haciendo que en este período de estado alarma no funcione el reparto de riesgos.

Interesa, en todo caso, advertir del ámbito limitado de estas medidas, que no resuelven toda la problemática que pueda existir y donde, la aplicación correcta de las distintas técnicas jurídicas va a exigir una importante labor de reflexión para linear debidamente todos los principios e intereses públicos en juego. Y donde, no hay que olvidar, en los contratos públicos, junto al tradicional principio de “riesgo y ventura” regulado en el artículo 197 LCSP, exige, para los contratos administrativos, la prerrogativa de interpretación del contrato, no solo del clausulado, sino también de la propia necesidad o causa del mismo, que podrá ser “adaptada” a la nueva realidad derivada del estado de alarma. Cuestión que se desarrollará en el siguiente epígrafe.

IV. LA ADAPTACIÓN DEL OBJETO DE LAS PRESTACIONES A LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA

La crisis sanitaria y la normativa adoptada ha incidido de forma notable en la prestación de ciertos contratos públicos, lo que ha obligado a reducir (que no eliminar) el contenido de la prestación. Así sucede con el transporte público, o servicios de limpieza en instalaciones educativas, por poner algún ejemplo, donde no es de aplicación las previsiones del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. Situación que plantea la duda de que respuesta jurídica hay que dar y que técnica jurídica propia de la contratación pública resulta aplicable ante esa “reducción” temporal del objeto de la prestación⁸.

Para ello hay que recordar, en primer lugar, que todo contrato público está por el principio de “riesgo y ventura” regulado en el artículo 197 LCSP, que tiene como a obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, contrapuesta a las de actividad, y en consecuencia los riesgos derivados de su ejecución deben recaer sobre el mismo⁹. Como ha señalado la jurisprudencia el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor o incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato (Sentencia TS de 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4657)). En palabras del Supremo, “riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien” [Sentencia de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5207)].

Y ello porque “la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TRLCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TRLCSP de 2011. Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación” [Sentencia TS de 8 de junio de 2016 (RJ 2016, 3711)]. Por otra parte, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, “el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el

principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública” [Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)].

Asimismo, no puede desconocerse la exigencia de que el objeto sea idóneo para la satisfacción de las necesidades que pretenden cubrirse desempeña el papel de elemento causal del contrato, entendido como el resultado empírico que se quiere alcanzar con el negocio. De ahí que el contrato debe, en su ejecución, adaptarse a la causa, a fin de evitar que no sea congruente con su finalidad.

El contratista está pues sujeto a las incidencias propias de la vida de cualquier negocio jurídico, a aleas como retrasos de los proveedores, conflictos colectivos o el incremento de los costes en los que ha de incurrir para ejecutar el contrato (STS de 30 de abril de 1999; STS de 24 de marzo de 2015). Y, por supuesto, a las consecuencias de una situación de emergencia sanitaria como la actual.

Como es sabido, el principio *pacta sunt servanda*, se modera ordinariamente por tres medios: a) la revisión de precios; b) la modificación de los contratos; c) el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos concesionales¹⁰.

Obviamente, en este supuesto de emergencia sanitaria no hay opción de revisión de precios. Tampoco nos encontramos ante una modificación contractual (arts. 202 a 206 LCSP) pues la decisión derivada de la declaración de estado de alarma no es imputable al poder adjudicador. No hay, en sentido estricto, ejercicio de *ius variandi*. Y, para contratos de servicios o de suministro de tracto sucesivo, como no es una concesión de servicios tampoco puede aplicarse la técnica del reequilibrio económico del contrato, no existiendo, tampoco, *factum principis* ni riesgo imprevisible¹¹.

¹⁰ La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos”, en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col, Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss.; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, *REDA*, núm. 156, 2012, pp. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES, “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. También el trabajo de E. ARIMANY LAMOGGLIA, “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41”, en *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, núm. extraordinario de homenaje al profesor J. L. Iglesias, 2011, pp. 93-100; y J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos”, *REDA*, núm. 163, 2014, pp. 145-180.

¹¹ Sobre estas cuestiones me remito a mi trabajo “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138. Vid también los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “La modifica-

⁸ La situación de emergencia sanitaria y el Real Decreto declarando el estado de alarma ha repercutido de forma drástica sobre la labor ordinaria de las entidades públicas educativas (al margen y sin causa de su esfera decisonal), al declarar la suspensión de la actividad docente presencial y limitando a servicios mínimos esenciales la actividad de otra actividad administrativa en las propias instalaciones en aras a proteger el derecho a la salud. Obviamente, esta situación, ajena al ámbito decisonal de los centros educativos, impacta sobre los contratos de limpieza o de mantenimiento, tanto en la necesidad concreta a desarrollar por la empresa adjudicataria, como, más importante, en la imposibilidad de que el personal de limpieza asignado pueda prestar el servicio sin debidas medidas de seguridad.

⁹ Sobre la aplicación del concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos ha tenido una especial influencia el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949.

La técnica del reequilibrio financiero del contrato concesional (que debe ser entendida en sentido estricto), y que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite “ajustar” la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de *ius variandi*, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Circunstancia que tampoco concurre en este supuesto. No existe “hecho del príncipe”, pues la LCSP (art. 290.4) reconoce la

ción de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. VAZQUEZ MATILLA, La modificación de los contratos públicos, Aranzadi, 2015.

aplicación de este principio del *factum principis* mediante la previsión de reequilibrio solo en los casos de “actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de *la economía de la concesión*”. Es decir, dado que el estado de alarma ha sido declarado por el Gobierno de la Nación, no se podría aplicar este principio (y habría que acreditar la ruptura sustancial de la economía de la concesión). Y tampoco puede ser un riesgo imprevisible en tanto ya se ha calificado como fuerza mayor.

En consecuencia, ante la “adaptación” de la prestación corresponde al contratista asumir dicha situación. Es sabido que, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico a la prestación efectivamente realizada. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantener-



se posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus intellegitur*¹². Y resulta evidente, en desarrollo lógico de lo expuesto, que las condiciones de la prestación se han alterado afectando al contenido de la misma. Lo que exige una adecuada respuesta jurídica coherente, por lo demás, con el principio constitucional de eficiencia de los fondos públicos (art. 31 CE). Es, en esencia, un principio de justicia distributiva.

Por ello, parece correcto que se le pueda proponer a la empresa adjudicataria, como resolución interpretativa del contrato, un “ajuste de la prestación”, tanto en su contenido material como

¹² José Luis VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.



en la retribución, a las actuales circunstancias, ajenas a las instituciones públicas, en tanto persista la actual situación de alerta sanitaria y mantener la “honestas equivalencia” de la prestación (STS 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175)). No puede desconocerse, por lo demás, que los contratos administrativos se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos (art. 25 LCSP), lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante el uso de prerrogativas públicas, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos.

Para ello, además, la Administración pública con un contrato en vigor de estas características, cuenta con la prerrogativa de interpretación del mismo (art. 190 LCSP), respetando los principios de la contratación pública “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento”.

En este sentido se alinea, por ejemplo, para el contrato de servicios, el artículo 311 LCSP en relación a la *Ejecución, responsabilidad del contratista y cumplimiento de los contratos de servicios, afirmando que:*

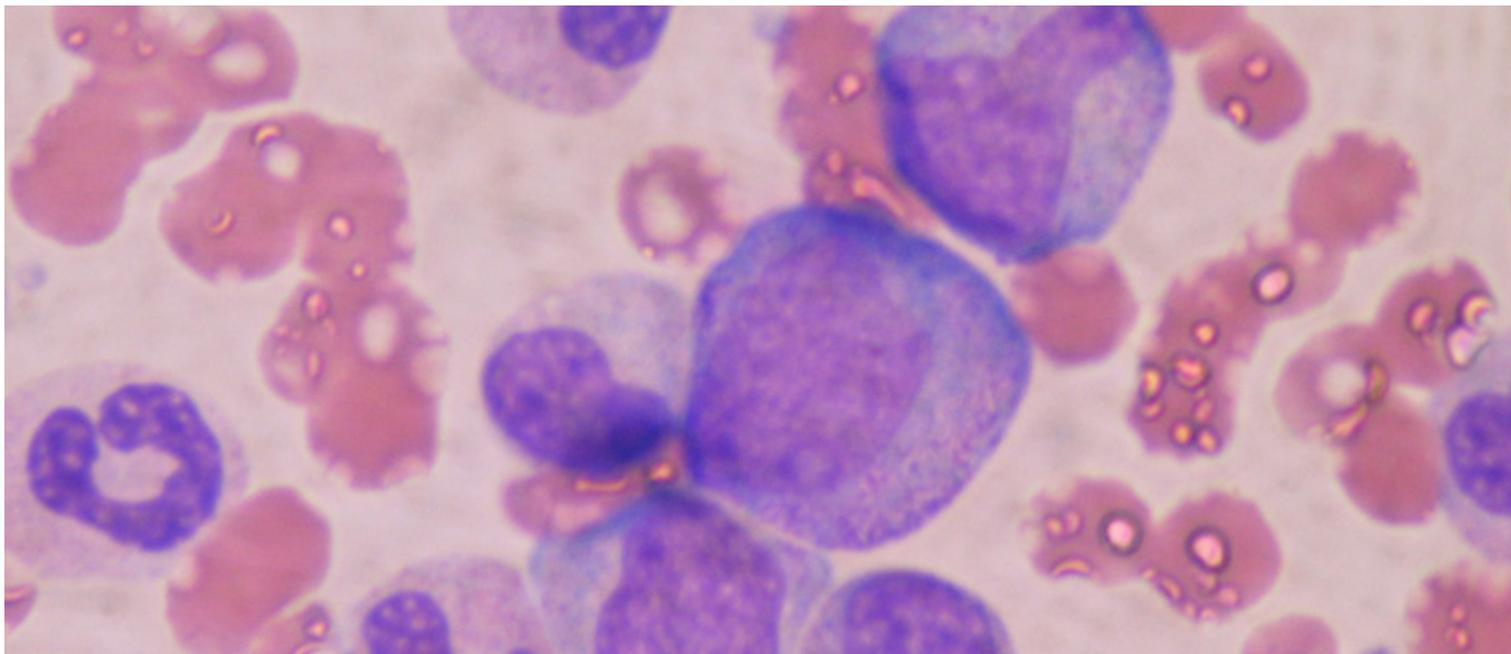
“1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.

2. El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada”.

En el fondo, esta obligación de adaptación interpretativa del contenido de la prestación durante el tiempo de estado de alarma, se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹³.

El procedimiento de ejercicio de esta prerrogativa se regula en el artículo 191 LCSP 2011 que exige que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista. Estos Acuerdos deberán

¹³ Las consecuencias laborales que puedan derivar de esta decisión no pueden “contaminar” la decisión principal de proteger el interés público. El Real Decreto Ley 8/2020 ha incluido soluciones jurídicas frente a la posible afectación en el empleo por esta crisis sanitaria (las empresas, en un ejemplo de responsabilidad social deberían hacer un esfuerzo por no afectar al empleo de sus trabajadores), con nueva regulación de los ERTE. La “sensibilidad social” no puede justificar que prevalezca un fin público diferente al protegido por la norma, ni pueden las Administraciones públicas dar una respuesta jurídica “singular”. En esta crisis, el carácter ejemplarizante en la aplicación uniforme de las medidas, para evitar agravios comparativos, debe ser la máxima de todo gestor del interés público.



adoptarse previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195 LCSP. Por ello, se le notifica la solución prevista, concediendo un trámite audiencia para que, si lo considera oportuno realice alegaciones o plantee solución alternativa. La decisión que se adopte será inmediatamente ejecutiva y ejecutoria en sus propios términos.

V. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO HERRAMIENTA DE CONTENCIÓN DE LA ALERTA SANITARIA

La contención de la pandemia sanitaria aconseja la utilización de las técnicas de cooperación horizontal entre las distintas entidades públicas¹⁴. El artículo 6.1 LCSP (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE¹⁵. Parece evidente que en esta “lucha contra

el COVID-19” los pactos entre las administraciones públicas para combatirlo de forma coordinada no merecen en modo alguno la consideración de contrato público encubierto¹⁶. Obviamente el elemento teleológico resultará imprescindible en el análisis de cualquier negocio jurídico calificado como “convenio”, por lo que hay que recordar que no procede una estricta interpretación “formal” que atienda solo al “objeto”, ya que se limitaría de forma indebida, como ha advertido A. HUERGO LORAS, esta técnica de cooperación¹⁷. El capítulo V del Real Decreto Ley 8/2020 establece medidas adicionales para permitir una respuesta adecuada a la situación excepcional, entre las que destaca un régimen particular para la suscripción de convenios de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público relacionados en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19. Así el artículo 39 indica que no resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 en las letras a), b) y c) del artículo 50 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueban las instrucciones para la trami-

¹⁴ No hay que olvidar que cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma (art. 6 RDEA), y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 (autoridad competente) y 5 (colaboración con las autoridades competentes delegadas).

¹⁵ La justificación de la cooperación vertical quedó avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). STJUE de 9 de junio de 2009 (Comisión Vs. República Federal de Alemania, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución. La STJUE de 13 de junio de 2013 [asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011] perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la par-

ticipación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rijan por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35) o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34). Vid. M.A. BERNAL BLAY, “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

¹⁶ Parece indubitado que convenio establezca se cumplen los requisitos de que se desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común y que esta cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

¹⁷ A. HUERGO LORA, “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, *REALA*, núm. 8, 2017.

tación de convenios, en la tramitación administrativa y suscripción de los convenios en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19.

VI. SEGURIDAD JURÍDICA Y PLAZOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Real Decreto 463/2020 establece en sus Disposiciones Adicionales 2.^a, 3.^a y 4.^a la suspensión de los plazos procesales, administrativos y los plazos de prescripción y caducidad¹⁸. La Disposición Adicional 3.^a recoge la suspensión de los términos y la interrupción de los plazos de tramitación de todos los procedimientos de las entidades del Sector Público, es decir, de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades de la Administración Local y el sector público institucional.

Así, se suspenden términos y se interrumpen los plazos (no supone que luego se reinicien) para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público definidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo¹⁹.

No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo²⁰.

En todo caso esta suspensión –como consecuencia del artículo único, 4 del RD 465/2020, de 17 de marzo– no es de carácter imperativo en todo caso, pues se señala que podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Y esto podría ser de directa aplicación en la contratación pública cuando exista una conexión directa con aspectos relevan-

tes del interés general o sean indispensables para el funcionamiento de los “servicios públicos esenciales”, y no paralizar la gestión pública ordinaria. Máxime si se pueden usar medios telemáticos y se utiliza la contratación pública electrónica.

Finalmente hay que reseñar que esta previsión de plazos se extiende también al recurso especial (que deberían ser íntegramente telemáticos). El órgano de Recursos Contractuales del País Vasco ha publicado una nota interpretativa indicando que en el ámbito del recurso especial y de la reclamación en los sectores especiales señalando que no dictará acto alguno sobre los procedimientos de recurso o reclamación mencionados durante la vigencia del Real Decreto 463/2020 o prórroga de la misma, incluyendo su resolución definitiva, medidas provisionales o cualquier otro acto de trámite o instrucción (requerimiento de expediente e informe al poder adjudicador, concesión de plazo para alegaciones a los interesados, traslado del recurso al poder adjudicador, vista del expediente al recurrente, etc.). Y afirma que: *“El plazo de interposición del recurso o de la reclamación previsto en los artículos 50 de la LCSP y 121 del Real Decreto Ley 3/2020 está suspendido desde hoy (16 de marzo), de modo que su cómputo debe iniciarse o, en su caso, reanudarse, el primer día hábil después de la finalización de la vigencia del Real Decreto”*.

Pero conviene, ante esta regulación, ser también conscientes del riesgo de una indebida “parálisis administrativa contractual”. Por ello la gestión pública de la crisis actual exige prudencia, anticipación y poco dogmatismo formal, priorizando la correcta prestación de la actividad pública. La prolongación del estado de alarma aconsejará revisar en la práctica las medidas inicialmente acordadas en relación a los plazos (de hecho, no se han suspendido ciertos plazos tributarios).

Como conclusión, la crisis del COVID-19 ha exigido no solo respuesta sanitaria, sino también jurídica y económica. Lo que ha repercutido sobre la contratación pública, exigiendo medidas singulares que deben acompañar al estado de alarma y que resultan, en estos momentos, necesarias y proporcionadas. Su aplicación práctica servirá de test para determinar el acierto de las mismas y, en especial, para dar cobertura y seguridad jurídica a una situación excepcional difícilmente previsible. Y, también, para impulsar un cambio en la cultura organizativa pública.

Una última idea. El escenario actual, excepcional, exige una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompasar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.

Zaragoza, en casa, a 19 de marzo de 2020. ❖

¹⁸ La vigencia del Real Decreto 463/2020 se prolonga desde de la entrada en vigor el 14 de marzo hasta, al menos, el 30 de marzo de 2020 o plazo que dure la declaración de alarma.

¹⁹ La Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado, en su web, ha emitido instrucciones respecto de las licitaciones publicadas en dicha plataforma. Para las publicadas en el DOUE resulta necesaria la anulación de la convocatoria y posterior publicación, lo que casa mal cuando ya había transcurrido un plazo.

²⁰ El criterio interpretativo de la Abogacía del Estado sobre esta cuestión es *“que sería deseable para la correcta aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, que la Plataforma de Contratación del Sector Público actuase conforme a lo que se desprende de la misma”*. A estos efectos, afirma que *“no parece necesaria la publicación de anuncios de suspensión de términos, plazos o trámites de las licitaciones en curso, pues la suspensión es la regla general y produce efectos automáticos ex lege. Nada obsta, tampoco, a que dicha publicación se produzca, aunque, se insiste, parece innecesaria, y podría llegar a colapsar el funcionamiento de la Plataforma. Si deberían publicarse, por el contrario, los acuerdos de no suspensión que, de forma motivada, adopten las entidades del sector público”*.

ESTADO DE ALARMA POR CORONAVIRUS Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS VULNERABLES

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA*

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GRUPO VULNERABLE EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE CORONAVIRUS SARS-COV-2

En los últimos años, merced, entre otras razones, a su progresiva articulación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha ido configurando un concepto jurídico europeo de vulnerabilidad¹; así, pode-

mos recordar los asuntos *Chapman c. Reino Unido*, de 18 de enero de 2001; *D. H. y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007) y *Orsus y otros c. Croacia*, de 16 marzo 2010, en los que se reconoció la condición de grupo vulnerable a la minoría gitana; *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010, y

Human Rights Convention Law”, *11 International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 1056-1085.

Puede verse también PRESNO LINERA, M. A. (coordinador) *Protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, disponible en la siguiente dirección (a 22 de marzo de 2020) https://www.academia.edu/5939414/Proteccion%3%B3n_jur%3%ADdica_de_las_personas_y_grupos_vulnerables.

Plesó c. Hungría, de 2 de septiembre de 2012, a quienes padecen una enfermedad mental; *Kiyutin c. Rusia*, de 21 de marzo de 2011, a los enfermos de V.I.H., y *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 enero 2011, a los demandantes de asilo. En todos los casos nos encontrábamos ante un “grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial”. En fechas recientes el TEDH se ha ocupado de precisar que no es grupo vulnerable, por ejemplo, el que forman los agentes de los cuerpos policiales, pues difícilmente pueden ser descritos “como una minoría o grupo desprotegido que tiene un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrenta prejuicios profundamente

* *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.*

¹ PERONI, L./TIMMER, A. “Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European



arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón...” (Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018).

Este concepto de grupo vulnerable es relacional, pues su reconocimiento depende de factores históricos, sociales e institucionales (hay grupos de personas que no están en situación de vulnerabilidad en unos países y en otros sí, en unos momentos sí y en otros no...); es un concepto particular, en el sentido de que las personas que pertenecen a estos grupos son más vulnerables que otras, e implica algún tipo de situación o posición de inferioridad, exclusión o estigmatización.

Las causas de la vulnerabilidad son fluctuantes, puesto que dependen de las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas y, conviene recordarlo, no son deterministas: dentro de un grupo en principio vulnerable (por ejemplo una minoría en un contexto que promueve su discriminación) puede haber personas que no lo sean.

La Constitución española (CE) no menciona la vulnerabilidad aunque sí prevé la protección para grupos que hoy consideramos vulnerables de acuerdo con el concepto acuñado por el TEDH; así, por citar unos pocos ejemplos, la CE menciona a los demandantes de asilo (art. 13); impone una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos [sic] físicos,

sensoriales y psíquicos (art.49) y la garantía de la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad (art. 50). Además, y según el artículo 9.2 CE, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social.

En suma, los poderes públicos españoles, por mandato directo de la CE y de los compromisos contraídos mediante la firma de tratados internacionales, están obligados a llevar a cabo actuaciones decididas para combatir, en cualquier circunstancia, la vulnerabilidad que padecen ciertos grupos sociales en nuestro país y esta obligación no solo no cesa sino que se incrementa cuando nos encontramos en una situación, como la que supone en estos momentos el coronavirus SARS-CoV-2, con una enorme potencialidad lesiva para afectar especialmente a estos grupos de personas.

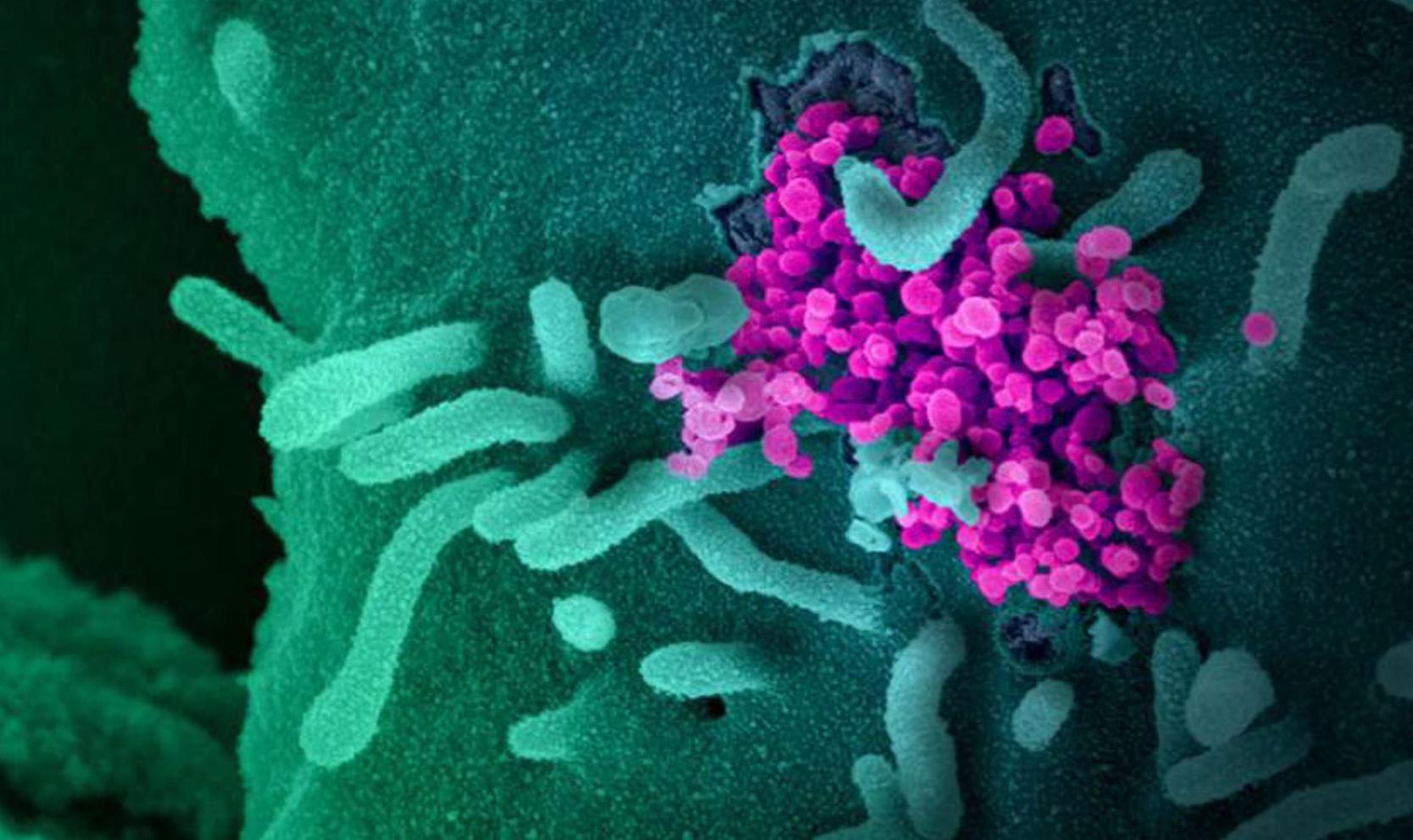
Es obvio que estas actuaciones van a estar condicionadas por los recursos económicos disponibles en un contexto de previsible recesión económica². Al

² Puede leerse una previsión no excesivamente pesimista en el reciente trabajo de Philipp CARLSON-SZLEZAK, P., REEVES, M. y SWARTZ, P. “Lo que Coronavirus podría significar para la economía global”, *Harvard Business Review*, 6 de marzo de 2020, <https://hbr.org/2020/03/what-coronavirus-could-mean-for-the-global-economy?language=es>

respecto, y en relación con el “coste” del Estado social, en fecha temprana ya advirtió el Tribunal Constitucional que el derecho de los ciudadanos a un sistema público de Seguridad Social está sujeto a “la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17).

Siendo innegable lo anterior, no todas las medidas para hacer frente al incremento de vulnerabilidad que generará entre las personas más necesitadas el coronavirus SARS-CoV-2 van a tener importantes implicaciones económicas, pues, como se verá de inmediato, algunas de ellas tienen que ver no tanto con prestaciones económicas públicas como con una información adecuada a las propias necesidades de algunas personas vulnerables y con la garantía de sus libertades. Y, con todo, es necesario insistir en que un Estado social y democrático de Derecho, parafraseando a Avishai Margalit, está obligado a intentar eliminar las condiciones de vida degradantes o, cuando menos, a mitigarlas sustancialmente. Además, dicho

(a 22 de marzo de 2020). Al respecto el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 dice, entre otras cosas, que “la pandemia del COVID-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación está aún sometida a un elevado nivel de incertidumbre...”.



Estado debe intentar eliminar la pobreza sin recurrir al insultante, y quizás también humillante, recurso de la lástima, la emoción que impulsa la sociedad caritativa³.

II. LOS GRUPOS VULNERABLES EN EL DECRETO QUE ACORDÓ LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

No ha sido frecuente, hasta hace bien poco, que las disposiciones normativas, estatales o autonómicas, hicieran mención a los conceptos de persona o grupo vulnerable, aunque han empezado a proliferar desde comienzos del presente siglo, incluyendo previsiones expresas en relación con las víctimas de violencia de género⁴, sobre “la protección de la salud de la población más vulnerable”⁵, el “consumidor vulnerable”⁶, la “población infantil y adolescente vulnerable”⁷, “los menores extranjeros no acompaña-

dos” como grupo especialmente vulnerable⁸, las “personas mayores”⁹, “los hombres y mujeres transexuales que se encuentran en situación o riesgo de exclusión social”¹⁰, el “hogar vulnerable”¹¹ u “hogar en situación de vulnerabilidad social”¹², etc.

Pues bien, el 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 establece (art. 4.3) que (art. 4):

“3. Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto (Ministra de Defensa, Ministro del Interior, Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y Ministro de Sanidad) que-

dan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y *deberán prestar atención a las personas vulnerables*. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno”.

Además, en la primera versión de ese Real Decreto se dispuso (art.7) que, “durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: ... e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o *personas especialmente vulnerables*”.

Casi de manera inmediata —a través del Real Decreto 465/2020, de 17 de mar-

³ *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 184.

⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

⁶ Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

⁷ Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁹ Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

¹⁰ Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

¹¹ Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

¹² Ley 3/2017, de 3 de febrero, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunitat Valenciana.

zo— se modificó el punto 1 del precepto, que ahora prevé: “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”. Es decir, que no solo cabe el desplazamiento para asistir a personas vulnerables sino que dichas personas también podrán acompañar a la que no siéndolo va a realizar alguna de las actividades permitidas por el Decreto.

Por cierto, y aunque no es ese el objeto de estas páginas, llama la atención la discordancia entre lo que prevé la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que parte de que el estado de alarma justifica la aprobación de restricciones y condicionamientos a una libertad general de circulación, y lo incluido en el Real Decreto 463/2020, que únicamente contempla una serie de excepciones a una limitación general de dicha libertad de circulación, aunque alguna con alcance más amplio (g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza].

Volviendo al asunto que nos ocupa, en los apartados siguientes analizaremos ese mandato contenido en el decreto para que los actos, disposiciones y medidas de desarrollo del estado de alarma presten atención a las personas vulnerables, no sin antes recordar, como ha hecho en su blog el profesor Francisco Velasco Caballero, que se acude así a la terminología tradicional y propia del Derecho público, que distingue entre las normas o disposiciones, de un lado, y los actos o resoluciones singulares, de otro lado, aunque puede resultar inadecuada para las medidas de emergencia dictadas en estado de alarma¹³.

¹³ <https://franciscovelascocaballero.blog.wordpress.com/2020/03/21/que-son-las-medidas-gubernativas-dictadas-en-estado-de-alarma/> (a 22 de marzo de 2020). Precisa el profesor Velasco que “es posible que una medida aprobada por el Gobierno (esto es, por cualquiera de sus ‘autoridades delegadas’) desplace la aplicación de una ley o un reglamento precedente (ATC 7/2012, FJ 4). Piénsese sin más en la Disposición adicional 4.^a del Real Decreto 463/2020, que suspende los plazos de prescripción y caducidad previstos en innumerables leyes. Esta eficacia incluso *con-*

III. INFORMACIÓN TRANSPARENTE Y COMPRENSIBLE PARA LOS GRUPOS VULNERABLES SOBRE DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL ESTADO DE ALARMA

En la página web del Ministerio de Sanidad se incluye abundante información sobre el nuevo coronavirus y se explica, entre otras muchas cosas, que “todavía hay muchas cuestiones que se desconocen en relación a la enfermedad que produce: COVID-19”. Se nos advierte también que “esta información está en continua revisión”.

La obligación de informar al respecto es un mandato claro de la legislación vigente: el artículo 3.f de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública establece como uno de los principios generales de la salud pública el de transparencia: “Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”; el artículo 4 prevé que el derecho a la información de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, comprende el de “recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente. Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita

tra legem de las medidas de emergencia sugiere que no resulta adecuado hablar de ‘disposiciones’ y ‘actos’. Simplemente, porque no lo son. Los conceptos jurídicos de ‘disposición’ y ‘acto administrativo’ se han formado para analizar y describir el funcionamiento ordinario del Gobierno y la Administración conforme al principio de legalidad (art. 103.1 CE). Pero carecen de capacidad explicativa y heurística en el contexto de una situación de alarma... Conviene, en suma calificar las decisiones gubernativas en tiempo de alarma, simplemente, como ‘medidas de emergencia’, para las que podemos definir un régimen jurídico específico”.

su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo”.

En una situación como la que está generando el coronavirus SARS-CoV-2 es fundamental que, precisamente, los grupos más vulnerables tengan un conocimiento claro y comprensible del riesgo que supone, de las eventuales medidas para afrontarlo, de los recursos que las administraciones públicas han puesto a su disposición y, por supuesto, de las nuevas limitaciones a la libertad de movimientos que ha supuesto la declaración del estado de alarma y de las implicaciones de índole sancionadora que su quebrantamiento puede suponer. Y no es suficiente que todas estas cuestiones estén disponibles en una página web o en un excelente código electrónico como el que ha publicado de manera inmediata el BOE¹⁴, por muy clara y desagregada que esté ahí la información, pues hay ciertos grupos de personas cuya vulnerabilidad consiste, en parte, en su exclusión o insuficiente inclusión en el actual sistema electrónico de difusión de noticias e informaciones, que debería complementarse con mensajes claros y accesibles en diferentes formatos y en todos los medios audiovisuales. La propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio prevé (artículo 2) que “la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio será publicada de inmediato en el «Boletín Oficial del Estado», y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen... También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados”. Y el Decreto 463/2020 dispone (artículo 19) que “los medios de comunicación social de titularidad pública y privada quedan obligados a la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir”.

Desde luego, no pueden ejercerse los derechos ni tampoco cumplirse los de-

¹⁴ Disponible en (a 22 de marzo de 2020) en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=355_Crisis_Sanitaria_COVID-19.pdf.

beres derivados del estado de alarma si la información necesaria no llega de forma adecuada al mayor número posible de personas.

IV. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA

Una de las medidas más restrictivas de las acordadas por el Consejo de Ministro es la prevista en el ya citado artículo 7 en relación con las personas que podrán circular por las vías de uso público para la realización de una serie tasada de actividades, lo que supone una importante repercusión en el derecho a la libre circulación garantizado por el artículo 19 CE y ello exige, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, que las medidas se funden en una Ley, que sean necesarias para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática y que se apliquen “de forma razonada y razonable” (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 4, y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5).

En el caso que nos ocupa, el fundamento legal estaría en el artículo 11.a) de la L. O. 4/1981, que autoriza “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. Ya hemos apuntado nuestras reservas sobre si lo que contempla dicha Ley Orgánica ha sido respetado por el Decreto 463/2020.

La segunda exigencia es que estas limitaciones sean necesarias para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática. Sobre este particular, el preámbulo del Decreto argumenta que las medidas previstas “se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico...” No parece plantear pro-

blemas la concurrencia del segundo requisito pues es, obviamente, legítimo pero, sobre todo, obligado que los poderes públicos adopten medidas para evitar la transmisión de un coronavirus que puede afectar gravemente a la salud de un gran número de personas, además de impactar de forma devastadora en los sectores sanitario, social y económico.

En tercer lugar, el mismo preámbulo del Decreto explica que las medidas que contiene “son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”. ¿Son razonadas y razonables? El Decreto las justifica de una forma muy laxa y no vendría mal que en ese preámbulo se explicara, aunque fuera de manera concisa, su capacidad para hacer frente a la situación y qué se entiende en el momento de declaración del estado de alarma por una situación de “extrema gravedad”.

Por lo que respecta a la razonabilidad vamos a limitarnos a la proyección de estas medidas sobre algunos grupos vulnerables, pues se trata de una restricción de movimientos que puede tener una incidencia mucho mayor en las personas que componen dichos colectivos, como ha venido a reconocer de inmediato el propio Gobierno: en primer lugar, y como ya se ha dicho, a través de una reforma del propio Decreto se ha pasado a permitir que las personas habilitadas para circular por las vías o espacios de uso público puedan ir acompañadas de “personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada”, lo que responde a necesidad de evitar que estas últimas personas tengan que quedarse solas si la persona que las atiende debe circular “individualmente”.

En segundo lugar, y por medio de la Instrucción de 19 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad, por la que se establecen criterios interpretativos para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se acordó, como explica su preámbulo, “con el objeto de proteger a los colectivos más vulnerables”, habilitar, en el apartado segundo, “a las personas con discapacidad, que tengan alteraciones conductuales, como por ejemplo perso-



nas con diagnóstico de espectro autista y conductas disruptivas, el cual se vea agravado por la situación de confinamiento derivada de la declaración del estado de alarma, y a un acompañante, a circular por las vías de uso público, siempre y cuando se respeten las medidas necesarias para evitar el contagio”.

Esta habilitación parece, desde luego, muy “razonable” y necesaria si se quieren evitar las graves consecuencias que para estas personas, y también para sus familias, puede suponer un confinamiento que dure varios días o, con más probabilidad, semanas.

Pero, por esas mismas razones, también parece “razonable” que con el mismo objetivo de proteger a los grupos más vulnerables se pudieran acordar medi-



das similares en relación con personas con graves problemas físicos y/o psicológicos a las que pueda afectar de manera especialmente intensa la inmovilidad o la incomunicación¹⁵ durante un período prolongado o para paliar de alguna forma las incomodidades y tensiones que van a padecer miles de familias que comparten infraviviendas sin unas mínimas condiciones para soportar esa situación¹⁶.

¹⁵ Sobre el impacto psicológico de la cuarentena por coronavirus puede verse el reciente estudio BROOKS S. y otros "The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence", *The Lancet*, Volume 395, Issue 10227, p. 912-920, March 14, 2020 ([https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30460-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30460-8/fulltext), a 22 de marzo de 2020).

¹⁶ Según el estudio *Envejecer en casa. ¿Mejor en el pueblo o en la ciudad?* publicado por el Obser-

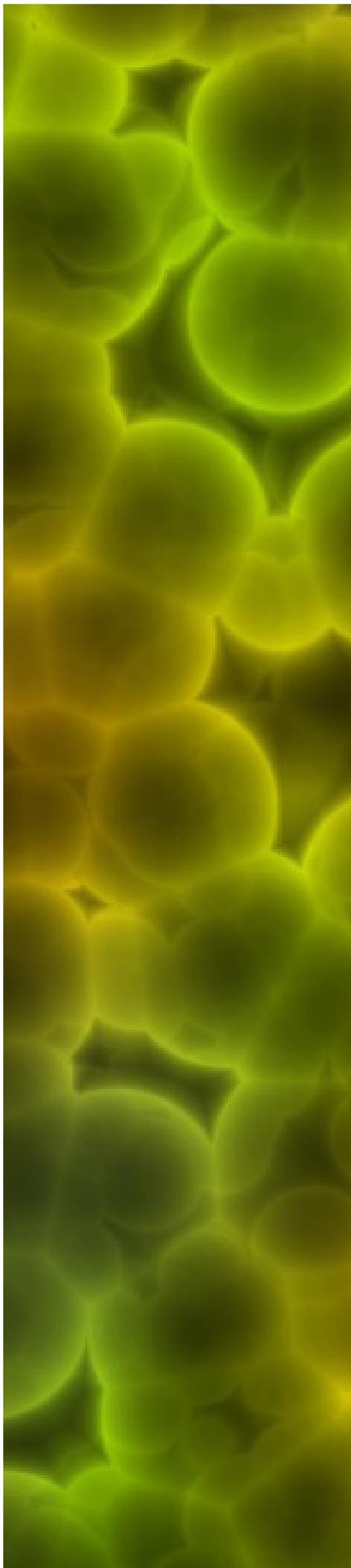
En la misma línea, sería una "causa de fuerza mayor o situación de necesidad" (art. 7 g) del Decreto 463/2020) la salida a la calle o a un lugar de refugio de una mujer víctima de violencia de género.

Finalmente, hay que hacer mención a la situación de dos grupos de personas en

vatorio Social de La Caixa en 2018 más de millón y medio de personas se encuentra en "vulnerabilidad residencial extrema", un indicador sobre las casas que no reúnen los requisitos para permitir una vida de calidad. Los problemas más frecuentes, según el trabajo, están relacionados con accesibilidad, calefacción, habitabilidad, salubridad, seguridad y aislamiento- En España, más de 430.000 mayores de 65 años no tienen agua corriente, 350.000 carecen de sistema de alcantarillado, 51.000 no tienen baño ni ducha en el interior de la vivienda y a casi 3,5 millones les falta la calefacción. <https://observatoriosocialla-caixa.org/-/envejecer-en-casa-pueblo-o-ciudad-> (a 22 de marzo de 2020).

situación de sujeción especial y que ya tienen limitada su libertad de manera intensa: las personas reclusas en centros penitenciarios y las que permanecen ingresadas en centros de internamiento para extranjeros¹⁷.

¹⁷ Respecto de las personas presas el TC ha reiterado (11/2006, de 16 de enero, FJ 2) que por "la naturaleza de la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.a; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3)".



En relación con los primeros, se aprobó la Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del 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. Conforme a esta Orden,

- a) Se suspenden todas las comunicaciones ordinarias de los internos en los centros penitenciarios, dada la limitación de la libertad de circulación que tienen tanto los internos como las familias y amigos que les visitan.
- b) Se suspenden las salidas de permiso, salidas programadas y cualquier otra salida, salvo por causas de fuerza mayor o situación de necesidad para evitar los desplazamientos que están prohibidos por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- c) Los internos clasificados en tercer grado o que tengan aplicado el régimen de flexibilidad que se hallen destinados en centros de inserción social, secciones abiertas o centros ordinarios podrán salir para la realización de las actividades expresamente relacionadas en el artículo 7 del mencionado real decreto, adoptándose los protocolos establecidos cuando regresen al centro penitenciario. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.
- d) En todos los centros penitenciarios se ampliarán las comunicaciones telefónicas que tengan autorizadas los internos, especialmente con sus abogados, a fin de que en todo momento quede garantizado el derecho de defensa.

Pues bien, al día siguiente de publicarse esta Orden decenas de organizaciones no gubernamentales registraron un escrito ante el Ministerio del Interior y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias solicitando “una serie de medidas urgentes para velar por los derechos fundamentales de las perso-

nas privadas de libertad”; en particular, que “refuerce de inmediato las plantillas de personal sanitario dentro de prisión, así como que el aislamiento de las personas afectadas por el coronavirus se produzca en una instalación médica en lugar de una celda”. En segundo lugar, entre las medidas de excarcelación por razones humanitarias, solicitaron “la excarcelación inmediata de internos enfermos graves y de más de 70 años por constituir un grupo con doble riesgo del mismo modo que el de la población preventiva estableciendo otro tipo de controles en caso de ser necesarios”. En tercer lugar, respecto a la comunicación entre familiares y personas presas, solicitaron la “gratuidad de las llamadas telefónicas extras y el incremento de las comunicaciones orales ordinarias a través de locutorios”. Finalmente, solicitaron que se instale con carácter urgente un sistema de videollamadas en todas las cárceles entre las personas presas y las personas con las que realizan comunicaciones ordinarias¹⁸.

Estas peticiones tuvieron algún eco dado que el 18 de marzo la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias envió un escrito a los Centros de Inserción Social (CIS) y a las secciones abiertas de los centros penitenciarios para desarrollar la citada orden ministerial, donde se aclara lo siguiente:

- La modalidad de cumplimiento de un tercer grado es competencia de las juntas de tratamiento de los establecimientos penitenciarios...
- El artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario es una modalidad de cumplimiento del tercer grado desde casa con un control telemático. Es por tanto aplicable exclusivamente a los internos en tercer grado, previa deliberación individualizada –caso por caso– de la Junta de Tratamiento.
- Los internos clasificados en 100.2 no tienen posibilidad de pernoctar en sus domicilios ni de acceder al control telemático, salvo que lo haya autori-

¹⁸ http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0527.html?fototeca=n (a 22 de marzo de 2020).

zado previamente el juez en su plan de tratamiento individualizado.

- Con la crisis del coronavirus, muchos CIS y muchas secciones abiertas de la Administración General del Estado han optado por incrementar la concesión del artículo 86.4 con el fin de que –solo en aquellos casos en los que es posible, no en todos los casos– los internos en tercer grado puedan cumplir su condena con pulsera telemática desde casa.
- Ante ese incremento, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias envió un escrito a esos establecimientos explicando que, mientras se adquieren nuevos dispositivos telemáticos, el control del cumplimiento en casa se puede realizar vía telefónica. El escrito... contempla otras medidas para CIS y secciones abiertas entre ellas la posibilidad de que se enlacen permisos de salida a los internos en tercer grado, ya que estos forman parte de su régimen de vida, o que el control de los liberados condicionales se pueda hacer también vía telefónica, previa comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Hay que hacer mención también a la Resolución de 20 de marzo de 2020, de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, por la que se acuerda la reanudación del procedimiento para solicitar y conceder la Gracia del Indulto en la que se resuelve reanudar por razones de interés general todos los procedimientos para solicitar y conceder la gracia del indulto que estuvieran en tramitación con fecha 14 de marzo de 2020 o que se hayan iniciado o vayan a iniciarse con posterioridad a dicha fecha.

Por lo que respecta a las personas que permanecen ingresadas en los centros de internamiento de extranjeros como paso previo a su expulsión, la imposibilidad actual de llevar a cabo esa actuación administrativa por la negativa de muchos países a admitir la entrada de personas procedentes de España tendría que conducir a su puesta en libertad y a la necesaria intervención pública y/o social para atenderlos en los casos en que no tengan aquí familia y/o domicilio; así lo han reclamado, por ejemplo, el Defensor del Pueblo y el Servicio Jesuíta de Migrantes.

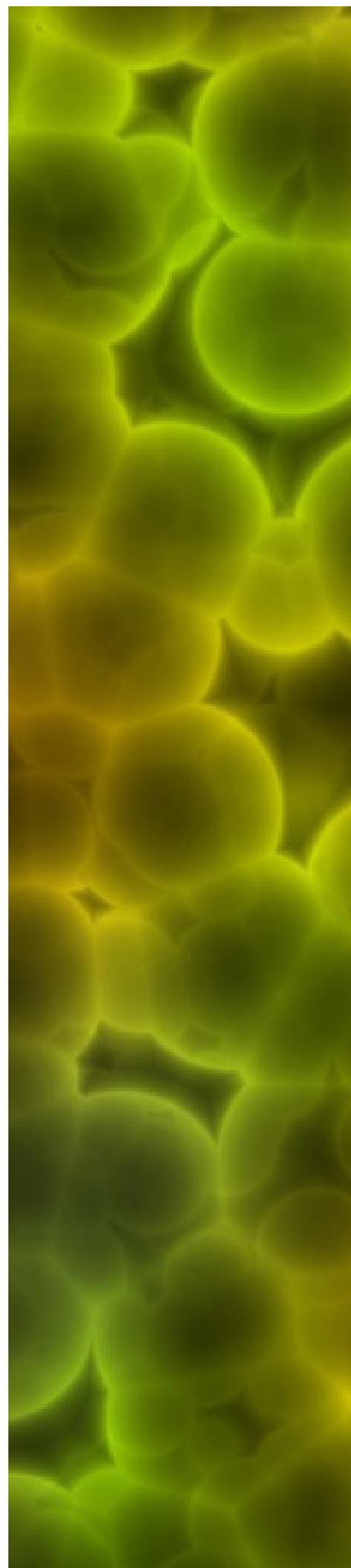
V. LAS RESPUESTAS SANITARIAS, ECONÓMICAS, LABORALES Y SOCIALES AL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA EN LAS PERSONAS VULNERABLES

No mucho antes (finales de 2019) de la declaración del estado de alarma se hizo público el noveno Informe El Estado de la Pobreza, también conocido como Informe Arope (EAPN España, 2019), un seguimiento independiente de los indicadores de riesgo de pobreza y exclusión social que anualmente publica la Red Europea de Lucha Contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN-AS). En dicho informe, recogiendo datos del año 2018, se concluye que en España se encuentran 12.188.288 personas en situación de riesgo de pobreza y/o exclusión social, lo que representa a un 26,1% de población¹⁹.

Aquí se recuerda que “en el marco de la Estrategia Europa 2020, España se comprometió a ‘reducir entre 1.400.000 y 1.500.000 (en el período 2009-2019) el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social de acuerdo con el indicador AROPE’ y la parte proporcional en pobreza infantil. A pesar de que este objetivo no era particularmente ambicioso en su momento, a falta de un año de que se cumpla el plazo, será muy difícil cumplir el objetivo especificado en la estrategia. Sin negar la evidente mejora del AROPE en los últimos cuatro años, aún falta reducir la tasa en otros dos puntos para llegar a la situación de partida y en más de cinco puntos para alcanzar el objetivo. En términos absolutos, cumplir con el compromiso significaría reducir el AROPE en algo más de 2, 6 millones de personas en un año, algo que no ha sucedido nunca”.

Viendo como está ahora la situación sanitaria, laboral, económica y social en España no haría falta ni decir que ese pronóstico poco halagüeño hace unos meses se presenta ahora imposible, con lo que estamos abocados a un incremento devastador de las tres dimensiones recogidas por el indicador: la económica, medida con el umbral de riesgo de

¹⁹ <https://www.eapn.es/estadodepobreza/descargas.php> (a 22 de marzo de 2020).





pobreza; el empleo, a través del indicador de baja intensidad de trabajo por hogar (BITH), y la condición material de vida a través de la medida de Privación material severa (PMS). La situación será, además, peor para personas en las que concurren circunstancias adicionales de vulnerabilidad, como, por citar dos ejemplos, los menores y las personas con alguna discapacidad²⁰.

Pues bien, tras la aprobación del Decreto 463/2020 acordando el estado de alarma se han ido adoptando una serie

²⁰ Según el Informe AROPE, ser un menor pobre es muy distinto de no serlo: el 24,8% vive en hogares en los cuales se han producido uno o más retrasos en el pago de la hipoteca o alquiler del hogar; el 21% en hogares que no pueden mantener la vivienda a temperatura adecuada en invierno; el 27,1% vive en hogares que tienen mucha dificultad para llegar a fin de mes y el 21,6% de la población infantil vive en hogares que no pueden permitirse tener un ordenador. Las cifras de estos cinco indicadores quintuplican por lo menos las que se registran entre la población menor que no es pobre. Además, un 10% de los menores pobres no puede consumir cada dos días una comida de carne, pollo o pescado, el 6,5% no tiene Internet en casa y el 13,3% vive en un hogar que no puede permitirse un coche. Para la mayoría de estas cuestiones los porcentajes entre la población infantil no pobre son puramente testimoniales.

Y, para todas las variables de pobreza y/o exclusión, las personas con discapacidad registran valores mucho más elevados que aquellas que no tienen ninguna, y esto no es una cuestión coyuntural, sino que se cumple para todos los años. En el año 2018, el 31,1%, es decir, prácticamente una de cada tres personas con discapacidad, está en riesgo de pobreza y/o exclusión (ARPE), cifra que es un 28% (7 puntos porcentuales) más elevada que la que soportan las personas sin discapacidad.

de medidas que tratan de hacer frente a las necesidades sanitarias, laborales, económicas y sociales de la población en general y de las personas en situación de vulnerabilidad en particular. En las líneas siguientes nos centraremos en la atención a las personas vulnerables.

En lo que a la protección de su salud se refiere, cabe mencionar la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en cuyo preámbulo se puede leer:

“los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades; y su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes... La propagación del COVID-19 entre personas vulnerables que viven en residencias de mayores, se está observando en los últimos días, por lo que es necesario avanzar en la adopción de medidas organizativas y de coordinación, orientadas a reducir el riesgo de contagio así como a tratar de la forma más adecuada a las personas que sufran esta enfermedad. Mediante la

presente orden, en el marco del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19, se establecen medidas organizativas para la atención sanitaria de los residentes afectados por el COVID-19 y de quienes conviven con ellos”.

A continuación se incluyen medidas relativas a todo el personal, sanitario y no sanitario, que preste servicio en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios; medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID-19 en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios; medidas relativas a la limpieza en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios; medidas relativas a los profesionales sanitarios en relación con la atención sanitaria en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios; medidas de coordinación para el diagnóstico, seguimiento y derivación COVID-19 en residencias de mayores y otros centros sociosanitarios y el Sistema Nacional de Salud y medidas de seguimiento de casos.

Por lo que respecta a las cuestiones económicas y de la salud pública, antes de la aprobación del Decreto de estado de alarma se aprobaron dos normas de rango legal: la primera el Real Decretoley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública que, entre otras cosas, llevó a cabo una reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social:

“Hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”.

Poco después se aprobó el Real Decretoley 7/2020, de 12 de marzo, por el que

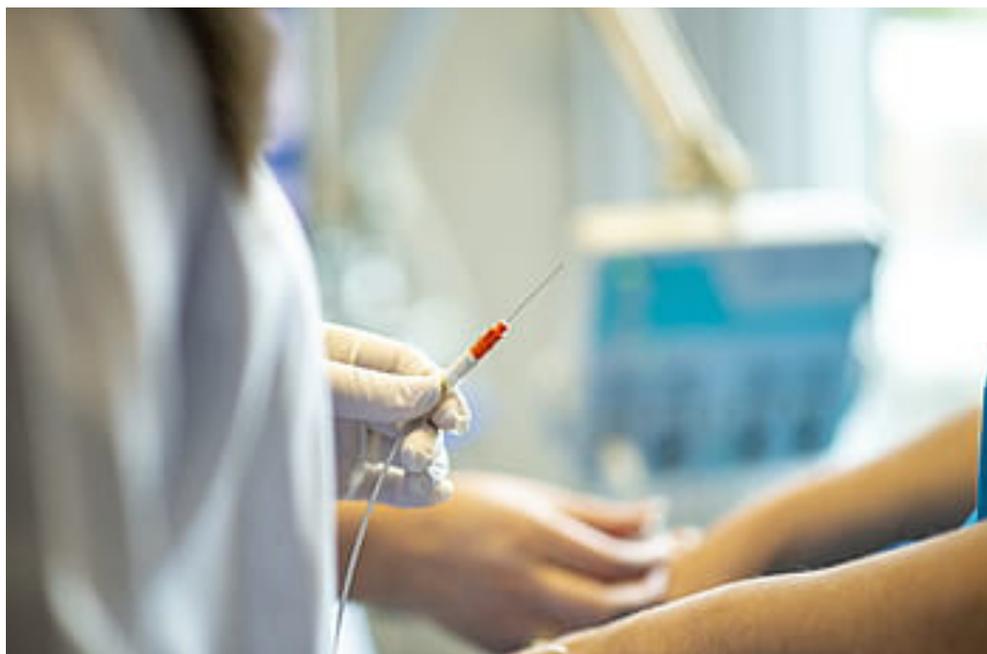
se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Por mencionar algunas de las resumidas en su preámbulo,

“las medidas adoptadas se orientan a reforzar el sistema de salud pública, apoyar a las personas trabajadoras y familias más vulnerables afectadas por la situación excepcional y extraordinaria, garantizar la liquidez de las empresas del sector turístico y apoyar la financiación de las pequeñas y medianas empresas y autónomos...

se dotan, con carácter excepcional, recursos presupuestarios con cargo al Fondo de Contingencia para atender los gastos ocasionados por las necesidades sanitarias que se presenten en las Comunidades Autónomas y mitigar las consecuencias sociales y económicas derivadas de esta pandemia...

se asegura el derecho básico de alimentación de niños y niñas en situación de vulnerabilidad que se encuentran afectados por el cierre de centros educativos decretado en diferentes zonas del país como medida para frenar la expansión del COVID-19. La medida tiene como objetivo prevenir situaciones de carencia como consecuencia de la falta de acceso a los servicios de comedor de los centros educativos de los que algunos de estos niños y niñas disfrutaban gracias a las becas de comedor. La atención de los menores en condiciones de vulnerabilidad es una de las prioridades estratégicas del Gobierno y en las actuales circunstancias deben ser un colectivo especialmente protegido.

El real decreto-ley establece las medidas (ayudas económicas o prestaciones directas de servicios de distribución de alimentos) gestionadas por los servicios sociales de atención primaria en coordinación con los centros escolares y las respectivas consejerías de educación y de servicios sociales de las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla; y aprueba la concesión de suplementos de crédito en el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 por importe total de 25.000.000



euros para financiar las correspondientes transferencias a las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla para proceder a la puesta en marcha de las medidas”.

En ese mismo preámbulo se justifica el recurso al Decreto-ley, entre otros, en los siguientes argumentos:

“... La situación generada por la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional genera la concurrencia de motivos de salud pública que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar medidas. En el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública.

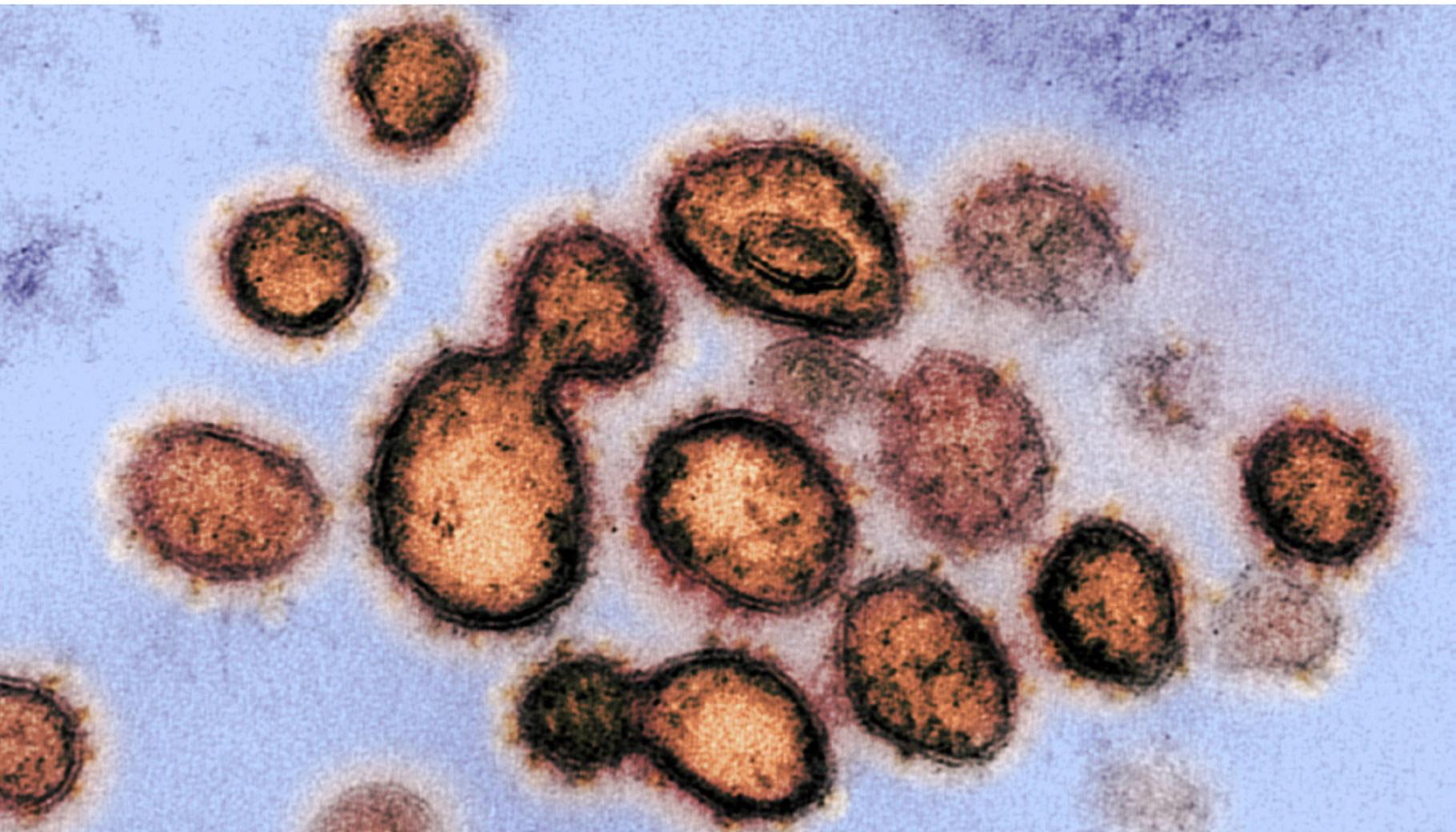
Asimismo, la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar este real decreto-ley se inscribe en el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y esta decisión, sin duda, supone una ordenación de prioridades políticas de actuación (STC, de 30 de enero de 2019), centradas en el cumplimiento de la seguridad jurídica y la salud pública... Debe señalarse también que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de

los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general...”.

Con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma se aprobó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En su preámbulo se resumen una serie de medidas dirigidas a los colectivos más vulnerables:

“El capítulo I articula una serie de medidas de apoyo a trabajadores, familias y colectivos vulnerables, que se ven particularmente afectados por las circunstancias actuales y, por ello, merecen una atención destacada en el presente real decreto-ley. Así, se adoptan medidas para garantizar la asistencia a domicilio de las personas dependientes, para ampliar la protección en el ámbito energético y de suministro de agua, así como en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. También se refuerza la protección de los trabajadores autónomos y se dispone una moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias de los colectivos particularmente vulnerables.

En primer lugar, se refuerza en 300 millones de euros el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar un Fondo Social Extraordinario para hacer frente a las consecuencias sociales



del COVID-19 mediante transferencias a las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla para financiar las prestaciones básicas de los correspondientes servicios sociales.

El real decreto-ley establece, en segundo lugar, que las corporaciones locales disponen de una cantidad de igual cuantía del superávit del ejercicio 2019 para financiar las ayudas económicas y todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia que vienen recogidas en el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 16 de enero de 2013, que recoge el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales.

En tercer lugar, se amplía la cobertura de colectivos vulnerables en el ámbito del suministro de servicios públicos esenciales, en particular en el ámbito del agua, el gas natural y

la electricidad, y se congelan los precios correspondientes a los gases licuados del petróleo. El servicio de suministro domiciliario de agua potable para consumo humano es un servicio esencial que debe quedar garantizado, especialmente, en las actuales circunstancias. Con este fin, se imposibilita el corte de suministro de agua por incumplimiento de contrato a los consumidores que tengan la condición de vulnerables, entendiendo por tales los que tienen esa condición conforme a la normativa en materia del sector eléctrico. Esta medida se aplica igualmente a los consumidores de gas natural.

Asimismo, en estas circunstancias, los suministros energéticos adquieren, si cabe, una naturaleza aún más esencial, especialmente para los consumidores más vulnerables.

Por ello, para evitar que los beneficiarios del bono social eléctrico dejen de percibir los descuentos y beneficios previstos en la normativa, en el caso de que agoten el plazo de

vigencia de dos años previsto en la normativa vigente, se prorrogará de forma automática dicho plazo de vigencia hasta el 15 de septiembre de 2020. Además, se suspende la revisión para los siguientes tres bimestres de los precios máximos de venta al público, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados, para evitar el alza de su precio...

Asimismo, en quinto lugar, se establecen medidas para favorecer la conciliación laboral, mediante el derecho de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19 a acceder a la adaptación o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario. Resulta imprescindible evitar la aplicación de sanciones por falta de asistencia de la persona trabajadora al trabajo ante la necesidad de atender al cuidado de personas a su cargo, multiplicadas

en la situación actual ante el cierre de diversos establecimientos públicos o concertados, como centros escolares, residencias de mayores o centros de día...

El presente real decreto-ley adopta una medida de carácter urgente dirigida a asegurar la protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad tras la aprobación del 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. La atención de todas las personas en condiciones de vulnerabilidad es una de las prioridades estratégicas del Gobierno y en las actuales circunstancias deben ser un colectivo especialmente protegido.

Por ello es de especial importancia garantizar el derecho a la vivienda a los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad que vean reducir sus ingresos como consecuencia de la crisis sanitaria del

COVID-19... La experiencia acumulada tras la crisis financiera de 2008 aconseja ampliar significativamente la protección a este colectivo para que puedan acceder a una moratoria en el pago de sus hipotecas y evitar la pérdida de sus viviendas. Adicionalmente, esta medida también beneficia a las entidades financieras en la medida que ayuda a contener la morosidad en una situación extraordinaria, como la actual...

... mientras esté en vigor el estado de alarma, los operadores de telecomunicaciones deben mantener los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público contratados por sus clientes, de forma que no podrán suspenderlos o interrumpirlos, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de servicios suscritos entre operadores y consumidores”.

Finalmente, no es ni mucho menos descartable la aprobación de nuevos

Decretos-ley con los que el Gobierno trate de hacer frente a las graves consecuencias que está generando la crisis sanitaria del COVID-19, máxime teniendo en cuenta que los pronósticos no son optimistas en el momento de escribir estas páginas y que ya se ha anunciado la petición al Congreso de los Diputados para que prorrogue la vigencia del estado de alarma. En todo caso, y como es bien sabido, corresponde también al Congreso debatir la convalidación de estas normas y, en su caso, tramitarlas como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Decíamos más arriba que la referencia a los grupos vulnerables se comenzó a extender en los últimos años en la normativa española; a poco que reparamos en las disposiciones que se han aprobado entre el 15 y el 22 de marzo de 2020 encontraremos una constante mención a dichos grupos, cuyos derechos, en tiempos tan hostiles, y recordando a Ihering y su “lucha por el Derecho”, dependen de que, como sociedad, estemos dispuestos a defenderlos. ❖

Novedad

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

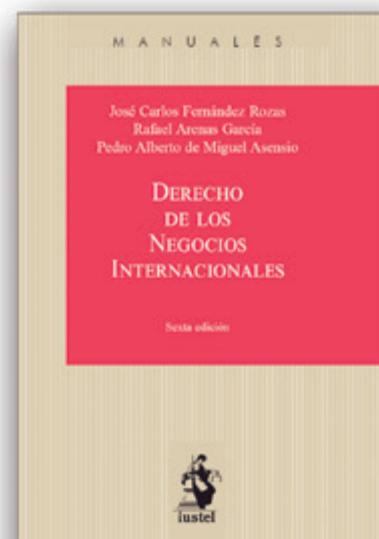
Sexta edición

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
RAFAEL ARENAS GARCÍA
PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
 ISBN 978-84-9890-381-2. 789 páginas. 65,00€

La expansión de los negocios transfronterizos está asociada a la creciente importancia que para el desarrollo de la actividad empresarial presenta la regulación del comercio internacional. Las operaciones transfronterizas en el entorno global se caracterizan por la presencia de peculiares riesgos e incertidumbres ligados a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos y jurisdicciones nacionales, pero también destaca el progresivo desarrollo de mecanismos específicos para hacer frente a esas exigencias. Esa transformación se manifiesta en la evolución de los ordenamientos nacionales y el impacto de los procesos de integración, así como en el creciente desarrollo de la normativa internacional y transnacional, la adaptación de la práctica negocial y el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias.

A partir de la realidad actual de la práctica de los negocios internacionales, el libro analiza con rigor los principales sectores reguladores de la actividad comercial internacional. Entre los sectores que son objeto de análisis específico se incluyen: la tutela de los bienes inmateriales y la libre competencia; la constitución, establecimiento fuera del Estado de constitución, transformación y movilidad de las sociedades; el régimen de la contratación comercial internacional en general y de sus principales modalidades, como los contratos de compraventa, los contratos de transporte, las garantías de la contratación, los contratos de distribución y los de transferencia de tecnología; el tratamiento de los procedimientos concursales en el ámbito internacional; y las características y funcionamiento del arbitraje comercial internacional.

Esta sexta edición incorpora las novedades producidas en estos sectores, que son especialmente dinámicos. segunda edición ve considerablemente incrementado el conjunto de casos prácticos y cuestiones test propuestos a sus destinatarios.



Para más información www.iustel.com

VIGILAR Y CASTIGAR EL CONFINAMIENTO FORZOSO

PROBLEMAS DE LA POTESTAD SANCIONADORA AL SERVICIO DEL ESTADO DE ALARMA SANITARIA

CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO*

I. 14 DE MARZO DE 2020. DEL “WAIT AND SEE” AL “FAST AND FURIOUS”

Con la poca distancia que tenemos respecto de una situación desconocida, que evoluciona a cada hora que pasa, y con las necesarias cautelas que de ello se derivan, cabe afirmar que la respuesta del Reino de España a la pandemia mundial de COVID-19 se ha caracterizado por dos trazos.

El primero es la tardanza en haber reconocido la dramática seriedad de la amenaza sanitaria que se cernía sobre Europa, desde que la Organización Mundial de la Salud calificó el COVID como Emergencia de Salud Pública de Importancia

Internacional, el 30 de enero de 2020, y como pandemia el 11 de marzo.

En correlación directa con esta tardanza, el segundo rasgo es la brusquedad y agresividad de las medidas implantadas para tratar de atajar los contagios. Del “*wait and see*” pasamos sin solución de continuidad al “*fast and furious*”.

Frente a la mayoría de países europeos, que han optado por una dosificación más proporcional de las restricciones a los derechos fundamentales de reunión y circulación, España incluyó, entre otras medidas, una prohibición general de desplazamientos de la ciudadanía fuera de su domicilio.

Así se recoge en el artículo 7 de la declaración de estado de alarma adoptada por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo,

* Catedrático E.U. de Derecho Administrativo en la Universidad de A Coruña.



por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El confinamiento domiciliario general sólo puede excepcionarse en los casos previstos por este mismo artículo. Su incumplimiento puede acarrear penas y sanciones administrativas.

Antes de analizar con pormenor la articulación de estas disposiciones, es necesario mencionar al menos la inconsistencia constitucional de esta respuesta al COVID-19, desde el punto de vista del carácter reforzado y preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Estamos ante una medida de contenido altamente invasivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial de la libertad personal, el derecho de reunión y el de libre circulación. Se trata de un confinamiento domiciliario forzoso y generalizado de toda la población, destinado a evitar la transmisión comunitaria del virus. Ningún país europeo hasta la fecha (he revisado las normativas de Italia, Alemania, Bélgica, Portugal, Reino Unido y Francia) ha ido tan lejos.

Pero, con independencia de su finalidad sanitaria, la naturaleza de este confinamiento forzoso no es la de una simple limitación o compresión del ejercicio de estos derechos fundamentales en determinados lugares, momentos o espacios públicos, sino una suspensión general de los mismos. Suspensión que habría obligado como requisito previo a la declaración del estado de excepción, de conformidad con las habilitaciones previstas por el artículo 4 y 11 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio¹.

¹ El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 permite, durante el estado de alarma, “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y

Más allá de esta importante dimensión constitucional más general, el propósito de este trabajo es analizar la consistencia jurídica del sistema de garantía punitiva del estado de alarma. Es decir, de la utilización de la potestad sancionadora habilitada por el Real Decreto 463/2020 para respaldar la eficaz aplicación de las medidas restrictivas de derechos que en él se contemplan.

II. UN EXPERIMENTO ADMINISTRATIVO DE DISCIPLINA SOCIAL SIN PRECEDENTES

En nuestro derecho, la potestad sancionadora es una potestad administrativa cuya legalidad –formal y material– constituye, a su vez, un derecho fundamental reconocido en el artículo 25 de la Constitución.

Por esta razón, el derecho a la legalidad sancionadora goza de una dinámica jurídica propia y específica.

lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”, así como “Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias”. Más allá del debate sobre la necesidad del estado de alarma, que nadie en su sano juicio duda, el núcleo del debate sobre su proporcionalidad e idoneidad constitucional se centrará, creo, en si las obligaciones que impone el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, incluida la de confinamiento domiciliario, pueden ser entendidas dentro del concepto jurídico “prestaciones personales obligatorias”. No me parece que sea así, si pensamos que el propio Real Decreto regula de manera específica en el artículo 8.2 estas prestaciones personales obligatorias. Por ello, no puede sino concluirse que el estado de alarma es inidóneo para dar cobertura a la medida de confinamiento forzoso. Probablemente, desde el punto de vista de la idoneidad constitucional el estado de alarma debería haberse adoptado a principios de marzo, dejando el estado de excepción para el manejo de la crisis a partir del 14 de marzo.

Hoy, esta dinámica va más allá de nuestra Constitución, al estar también garantizado por los artículos 5 (derecho a la libertad y seguridad), 6 (proceso equitativo) y 7 (legalidad penal) del Convenio de Roma, con la correspondiente jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la ejecución del derecho de la Unión Europea por los Estados miembros y la propia Unión, el Tribunal de Justicia cuenta también con jurisdicción sobre la tutela del derecho a la legalidad sancionadora, la presunción de inocencia o el *ne bis in idem*.

Desde este punto de vista, el Real Decreto 463/2020 constituye un experimento administrativo sin precedentes conocidos. Al menos por los dos siguientes motivos.

– Estamos ante la primera vez que el cumplimiento de las restricciones establecidas en estado de alarma se garantiza con medidas sancionadoras de eficacia general.

El único precedente de declaración del estado de alarma en los 41 años de vigor de la Constitución de 1978², el 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, no contenía ninguna norma sancionadora de eficacia general para su respaldo, pues su contenido consistía en la militarización temporal de los controladores aéreos, con la correlativa aplicación de las leyes penales y disciplinarias militares.

² En un contexto muy distinto, durante la Dictadura Franquista, el Decreto-Ley 1/1969, de 24 de enero, declaró el estado de excepción durante tres meses en todo el territorio nacional, suspendiendo los derechos de libre expresión, libre fijación de residencia, intimidad del domicilio familiar, reunión y asociación.

En cambio, en este caso, los actos administrativos habilitados por el Real Decreto 463/2020 son muchos y de variadísima casuística; en especial, los de contenido sancionador.

Con toda probabilidad, la recurribilidad autónoma de las sanciones administrativas impuestas al amparo del Real Decreto 463/2020 permitirá ir más allá de la evaluación jurídica realizada por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 83/2016, de 28 de abril (ponente: Adela Asua Batarrita), dictada en amparo contra el Real Decreto 1673/2010 citado, de tal modo que la comprobación de la consistencia jurídico-constitucional de la potestad sancionadora habilitada por el Real Decreto 463/2020 tendrá un recorrido mucho más amplio, que incluirá la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa, y que probablemente acabe en el TEDH.

– El propósito de confinamiento domiciliario masivo e inmediato de la población, aun por causa de una emergencia sanitaria, entraña de por sí un muy difícil desafío para un Estado social y democrático de Derecho.

En la abrumadora mayoría de países, para responder a pandemia se ha optado por medidas progresivas (cierre de escuelas, negocios, instituciones, limitación del derecho de reunión), que han propiciado el distanciamiento social y el autoaislamiento.

Este tipo de medidas, menos invasivas de la libertad individual, dejan un mayor margen de corresponsabilidad al individuo, y propician una razonable eficacia en la lucha contra el contagio, sin necesidad de recurrir a medidas punitivas. Pues, hasta donde sabemos, es la profilaxis higiénica y el distanciamiento



respecto de las personas lo que impide o cuando menos mitiga la cadena de contagios.

Si esto es así, la imposición de un confinamiento domiciliario general y forzoso de toda la población sana (salvo la autorizada expresamente), posee un carácter preventivo. El gobierno ha entendido que la idoneidad de esta medida preventiva justificaba el sacrificio de derechos fundamentales bajo el estado de alarma, sin tiempo para reflexionar desde el punto de vista del *favor libertatis* legalmente establecido en este ámbito³ a la luz de las evidencias científicas disponibles sobre el problema global del COVID-19⁴.

La incertidumbre existente el 14 de marzo era inevitable, y en ese sentido no puede sino reconocerse que todos estamos atravesando a tientas un territorio desconocido. Parece razonable, pues, extender sobre el Real Decreto 463/2020 una presunción general de validez fundada en el principio de *precaución sanitaria*, hoy reconocido por el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, general de Salud Pública en los términos siguientes: “La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”.

Con independencia de lo acertado o no de la medida –algo que sólo el tiempo dirá–, lo cierto es que la política de “*compliance*” del estado de alarma en España ha consistido en construir un apresurado cóctel de disciplina social con todas las herramientas disponibles del intervencionismo administrativo para lograr que la gente no salga de casa: desde los hashtags del #yomequedo en casa, hasta el confinamiento domiciliario general, pasando por el uso de los medios de comunicación

³ De conformidad con el artículo 26 de la Ley General de Sanidad de 1986, “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”, añadiendo el párrafo segundo de este artículo que: “La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”. Por su parte, el artículo 28 de esta misma Ley establece que todas estas medidas preventivas deben atender a los siguientes principios:

- Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 33/2011, general de Salud Pública, recoge el principio de “*pertinencia*”, consistente en que “Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad”, añadiendo su artículo 27.3 que “Las acciones de protección de la salud se regirán por los principios de proporcionalidad y de precaución, y se desarrollarán de acuerdo a los principios de colaboración y coordinación interadministrativa y gestión conjunta que garanticen la máxima eficacia y eficiencia”.

⁴ Vid. desde esta perspectiva el trabajo de Marianna Baggio, “Here’s why society is reacting with panic to coronavirus”, *World Economic Forum*, 10 de marzo de 2020, disponible en <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/dont-panic-how-human-behaviour-can-fuel-the-coronavirus/>.

públicos y privados y el patrullaje urbano de las Fuerzas Armadas.

El objetivo del presente trabajo es analizar la consistencia jurídica de las herramientas de vigilancia y castigo puestas por el Real Decreto 463/2020 al servicio del cumplimiento del estado de alarma.

III. LA PROHIBICIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SUS AMPLIAS EXCEPCIONES

Pese al tenor literal de su denominación (que habla de limitación de la libertad de circulación), el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 recoge una prohibición general de circulación por vías y espacios de uso público⁵ durante la vigencia del estado de alarma⁶.

Como sabemos, su finalidad es la de propiciar el máximo aislamiento social de la población y, con ello, evitar las cadenas de contagio del coronavirus.

Esta prohibición es susceptible de levantarse, caso por caso, 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 justificada⁷:

- Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.

⁵ La primera redacción del Real Decreto de 14 de marzo hablaba de vías de uso público. Tres días después, el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (en vigor desde el 18 de marzo), incluyó la expresión “espacios públicos” en el inciso primero del artículo 7. El concepto de vías de uso público incluye las carreteras –destinadas fundamentalmente a la circulación de vehículos automóviles–, y los caminos de titularidad pública, como por ejemplo las rutas de peregrinación a Santiago de Compostela. Los espacios públicos es un concepto jurídico más amplio, en el que deben englobarse, al menos, los bienes demaniales que sean de uso común general. Esto significa, por ejemplo, que se podría pasear lícitamente por montes en mano común.

⁶ El Real Decreto contempla en sus artículos 10 y 11 toda una serie de “medidas de contención”, que son las que comúnmente se han adoptado en la mayoría de países para tratar de atajar los contagios. Estas medidas, en nuestro caso van desde el cierre preventivo de locales y establecimientos minoristas, con una serie de excepciones, a la suspensión la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del Real Decreto. También se suspenden las actividades de hostelería y restauración, así como las verbenas, desfiles y fiestas populares, lo que incluye la Semana Santa. Estas suspensiones de actividades carecen de naturaleza sancionadora. Recuérdese que, conforme al artículo 37 de la Ley General de Sanidad de 1986, “No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad”.

⁷ La permisión de movilidad con personas vulnerables se pasó de la letra h) al inciso primero del artículo mediante el Real Decreto 465/2020.

- 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.

Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior, o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio. En todo caso, cualquier desplazamiento debe respetar las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.

Este planteamiento regulatorio demanda una incesante actividad de control policial para la que no hay certezas interpretativas. Ni siquiera hay formularios oficiales de formalización o constancia de la finalidad del desplazamiento y, aunque los haya, este tipo de “autocertificados” o declaraciones responsables no gozan de regulación: son “placebos” que no evitan la tarea de comprobación individualizada de su veracidad por los agentes de la autoridad.

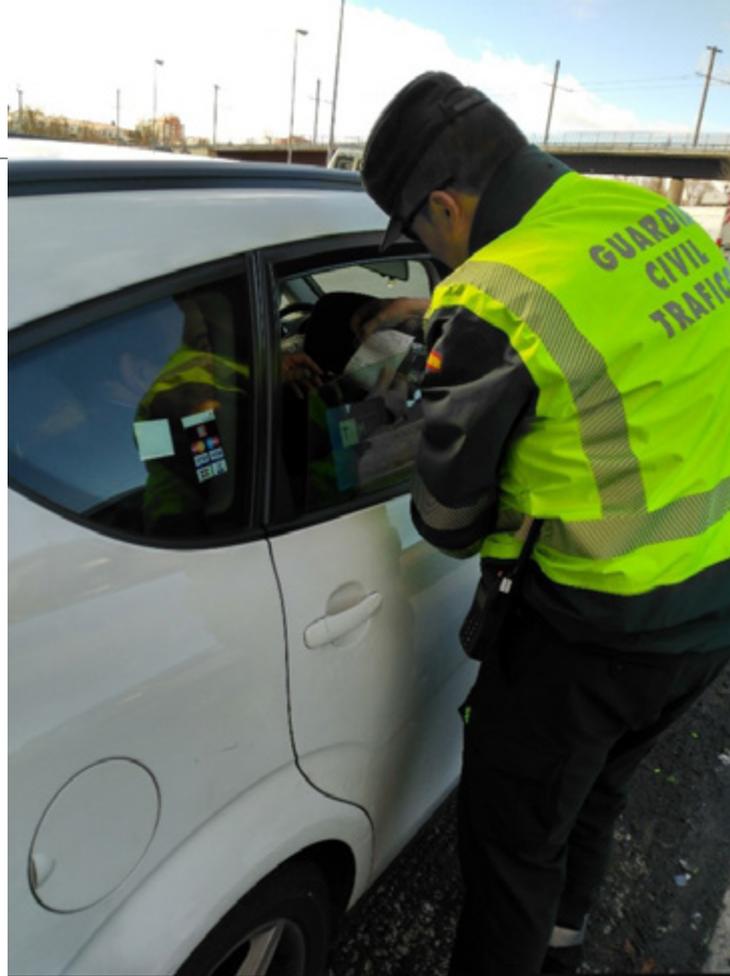
La inseguridad jurídica de los ciudadanos a la hora de discernir cuándo y cómo pueden salir de casa es más que notoria.

Las causas de autorización son tan laxas, que otorgan a cualquier agente de la autoridad la potestad de decidir si una persona está saliendo legítimamente o no de casa y, por tanto, si puede o no sancionarla. La propia letra h) del artículo 7, aparentemente tan necesaria para dar flexibilidad al confinamiento forzoso, vulnera lo dispuesto por el artículo 27.4 de la Ley 39/2015: “Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”. Además, algunas comunidades autónomas han aprobado instrucciones para introducir interpretaciones que flexibilizan en ciertos casos la permisividad de actividades⁸.

⁸ Por ejemplo, la Resolución de 21 de marzo de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Centro de Coordinación Operativa (Cecop), de 21 de marzo de 2020 (Diario Oficial de Galicia n.º 56, de 22 de marzo), que establece en su punto décimoprimer una “aclaración sobre desplazamientos desde o al lugar de trabajo”. Consiste en que “Se aclara expresamente que concurre causa justificada que permite la excepción a la regla del carácter individual de los desplazamientos en los siguientes casos (con carácter no exhaustivo y, por tanto, sin perjuicio de otros casos que puedan existir):

– Los desplazamientos desde y al lugar de trabajo en vehículo compartido por más de un trabajador, en sectores críticos para el mantenimiento de los servicios esenciales y de empresas que son esenciales para asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales (como, por ejemplo, trabajadores de las compañías energéticas para la resolución de averías, por ser imprescindibles para el mantenimiento del suministro energético, muy especialmente en los hospitales y resto de centros sanitarios, así como también al resto de la ciudadanía y a la industria; trabajadores del sector primario –agricultores, ganaderos, sector forestal, conserveras...–, por estar vinculados a la garantía del mantenimiento de la cadena alimentaria, así como trabajadores de transporte, recogida y tratamiento de residuos).

El traslado en estos casos puede realizarse a cargo de la propia empresa en vehículos compartidos de su titularidad (microbuses, por ejemplo) o bien compartiendo los trabajadores vehículo.



A viernes 20 de marzo, se habían practicado 31.200 denuncias por incumplimiento del confinamiento forzoso, y se habían detenido a 350 personas por resistencia a la autoridad. Y esto, en la fase de “pedagogía”, según la expresión de los mandos policiales.

Aunque, en relación con la población total de España, 47 millones de personas, ese número de denuncias es muy reducido (un 0,06%) y puede ser considerado un claro éxito de cumplimiento colectivo, ese mismo día, en la rueda de prensa del comité técnico, los mandos policiales anunciaron la política de “tolerancia cero” con los incumplidores.

Pasemos a ver cómo se arma jurídicamente el régimen sancionador de estas obligaciones.

IV. LA RENUNCIA DEL REAL DECRETO 463/2020 A UN RÉGIMEN SANCIONADOR PROPIO. CONSECUENCIAS

El Real Decreto 463/2020 establece en su artículo 20 el siguiente régimen sancionador:

El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

El número de personas que compartan vehículo en los casos antes expresados no podrá superar el número siguiente:

- 2 personas para vehículos con una ocupación máxima de 5 personas.
- 3 personas para vehículos con una ocupación máxima de 7 personas.
- 4 personas para vehículos con una ocupación máxima de 9 personas.
- 30% de su ocupación para vehículos con una ocupación superior a 9 personas”.

El punto décimo primero acaba con la siguiente apostilla: “Se decide, asimismo, remitir este criterio interpretativo a la Administración del Estado, a los efectos de su conocimiento y para que, en caso de que entienda que esta interpretación no resulta posible, lo indique expresamente”.

El precepto, aparentemente sencillo, se limita a reproducir el contenido del punto uno del artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, conforme al cual “*El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes*”.

Así pues, el Real Decreto 463/2020 no contiene un elenco propio de infracciones, sanciones o delitos que den específico respaldo a los mandatos y prohibiciones sustantivas establecidas a lo largo de su articulado. En especial, el artículo 7.

Se ha optado por lo más fácil: realizar una remisión legal, muy genérica e indeterminada al conjunto del ordenamiento jurídico ordinario.

Las consecuencias de la inexistencia de un régimen sancionador específico son, a nuestro entender, las siguientes.

a) No hay un régimen sancionador extraordinario, propio del estado de alarma.

En primer lugar, el régimen sancionador que deba aplicarse para reprimir el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones en vigor durante el estado de alarma, no es sino el ordinario existente. No hay un régimen sancionador extraordinario, propio del estado de alarma.

De modo que, conforme al bloque de constitucionalidad existente, permanecen incólumes los tipos y reglas penológicas del Código Penal, así como los preceptos relativos a los principios de la potestad sancionadora que se prevén en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y los preceptos relativos a los procedimientos sancionadores que se contienen en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Consecuencia lógica de lo anterior es, también, que el ejercicio de la potestad sancionadora habilitada por el estado de alarma no puede realizarse de plano o verbalmente: a la persona infractora le asisten todos los derechos sustantivos y procedimentales previstos por la legislación básica, ex art. 63.2 Ley 39/2015. En ningún caso, pues, sería de aplicación la cláusula habilitante de resoluciones de plano prevista por el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020.

Pero, además de ello, los ciudadanos mantienen incólumes todos y cada uno de los derechos sustantivos y procedimentales que se proyectan sobre la potestad sancionadora ordinaria en nuestro ordenamiento. De ahí que el régimen excepcional del estado de alarma entrañe constantes tensiones –cuando no vulneraciones– con la eficacia real de esos derechos.

b) No hay un cuadro propio de infracciones y sanciones del estado de alarma.

En segundo lugar, se ha renunciado a las posibilidades tipificadoras de específicas infracciones y sanciones que propicia la doctrina contenida en la STC 83/2016.

Conforme a esta doctrina constitucional, los reales decretos por los que se declara el estado de alarma, pese a su forma,

tienen rango o valor de ley. De modo que, conforme a la garantía formal del principio constitucional de legalidad sancionadora (art. 25 CE), los reales decretos de declaración del estado de alarma son perfectamente aptos para tipificar *ex novo* tanto los comportamientos susceptibles de ser castigados como infracción, como las sanciones que se consideren proporcionales a su represión o castigo. Sin embargo, el Real Decreto 463/2020 sólo recoge mandatos y prohibiciones generales, sin tipificarlos como infracciones, ni graduarlas en leves grave o muy graves, ni graduar correlativamente las correspondientes sanciones que quepa imponer.

Esta renuncia plantea muy serias dudas sobre la consistencia jurídica del dispositivo sancionador.

En primer lugar, la duda de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad en la determinación normativa del régimen sancionador que ordena el artículo 29.3 de la Ley 40/2015.

Conforme a este principio, “*En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción*”.

Al no establecer concretas sanciones al incumplimiento de los mandatos y prohibiciones previstos y, en cambio, remitirse genéricamente a las leyes, el Real Decreto 463/2020 renuncia a realizar el juicio de necesidad e idoneidad que se deriva de esta regla de proporcionalidad de la potestad sancionadora. Más precisamente, lo *deslegaliza*, y remite ese juicio a la propia Administración que debe ejecutar el Real Decreto. Más adelante veremos que esa “Administración” son todos y cada uno de los agentes de autoridad habilitados por el Real Decreto 463/2020. En cualquier caso, son ellos los que están habilitados para seleccionar discrecionalmente qué infracción se comete –dentro de las previstas por las leyes sectoriales del derecho ordinario de emergencia⁹– y qué sanción le corresponde.

Pueden citarse en este sentido los artículos 35 y 36 de la Ley 14/1985, general de Sanidad; el título VI de la Ley 33/2011, general de Salud Pública, el título VI de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. No la Ley 6/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que carece de apartado sancionador.

Pero también serían de aplicación las leyes autonómicas que, como el caso de la Ley gallega 5/2007, de Emergencias de Galicia, contienen un específico título sancionador (el VII). No veo tampoco inconveniente para afirmar que, en el ámbito local, son de aplicación las infracciones recogidas en ordenanzas de convivencia redactadas al amparo de la habilitación contenida en el artículo 139 de la LBRL, a la vista de las específicas competencias que las entidades ostentan en materia de protección de la salubridad pública (art. 25.2.j) LBRL) y seguridad ciudadana (art. 25.2.f) y g LBRL).

⁹ Cabe citar en este sentido la Ley Orgánica.

En cualquier caso, al habilitar a los agentes de autoridad para que escojan qué infracción utilizar para subsumir los incumplimientos de las obligaciones sustantivas previstas por el artículo 7, el panorama no puede ser más desolador desde un punto de vista garantista: el principio de tipicidad sancionadora, con sus garantías materiales de *lex certa* y *lex previa*, y su *carácter absoluto* (en las conocidas palabras del Tribunal Constitucional) salta irremediabilmente por los aires, en tanto que los ciudadanos no pueden saber previamente cuál es la sanción que le va a suponer la infracción de las obligaciones de confinamiento que se han establecido.

Es el momento de describir con pormenor el alcance de la fragmentación subjetiva del sistema sancionador.

V. LA AMPLITUD DE LAS AUTORIDADES HABILITADAS PARA INSPECCIONAR Y DENUNCIAR INCUMPLIMIENTOS DEL ESTADO DE ALARMA

Si bien es cierto que el artículo 4 del Real Decreto declarativo del estado de alarma atribuye la autoridad competente al Gobierno (mando único), también lo es que, a continuación, el artículo 5 (“*colaboración con las autoridades competentes delegadas*”) amplía enormemente los sujetos habilitados para garantizar coactivamente su cumplimiento:

- Sitúa a todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (CNP, Guardia Civil, cuerpos autonómicos y locales) bajo las órdenes directas del Ministerio del Interior, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares.
- Habilita a todos los agentes de autoridad unas potestades de policía extraordinariamente amplias, para “*practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo*”. Esto es, todos y cada uno de los agentes de autoridad están habilitados para interpretar el Real Decreto, subsumir los supuestos de hecho que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, presentar denuncias y, en su caso, ejecutar de manera coactiva, forzosa y directa la cesación de servicios y actividades suspendidas.
- A continuación, se impone un deber de colaboración específico de la ciudadanía con la labor de los agentes de autoridad en el ejercicio de estas funciones. Literalmente, “*A tal fin, la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones*”. De ello cabe deducir la existencia de un deber específico de denuncia de todos los comportamientos que presuntamente puedan conculcar las prohibiciones fijadas por el Real Decreto¹⁰, de modo que son de aplica-

ción todas las previsiones del artículo 62 de la Ley 39/2015, en particular la obligación de identificación personal del denunciante y la posibilidad del “*programa de clemencia*” del denunciante que también fuese infractor.

- Habilita a que el Ministro del Interior pueda dictar órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada. Esto es, de conformidad con el artículo 3 de esta Ley: las empresas de seguridad privada, el personal de seguridad privada, los despachos de detectives, y los servicios de seguridad privada.
- Finalmente, las “*autoridades competentes delegadas*” podrán también requerir la actuación de las Fuerzas Armadas para garantizar el eficaz cumplimiento de las medidas del estado de alarma (artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional, conforme al cual es misión de las Fuerzas Armadas “*(...) preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente*”). La disposición adicional quinta del Real Decreto 463/2020 les atribuye expresamente a estos efectos la condición de agente de la autoridad. Nada impide, pues, que el Ejército se despliegue para realizar misiones de policía administrativa de apoyo al cumplimiento del estado de alarma. Y así se ha hecho.

En definitiva, será la Administración –entendida en este amplísimo sentido– quien podrá decidir qué leyes son esas a las que se remite el artículo 20.

Es decir, será esa Administración la que deba seleccionar cuándo se está desobedeciendo el confinamiento forzoso y, ante la muy variada casuística que se presente, qué delitos, infracciones y sanciones serán los que resulten aptos para subsumir en su tipo las conductas que supongan la infracción de las obligaciones, mandatos y prohibiciones previstas en el Real Decreto 463/2020. Por lo demás, y de conformidad con el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, los documentos formalizados por los agentes de autoridad descritos y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos, harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.

VI. LA NULA REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD SANCIONADORA MEDIANTE EL DESARROLLO “REGLAMENTARIO” POSTERIOR DEL REAL DECRETO

Ante la profunda inseguridad y discrecionalidad que se deriva de la combinación de los artículos 5, 7 y 20 del Real Decreto 463/2020, era razonable esperar que la actividad normativa

circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal”. Nótese, sin embargo, que este deber se limita a los riesgos o peligros graves para la salud pública. Es razonable interpretar que los riesgos de contagio por COVID-19 lo son.

¹⁰ Recuérdese en este sentido que el artículo 9.1 de la Ley 33/2011, general de salud pública, establece que “*Las personas que conozcan hechos, datos o*



posterior del Gobierno hubiese contribuido a revisar la consistencia jurídica del dispositivo sancionador puesto al servicio del estado de alarma, mejorando su calidad, su certeza, su transparencia y su previsibilidad. Por desgracia, no puede afirmarse que se haya hecho así.

a) La Orden INT/226/2020, de 15 de marzo.

El primer elemento de concreción y desarrollo del sistema sancionador ha sido la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Publicada en el BOE de 15 de marzo, recoge una serie de medidas operativas destinadas que todos sus destinatarios –las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluidas las policías autonómicas y locales, así como el personal de las empresas privadas– apliquen de manera concertada el Real Decreto.

En particular, se establece que: “Las medidas previstas en la presente Orden se aplicarán de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad, dirigidos a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos y contener la progresión de la enfermedad”.

Sin embargo, sobre el régimen sancionador, el punto quinto de esta Orden se limita a “recordar”: “(...) sin perjuicio de otros delitos o infracciones en los que se pueda incurrir, conviene recordar que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente pueden ser constitutivos de delitos de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia, tipificados de forma específica en los artículos 550 a 556 del Código Penal”.

Añadiendo que “Igualmente, el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, considera como infracción grave, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuan-

do no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación”.

Como puede observarse, esta Orden no se esfuerza por señalar qué delitos o infracciones puedan ser aplicables a los supuestos materiales de desobediencia del artículo 7, ni a graduarlos en función de su gravedad, conforme a una elemental intelección del principio de proporcionalidad previsto por el artículo 29 de la Ley 40/2015¹¹.

Al contrario, invierte el principio de intervención mínima del sistema penal como *ultima ratio*, y “recuerda” el arsenal más grave a disposición de los propios agentes de la autoridad para preservar esa misma autoridad: el Código Penal y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana.

De este “recuerdo”, parece darse a entender que se recomienda atajar el incumplimiento del Real Decreto mediante la defensa de la propia autoridad policial. La expresión “atajar” no es casual. Pues la recomendación también puede verse como una invitación a la simplificación del régimen sancionador: se transmite la idea de que es mejor y más seguro no seleccionar infracciones sectoriales, sino vigilar y dar órdenes directas a la población, de modo que, en caso de desobediencia, se pueda

¹¹ En este sentido, el propio día 15 de marzo circuló por las redes sociales un documento no oficial que señalaba posibles sanciones de aplicación en el estado de alarma: la Ley Orgánica 4/2015 (infracciones de los artículos 37.15, remoción de vallas, encintados y análogos, y 36.6, desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes, y negativa a identificarse a requerimiento de los mismos, o alegación de datos falsos e inexactos en los procesos de identificación, sanción grave de multa de 601 a 30.000 euros); La Ley 33/2011, general de salud pública (artículo 57.2.b), infracción grave consistente en la realización de conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, cuando ésta no sea constitutiva de infracción muy grave, multa de 3.001 € a 60.000 €, artículo 57.2.b), infracción muy grave; la Ley 17/2015, del sistema nacional de protección civil, infracciones graves de desobediencia en caso de emergencia, con multas de 1.501 € a 30.000 €, del artículo 45.4 y muy graves del artículo 45.3. Sin embargo, este documento carece de valor jurídico alguno.

denunciar directamente por desobediencia y resistencia, sea en modalidad penal o administrativa, en función de su gravedad.

Por lo demás, la Orden establece la llevanza de un registro de seguimiento de las actuaciones adoptadas, que todas las autoridades delegadas involucradas deberán remitir diariamente al Centro Permanente de Información y Coordinación de la Secretaría de Estado de Seguridad (CEPIC)¹². Es de aguardar que, por lo menos, haya transparencia sobre estos datos estadísticos, y no se apliquen los límites de acceso a la información previstos¹³ por el artículo 14 e) o g) de la Ley 19/2013, de transparencia y buen gobierno.

b) Las instrucciones interpretativas de las excepciones del artículo 7.

Deben citarse en este sentido dos Instrucciones de 19 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad, por la que se establecen criterios interpretativos para la atención de personas discapacitadas y de animales domésticos en la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n.º 76 y 78, de 20 y 21 de marzo respectivamente)¹⁴, así como la Orden INT/262/2020, de 20 de marzo, por la que se desarrolla 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, en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor.

¹² Los datos desagregados que hay que enviar en relación con las actuaciones específicas para garantizar el cumplimiento de las medidas decretadas en el Estado de Alarma, se recogen así en el Anexo de la Orden:

- Número de personas identificadas.
- Número de personas detenidas por actos de desobediencia o resistencia penalmente sancionables.
- Número de propuestas de sanción por infracciones, especialmente las contempladas en el artículo 36.4, 36.5, 36.6 y en el artículo 37 de la LO 4/2015, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Número de vehículos interceptados en vía pública, sin autorización para circular.

¹³ Respectivamente, perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; o perjuicio para las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. En el caso de estos datos, existe a nuestro juicio un interés superior que justifica el acceso a estos datos, en aplicación del artículo 14.2 de la Ley 19/2013.

¹⁴ Conforme a la primera Instrucción, “La actividad de circulación por las vías de uso público permitida para la realización de actividades de asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.e) del 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, así como la realización de las actividades por causa de fuerza mayor o situación de necesidad previstas en el artículo 7.1.g) del citado real decreto, habilitan a las personas con discapacidad, que tengan alteraciones conductuales, como por ejemplo personas con diagnóstico de espectro autista y conductas disruptivas, el cual se vea agravado por la situación de confinamiento derivada de la declaración del estado de alarma, y a un acompañante, a circular por las vías de uso público, siempre y cuando se respeten las medidas necesarias para evitar el contagio”. Conforme a la segunda, “Entre las actividades permitidas en el artículo 7 no se encuentra expresamente el desplazamiento de las personas cuya finalidad sea la alimentación, el rescate y el cuidado veterinario de los animales domésticos que habitan en los espacios públicos urbanos, cuando esta actividad no se realice en el marco de una prestación laboral, profesional o empresarial. No obstante, para prevenir un impacto negativo en la salud pública, cuando esa actividad viniera desarrollándose con carácter voluntario por aquellas entidades debidamente acreditadas al efecto por las administraciones locales, aquellas podrán seguir desarrollando esta actividad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 h), al entenderse que en este supuesto el carácter voluntario de la prestación resulta análogo al carácter laboral, profesional o empresarial. Estos desplazamientos deberán realizarse individualmente, y portando la correspondiente documentación acreditativa”.

Como podemos comprobar, el problema de estas instrucciones y órdenes es que, intentando contribuir a proporcionar una flexibilización de la aplicación del artículo 7, no se avanza en seguridad jurídica, pues en estas circunstancias, ni la ciudadanía destinataria es capaz de estar informada correctamente de todas las acotaciones normativas que se suceden en el BOE¹⁵, ni su tenor elimina nuevas dudas aplicativas. De ahí que, como hemos señalado, algunas comunidades autónomas estén lanzando sus propias interpretaciones, generando un escenario fragmentario probablemente inevitable, pero incompatible con la seguridad jurídica.

VII. LA SOLUCIÓN (APÓCRIFA) DE LA UNIFICACIÓN ORGÁNICA DE LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES

Una de las soluciones técnicas que probablemente podrían contribuir a reducir la enorme discrecionalidad de la potestad sancionadora a criterios homogéneos es la centralización de la tramitación de los procedimientos sancionadores en las subdelegaciones de gobierno.

La remisión de las actas de infracción levantadas por los agentes de la autoridad a las subdelegaciones de gobierno para su posterior instrucción y tramitación constituye una solución orgánica válida, que permitiría unificar en todo el territorio los criterios de proporcionalidad en la determinación de las infracciones al Real Decreto 463/2020 y en la graduación de las sanciones correspondientes.

Ahora bien, esta medida de atribución orgánica de la facultad de instruir y tramitar todas las denuncias generadas con motivo del estado de alarma debería haber sido adoptada por el propio Real Decreto 463/2020 o por la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, dado que, conforme al artículo 25.2 de la Ley 40/2015, “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”, y, de conformidad con el artículo 63.1 de la Ley 39/2015, “los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo”.

Pero no se ha hecho así. Lo que se ha hecho es mucho más problemático si cabe: todos los cuerpos policiales han dado por bueno el documento apócrifo que circuló por las redes el 15 de marzo, y que citamos en la nota 9, que atribuía a las subdelegaciones de gobierno la tramitación de estos expedientes.

De modo que, según mis informaciones, a ellas se están enviando los miles de actas de infracción extendidas para tutelar

¹⁵ Recuérdese que el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone que son de difusión obligatoria las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de los estados excepcionales.

el cumplimiento del estado de alarma, debiendo también añadirse que, a nuestro juicio, y por su propia finalidad, los plazos de estos procedimientos administrativos sancionadores continúan en vigor y no se suspenden, de conformidad con la excepción prevista el punto cuarto de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020.

En la medida en que, de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio son nulos de pleno derecho, se hace necesario detenernos en este particular aspecto.

Así, cabe partir de la inexistencia de previsiones legales o reglamentarias que, al amparo del estado de alarma, alteren la atribución ordinaria de competencia sancionadora que se realiza por las distintas leyes sectoriales que sean de aplicación a los hechos infraccionales previstos por el Real Decreto 463/2020. De modo que, para comprobar la inexistencia de vicio de nulidad por incompetencia en el ejercicio de la potestad sancionadora, deberá constatarse que el órgano que instruye e impone la correspondiente sanción es el legal o reglamentariamente previsto en las leyes sectoriales.

Así, por poner el ejemplo que será más común, en el caso de las infracciones graves por desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación (artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana), la competencia se atribuye a los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas, pero también las “autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana”, y también a los alcaldes “cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica” (artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2015).

Sin embargo, hasta el momento todos los cuerpos policiales están enviando a las subdelegaciones de gobierno las actas de denuncia. No sabemos cuál será su suerte; cómo y cuándo se tramitarán.

En todo caso, este es el momento de recordar la institución de la caducidad de los expedientes sancionadores en su actual configuración básica, conforme a la cual el plazo de caducidad subsidiario es de tres meses (art. 21.3 de la Ley 39/2015), que se computarán desde la fecha del *acuerdo de iniciación*. Y una pista más: en el estado de alarma, parece razonable encontrar aplicación de la posibilidad contenida en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015: “Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”.

Ante las circunstancias tan extremas de lucha contra la epidemia, es muy probable que la abrumadora mayoría de los juzgados de lo contencioso-administrativo se comportará con la máxima deferencia hacia la Administración a la hora de valorar

estos defectos jurídicos competenciales. En este sentido, puede proponerse la siguiente solución interpretativa: la regulación de la iniciación del procedimiento sancionador por petición razonada de otros órganos que se prevé en el artículo 61 de la Ley 39/2015¹⁶.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, que no sepamos con seguridad a quién le corresponda sancionarnos no sólo es la conclusión correcta de este apartado; el hecho de que no sepamos, ante esta situación tan grave, quién es la *autoridad competente*, también constituye una inquietante alegoría sobre cómo hemos reaccionado jurídicamente ante lo desconocido.

VIII. ALGUNAS GARANTÍAS PALIATIVAS EN MATERIA PUNITIVA

Vista la cantidad de incertidumbres que un análisis jurídico arroja sobre el dispositivo de vigilancia y represión del estado de alarma, se hace necesario recordar algunas instituciones garantistas básicas cuyo manto protector urge proyectar sobre este ámbito, si tenemos en cuenta que la situación de confinamiento forzoso puede prolongarse durante un mes. Si el Gobierno no relaja las medidas de confinamiento domiciliario, no habrá más remedio que ejercer muy intensamente todas las herramientas disponibles de disciplina social. Lo que hace más necesario si cabe contar con unas garantías mínimas de defensa de nuestros derechos constitucionales.

La primera es la contenida en el artículo 63.3 de la Ley 39/2015. Cuando la lectora o lector la lea, entenderá perfectamente su relevancia en este contexto de estado de alarma, y no necesitará de mayor comentario: “No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo”.

La segunda es la garantía del *ne bis in idem*. Se trata de una garantía esencial, cuando cada día las probabilidades de sufrir un control policial pueden ser varias, y cuando cada comportamiento que se considere infractor puede ser calificado de diversas maneras: penal y administrativamente en caso de desobediencias y resistencias, y administrativamente, en curso real de infracciones. Debe, pues, recordarse que:

- Como regla general, no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos

¹⁶ “1. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

2. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación.

3. En los procedimientos de naturaleza sancionadora, las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron (...).”



en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento (artículo 31 de la Ley 40/2015).

- En materia de sanciones de seguridad ciudadana, el procedimiento sancionador es subsidiario respecto del penal en los términos previstos por el artículo 45 Ley Orgánica 4/2015.
- Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida (artículo 29.5 de la Ley 40/2015).
- Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (artículo 29.6 de la Ley 40/2015).

La tercera garantía es la *error de prohibición*. Se trata de una garantía que no sólo opera en el orden penal, sino también en el administrativo. En nuestro caso, es útil en ambos planos, ante las comunes incertidumbres que se derivan de la interpretación del artículo 7 del Real Decreto 463/2020. Ante esas incertidumbres, es fácil que los presuntos incumplidores del confinamiento forzoso desconozcan que su salida del domicilio está prohibida, es decir, que su circulación no es lícita. En

los casos en que se crea que la circunstancia circulatoria no está prohibida, o está autorizada, entendemos que es de aplicación el error de prohibición, tanto en su modalidad invencible (en cuyo caso estaremos ante una eximente de la responsabilidad penal o sancionadora), como vencible (en cuyo caso estaremos ante una circunstancia atenuante de la responsabilidad).

La cuarta garantía es la jurisdiccional.

La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de la imposición de sanciones administrativas por incumplimiento del estado de alarma, una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa.

Serán fundamentalmente los juzgados de lo contencioso-administrativo los que, por razón de la cuantía, deberán conocer de las mismas, de conformidad con la regla del artículo 8.2.b) de la Ley Jurisdiccional¹⁷.

Es de aplicación aquí la posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la ejecutividad de la sanción administrativa si el infractor le manifiesta a la Administración su intención de

¹⁷ Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

interponer recurso contencioso-administrativo (art. 90.3 Ley 39/2015). También es de aplicación el foro electivo establecido por la regla segunda del artículo 14.1 a favor del demandante.

Quizá lo más importante sea recordar que las sanciones administrativas, por su conexión con el artículo 25 CE, son susceptibles de ser tramitadas por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales previsto por los artículos 114 y siguientes, que tiene carácter preferente y un plazo de interposición más breve (10 días). Su recorrido jurisdiccional, sin embargo, puede ser largo.

IX. 23 DE MARZO DE 2020. UNA CONCLUSIÓN PARA LA ESPERANZA

A lo largo de estas páginas, hemos tratado de describir y reflexionar sobre las serias dudas que plantea desde el punto de vista jurídico la tarea de vigilar y castigar el incumplimiento del estado de alarma sanitaria motivado por la necesidad perentoria de contener el coronavirus.

En estas circunstancias, el diseño de un sistema jurídico inédito merece reconocimiento y comprensión. Pero no podemos caer en la autocomplacencia, ni en la falsa consciencia de la realidad. A día de hoy, los pueblos de España cumplen con abnegación y sacrificio la obligación pública de confinarse en sus casas. El miedo y la incertidumbre son intensos; no sólo a la enfermedad, sino también a la situación económica que se cierne sobre nosotros.

Así las cosas, no nos merecemos una respuesta autoritaria del Estado, que contribuya a generar más miedo entre la población, o una desafección suplementaria frente al Poder Público. Sería un grave error. Ni siquiera bajo la amenaza del coronavirus debemos renunciar a ejercer con garantías nuestros derechos ciudadanos, sin merma de la eficaz lucha contra la pandemia. Es tiempo de una empatía colectiva que no abandone la lucha por los derechos, sino que la potencie.

Es posible mejorar nuestra respuesta jurídica a la crisis del coronavirus. Ese ha sido el propósito del presente trabajo; por desgracia o por fortuna, tenemos tiempo por delante para hacerlo. ❖

Novedad

DERECHO MERCANTIL. Empresa. Empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades. Derecho preconcursal y concursal

MANUEL PANIAGUA ZURERA

Segunda edición. ISBN 978-84-9890-377-5. 867 páginas. 54,50€

Transcurridos tres años, esta segunda edición es una rigurosa puesta al día de contenido –y, una sensible ampliación– con el objetivo de materializar los propósitos de la obra: manual de referencia para los grados y los másteres sustentado en la práctica económica y jurídica, y útil herramienta para las profesiones jurídicas. Llama la atención que, con unas Cortes Generales paralizadas por motivos partidistas más que políticos, entre finales de 2016 y de 2019 hemos asistido a significativos cambios legislativos, por lo general mediante normas de urgencia con rango de Ley que transponen directivas de la Unión Europea. Las modificaciones acaecidas distan de ser escasas e irrelevantes, en especial, en dos sectores legislativos mercantiles que dan contenido a la libertad de empresa en una economía de mercado: el extendido Derecho de la propiedad industrial y el vasto Derecho de sociedades. No ha quedado atrás el estudio de la activa e intensa labor informadora (rectius: creadora en numerosas ocasiones) de nuevo Derecho mediante la interpretación de la legislación mercantil por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado. Hemos procurado que la nueva legalidad, pese a su juventud, no quede limitada a un mero análisis literal. Lo que aporta un valor añadido para los profesionales del Derecho

Las mutaciones en la exposición ahondan en la finalidad de realizar un análisis del Derecho mercantil ordenado, práctico y cercano, cuyos mejores aliados son la doctrina científica y la jurisprudencia civil. Finalmente, esta segunda edición ve considerablemente incrementado el conjunto de casos prácticos y cuestiones test propuestos a sus destinatarios.



Para más información  www.iustel.com

ESTADO DE ALARMA Y DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

FRANCISCO VELASCO CABALLERO*

I. SITUACIONES DE EMERGENCIA Y REGÍMENES DE EXCEPCIÓN

1. Hace apenas unos días se ha dictado 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. Esta declaración de alarma afecta al conjunto del Estado, que pasa a encontrarse en una *situación constitucional extraordinaria o de excepción*. Tal situación está muy escasamente definida en el art. 116 CE, que apenas si distingue entre tres tipos –que no grados– de emergencia (alarma, excepción y sitio), remite la regulación casi por entero a una Ley orgánica (la actual Ley 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio: LOEAS) y establece ciertos equilibrios de poder entre el Go-

bierno y Las Cortes. En el caso del estado de alarma no rige la suspensión de derechos fundamentales prevista en el art. 55.1 CE, que sí es posible en los estados de excepción y sitio. Además, pese a la imprecisión del texto constitucional, también está claro que las tres situaciones de emergencia son cualitativamente distintas (necesariamente más graves) de aquellas otras situaciones de “extremada y urgente necesidad” que pueden ser superadas mediante Reales Decretos-leyes del Gobierno, conforme al art. 86.1 CE, o mediante los demás poderes ordinarios del Gobierno al amparo del art. 97 CE, incluidos el de iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.

2. Las constituciones de los Estados de Derecho suelen prever *situaciones de emergencia* o cualificadamente extraordinarias, en las que se altera el orden constitucional ordinario. No se trata ya del “orden de excepción” al que se hacía referencia en el siglo XIX y que se teo-

rizó en el tiempo de entreguerras. Porque las situaciones de emergencia ya no definen un orden alternativo al constitucional. Ni relocalizan la soberanía en quien declara el estado de excepción, según la conocida propuesta de Carl Schmitt¹, hace poco analizada en profundidad entre nosotros por José María Baño². Entendemos hoy que las situaciones de emergencia se legitiman y delimitan en la propia Constitución. Por tanto, no son situaciones alternativas al orden constitucional, sino sólo modulaciones –algunas muy importantes– del orden constitucional *ordinario*. Es más, en algunas de las regulaciones comparadas más recientes sobre las situaciones de emergencia, cada vez más conectadas con el concepto de protección civil, ha desaparecido el concepto mismo de “de-

¹ Carl SCHMITT (2009), *Teología política*, Madrid: Trotta, pág. 19.

² José María BAÑO LEÓN (2013), *Estudio preliminar al libro compilatorio: Carl Schmitt, Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, Madrid: Tecnos, págs. XIII-VXV (pág. XXXVII).

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid.

claración” de la situación de emergencia o necesidad, como acto formal y solemne que en la simbología política de entreguerras suponía la sustitución del orden constitucional (liberal) por un orden extraordinario y autoritario, basado en la necesidad. Así, en Reino Unido la *Civil Contingencies Act* de 2004 ya no regula expresamente la “declaración” de la emergencia (*royal proclamation*), como sí hacía la *Emergency Powers Act 1920*³. Ahora, la Ley simplemente autoriza al Gobierno a dictar medidas provisionales de emergencia (*emergency regulations*) cuando se den ciertas situaciones extraordinarias. No hay allí, por tanto, estados de emergencia, sino problemas emergentes para los que el Gobierno puede acordar diversas medidas por completo extraordinarias.

3. Las diferencias entre los distintos países –y en esto cuenta mucho la antigüedad de la correspondiente Constitución– se manifiestan en tres órdenes elementales⁴: en la regulación de los *supuestos* y las *autoridades* que pueden desencadenar la situación de emergencia; en los ámbitos de funcionamiento del Estado en los que se producen *alteraciones*, cuando se declara la situación de emergencia; y en las posibles *afecciones a los ciudadanos*, incluidas las posibles restricciones de sus derechos fundamentales.

4. En lo que hace a la declaración misma de la emergencia, las constituciones pueden identificar con más o menos detalle, y de forma más o menos graduada, qué situaciones extraordinarias de la realidad merecen una respuesta también extraordinaria por el Estado. En general, las *situaciones de emergencia* pueden estar más o menos relacionadas con: la defensa frente a una agresión exterior, la violencia o un desorden público en el interior, o la irrupción de catástrofes naturales. Así, por ejemplo, en una regulación dispersa, no sistemática, la Constitución alemana (*Grundgesetz*: GG) distingue con claridad entre los supuestos de defensa nacional (arts. 115-a, 80-a y 87-a GG), de riesgo de subversión del orden democrático

(art. 91 GG) y de desorden público o de catástrofe natural (art. 35 GG). La diferencia entre todos estos supuestos, desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas que desencadenan, está en la intervención o no de las fuerzas armadas, y en la posibilidad de que las fuerzas policiales de un *Land* colaboren (*Amtshilfe*) con otro *Land* o con las autoridades federales (*Bund*)⁵. La Constitución francesa de 1958 (art. 16) liga las medidas de emergencia, que corresponden al Presidente de la República, a riesgos bélicos o de integridad de la propia República. En el caso de Reino Unido, a falta de Constitución escrita y de *common law prerogatives* de la Corona (fuera del tiempo de guerra), los supuestos de emergencia están descritos con mucho detalle en el art. 1 de la *Civil Contingencies Act 2004*. Como ya se ha mencionado antes, la Constitución española identifica tres tipos de estados de emergencia (alarma, excepción y sitio), pero remite a la Ley orgánica determinar los supuestos y los posibles efectos (art. 116.1 CE).

5. De otro lado, la *apreciación de la emergencia*, y su grado de relevancia, puede ser atribuida al Gobierno o al Parlamento. Pues si bien es cierto que en situación de emergencia el poder

público se desplaza hacia el Gobierno (*Der Notstand ist die Stunde der Exececutive!*), la declaración misma de la emergencia –y su tipo o grado– puede estar reservada total o parcialmente al correspondiente Parlamento, o puede ser gubernamental, sometida o no a control o confirmación parlamentaria. Así, en el caso de Reino Unido las medidas de emergencia las adopta el Gobierno, mediante Orden in Council, aunque en el plazo de siete días cesan en su eficacia si no son confirmadas por el Parlamento (arts. 20.1 y 27.1 b) *Civil Contingencies Act 2004*). En cambio, en Francia es el Consejo Constitucional, no la Asamblea Nacional, quien controla las medidas de emergencia del Presidente de la República (art. 16 de la Constitución). En España, el protagonismo de las situaciones de emergencia es del Congreso de los Diputados, que es quien declara los estados de excepción y sitio; sólo el estado de alarma se declara por el Gobierno, pero cesa en quince días salvo que el Congreso autorice su prórroga (art. 116.2 CE).

6. En tercer lugar, el *funcionamiento ordinario del Estado* puede quedar más o menos afectado, en tres órdenes distintos: en la articulación de poderes entre el Gobierno y el Parlamento; en la distribución territorial del poder; y en la mayor o menor intervención de las fuerzas armadas. Aunque ya se ha dicho que

⁵ Harmut MAURER (1999), *Staatsrecht*, München: C.H. Beck, pág. 144.

³ E.C.S WADE y A.W. BRADLEY (1993), *Constitutional and Administrative Law*, 11.ª ed., London: Longman, pág. 587.

⁴ Similar: Pedro CRUZ VILLALÓN (1981), “El nuevo Derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs 93-128 (pág. 94).





las situaciones de emergencia activan fundamentalmente al Gobierno, esa actuación puede afectar en mayor o menor medida a las competencias del Parlamento. Tanto a las competencias de control parlamentario sobre el Gobierno, como a las competencias legislativas de la correspondiente cámara parlamentaria. En el caso de Reino Unido, el art. 22.3 *Civil Contingencies Act 2004*, expresamente reconoce al Gobierno la posibilidad de adoptar cualquier decisión o medida (*regulation*) que pudiera también adoptar el Parlamento. En el caso de España, veremos que las medidas de emergencia pueden incluso exceder de las competencias ordinarias de Las Cortes (por referirse a materias de competencia autonómica).

7. En lo que hace a la actuación de las *fuerzas armadas*, puede ser que, como ocurre en Alemania, la intervención militar esté muy limitada los casos de agresión exterior (arts. 87-a y 115-a GG), mientras que otros órdenes constitucionales prevén expresamente –o simplemente no prohíben– que las fuerzas armadas intervengan también en otros supuestos de emergencia civil. Este sería tanto el caso de Reino Unido, tanto antes como después de la *Civil Contingencies Act 2004*⁶, como de España, de acuerdo con el art. 116 CE.

8. Y ya por último, el funcionamiento ordinario del Estado, cuando es de estructura federal o políticamente descen-

tralizado, puede resultar más o menos alterado en las situaciones de emergencia. Se pueden desencadenar respuestas de *centralización* del poder (en las autoridades centrales) o activar respuestas cooperativas (como la *Amtshilfe* alemana) o de coordinación. En el caso de Reino Unido, la centralización de poderes en el Gobierno se complementa con la posibilidad de que el propio Gobierno autorice a una autoridad de Escocia, Gales o Irlanda del Norte la adopción de las medidas necesarias en su territorio (art. 22.3 a) *Civil Contingencies Act 2004*). Además, también el art. 29.1 *Civil Contingencies Act 2004* prevé un trámite de consultas previas con las autoridades gubernativas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, si bien estas consultas son preceptivas sólo cuando la situación de emergencia se concentre en el territorio de una de las tres naciones autónomas británicas. Como veremos, la Constitución española no prevé expresamente la participación de las Comunidades Autónomas en el estado de alarma, aunque esa participación no puede ser excluida por el Gobierno.

9. Y ya por último, y no con menos importancia, una situación de emergencia puede dar lugar a más o menos *deberes y sacrificios de los ciudadanos*. Esto se refiere, sobre todo, a las posibles restricciones a los derechos fundamentales y a la medida en que dichas restricciones o gravámenes pueden dar lugar a alguna forma de restitución o compensación económica. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que los distintos Estados protegen en mayor o menor

medida tanto las libertades como los derechos patrimoniales de los particulares, siendo así que ciertos perjuicios o daños, cuando están altamente extendidos y no comportan sacrificios desproporcionados o muy localizados en concretos individuos (*Aufopferung*), pueden ser lícitos y por tanto inidóneos para posibles pretensiones indemnizatorias. En este contexto, si bien la jurisprudencia constitucional española parece acoger una comprensión muy amplia del daño indemnizable, al no distinguir entre el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos (STC 112/2018) la regulación legal de la responsabilidad limita el alcance de esa responsabilidad potencialmente expansiva, mediante los llamados “deberes jurídicos de soportar” (art. 32.1 de la Ley 40/2017, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

II. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN ESTADO DE ALARMA

10. De una simple lectura del art. 116 CE resulta claro que la regulación constitucional expresa sobre el estado de alarma se centra en el equilibrio de poder entre el *Gobierno* y *Las Cortes*. De hecho, el art. 116 CE se encuentra en el Título V de la Constitución (“De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”). A la dimensión territorial del estado de alarma sólo se refiere expresamente el art. 116.2 CE cuando dice que “el decreto [de declaración del estado de alarma] determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”. Ninguna mención expresa hace la Constitución a la organización territorial del Estado. En este punto, nuestra regulación constitucional difiere tanto del art. 35 *Grundgesetz*, que expresamente establece deberes de cooperación entre los *Länder* y con el *Bund*, en situaciones de emergencia, como de la *Civil Contingencies Act 2004* británica, que implícitamente asume que el Gobierno puede afectar a los poderes trasladados a Escocia, Irlanda del Norte y Gales mediante las *Devolution Acts* de 1998. Con todo, la propia esencia de las situaciones de emergencia, sumado al protagonismo que en ellas toma normalmente el Gobierno central, permite concluir que también el art. 116 CE admite, al menos implícitamente, que en aque-

⁶ E.C.S WADE y A.W. BRADLEY (1993), *Constitutional and Administrative Law*, cit., pág. 587.

llas situaciones excepcionales también queda afectado el orden constitucional de competencias.

11. Alguna precisión más contiene el art. 9.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando establece que “(...) todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente (...)”. Esta regulación legal muestra con claridad que el estado de alarma *afecta al ejercicio ordinario* de sus competencias por parte de todas las autoridades civiles y todos los cuerpos y fuerzas de policía. Pero nada más dice la misma ley orgánica sobre la forma en que las medidas gubernativas de emergencia afectan a los gobiernos y parlamentos autonómicos; o a las leyes y reglamentos autonómicos y locales. Y es que la LOEAES está dictada en un momento constitucional muy inicial, por lo que aún incluye muy pocas de las precisiones que luego se han hecho comunes en la configuración definitiva del Estado autonómico. Además, su perspectiva reguladora es más bien la del orden público (de ahí su mención insistente a la “autoridad” y a los “agentes de la autoridad”)⁷ y no la de una situación de emergencia sanitaria, como la presente. Junto a esto, el art. 7 LOEAES prevé que el Gobierno delegue funciones de emergencia al correspondiente Presidente de Comunidad Autónoma, por lo que se parte de la premisa de que esas posibles funciones no son propias (estatutarias) sino de titularidad estatal, aunque delegables.

12. La jurisprudencia tampoco ofrece más criterios con los que precisar la posible incidencia del estado de alarma sobre la distribución territorial del poder. En el *único precedente* de estado de alarma que hemos tenido hasta hoy, derivado de una huelga descontrolada de controladores aéreos (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre), el Tribunal Constitucional se limitó a negar la impugnabilidad del decreto de alarma

⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El nuevo Derecho de excepción”, cit., pág. 99.

mediante recurso de amparo (ATC 7/2012) y a excluir que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo tuviera jurisdicción para fiscalizar el Real Decreto de declaración de alarma (STC 83/2016, FJ 11). Para llegar a esas conclusiones, el Tribunal Constitucional desarrolla una interesante argumentación sobre “el valor de ley” de Real Decreto de declaración del estado de alarma y de la autorización de prórroga (por el Congreso de los Diputados). Mas esta argumentación tan sólo sirve para canalizar la impugnación del Real Decreto y la autorización parlamentaria de prórroga a través del *recurso de inconstitucionalidad*. Sólo de forma apodíctica, y sin mayor desarrollo, declara el Tribunal Constitucional que “[L]os efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas (...)”, aunque ni siquiera está claro si está “modificación” se refiere a las competencias del Gobierno y la Administración respecto de Las Cortes, o a la distribución territorial de competencias. En consecuencia, carecemos en la actualidad de criterios jurisprudenciales asequibles en torno a la incidencia del estado de alarma sobre el orden territorial de competencias.

12. Por último, y dada la poca relevancia que *a priori* presentan los estados de emergencia, en la doctrina académica apenas si se ha considerado la relación del estado de alarma con la distribución territorial del poder. Tan sólo se ha argumentado que la referencia del art. 1.4 LOEAES al “normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado” también incluye a los poderes territoriales⁸. Esta referencia sirve, sin duda, para sostener que el estado de alarma *no centraliza todo el poder en el Estado*. Pero, obviamente, tampoco puede significar, porque sería contrario a la propia noción de emergencia, que durante los estados de alarma, excepción o sitio en nada quedan afectadas las competencias de las Comunidades Autónomas y las entidades locales. De hecho es evidente que el reciente Real Decreto 463/2020 afecta a los poderes territoriales de España y eso explica que ya algunas Comunidades Autónomas hayan manifestado cier-

⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El nuevo Derecho de excepción”, cit., pág. 113.

tas reservas o discrepancias, por lo que consideran una recentralización del Estado.

13. De forma natural, las situaciones de emergencia *afectan* en mayor o menor medida a la organización territorial del Estado, sobre todo si el Estado es federal o políticamente descentralizado. De ello es buena prueba el actual art. 35.2 de la Constitución alemana. La cuestión es entonces cómo articular la distribución territorial del poder, cuando la declaración de alarma activa la *versión extraordinaria del orden constitucional*. Y bien, abordar la dimensión territorial del estado de alarma es, en este momento, una tarea eminentemente creativa, aunque no libre. Consiste en proyectar sobre el art. 116 CE la doctrina constitucional general y ciertos consensos contemporáneos –y también generales– sobre el funcionamiento del Estado autonómico.

14. El estado de alarma, aunque lo declara el Gobierno de España, *no implica la centralización* de todo el poder público en el propio Gobierno (o en general, en el Estado). Ni tampoco la exclusión de las Comunidades Autónomas y las entidades locales en la lucha contra el peligro emergente. El poder público en situación de alarma se ejerce *a través* de la Constitución, no al margen de ella. Así lo recuerda expresamente el art. 1.4 LOEAES cuando dice que “la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes del Estado”. Y ya se ha dicho antes que entre los “poderes del Estado” hay que incluir tanto a los poderes autonómicos como a los locales. En este sentido, *los títulos competenciales* autonómicos y locales no quedan directamente alterados por la situación de alarma, si bien el *ejercicio ordinario* de esas competencias queda parcialmente afectado. En primer lugar, la declaración del estado de alarma define un nuevo *fin, objetivo o principio constitucional* (la superación de la situación de emergencia). En segundo lugar, la declaración de alarma activa una competencia durmiente del Estado: “el gobierno del país en situación de alarma”.

15. En cuanto al primer efecto, la superación de la situación de emergencia –la que se declara a través del estado de alarma– se puede calificar como un *ob-*

jetivo, principio o fin constitucional, deducible del propio art. 116 CE. Como tal principio constitucional, vincula a todos los poderes públicos. Por tanto, aunque la alarma la declara el Gobierno, la superación de la situación de emergencia incumbe a todos los poderes territoriales, a las Comunidades Autónomas, provincias, territorios históricos, islas y municipios. Esto es, al margen de las concretas medidas vinculantes adoptadas por el Gobierno, todos los poderes públicos han de ejercer sus competencias ordinarias teniendo en cuenta la situación de alarma legítimamente declarada por el Gobierno ex art. 116 CE. Así, igual que la sostenibilidad financiera del art. 135 CE es, a decir del Tribunal Constitucional, un principio constitucional que no se limita a apoderar al Estado, sino que dirige a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias (STC 41/2016, FJ 3), así también la declaración de alarma activa un principio constitucional (la superación de la situación de emergencia) que dirige a todos los poderes públicos territoriales en el ejercicio de sus competencias.

III. COMPETENCIA ESTATAL PARA “GOBERNAR EL PAÍS EN ESTADO DE ALARMA”

16. Según ya he anunciado, en mi opinión el art. 116.1 CE contiene una *competencia extraordinaria, latente y muy cualificada* del Estado, competencia que he denominado como “el gobierno del país en situación de alarma”. Es una competencia no enunciada en el art. 149.1 CE, pero no por ello menos legítima. Es cierto que, con carácter general, la jurisprudencia constitucional es reticente para identificar títulos competenciales del Estado fuera del art. 149.1 CE⁹. Pero hay precedentes, como la competencia estatal sobre el dominio público estatal, que se ampara –entre otros preceptos– en el art. 132 CE (SSTC 227/1988, FJ 14, y 1491/1991, FJ 7 C); o como la propia reserva de ley orgánica del art. 81 CE, que también se entiende como una atribución competencial a favor del Estado (porque sólo el Estado

puede aprobar leyes orgánicas)¹⁰. En este sentido, la competencia estatal para gobernar en situación de emergencia no es la simple competencia sobre seguridad pública que le atribuye en todo caso el art. 149.1.14 CE. Es una competencia singular y extraordinaria, deducible del propio art. 116 CE, que en su parca regulación siempre y sólo hace referencia al Estado: en su remisión a una ley orgánica para regular los distintos estados de necesidad (ley orgánica que sólo puede ser estatal); y en la articulación funcional del Gobierno y el Congreso (ambos, órganos constitucionales del Estado). Es una competencia provisional, claudicante, ejercible por el Gobierno durante sólo quince días, salvo autorización parlamentaria de prórroga (art. 116.2 CE). Luego veremos la relevancia que la *temporalidad* tiene para aquilatar la incidencia de las medidas de emergencia sobre las competencias autonómicas y locales.

17. Más allá de estas precisiones esenciales, el art. 116.1 CE remite a una ley orgánica la definición misma de la competencia estatal extraordinaria, su contenido y alcance. En consecuencia, la ley orgánica puede optar por un régimen más centralizado o descentralizado en la gestión de las situaciones de emergencia. En su regulación actual, la Ley orgánica 4/1981 opta por un régimen sustancialmente centralizado en el Gobierno estatal, aunque no por completo. Porque reconoce a los presidentes autonómicos la facultad de solicitar la declaración de la alarma (art. 5 LOEAES), porque autoriza al Gobierno a delegar funciones de emergencia en la presidencia de una Comunidad Autónoma, cuando la declaración de alarma se refiera sólo al territorio de esa Comunidad (art. 7 LOEAES), y porque no impide la organización y el funcionamiento ordinario de las Comunidades Autónomas y las entidades locales (art. 14 LOEAES). Tratándose de una competencia derivada de la Constitución (art. 116 CE), la competencia del Estado para “gobernar el país en situación de alarma” debe ejercerse de la forma más compatible posible con la distribución *ordinaria* del poder en la Constitución y en los Estatutos de Au-

tonomía. Como veremos más adelante, para esta concordancia práctica de la competencia gubernativa de emergencia y el orden territorial de competencias resulta fundamental el principio de proporcionalidad y la garantía de “identidad constitucional”.

1. Extensión de la competencia estatal: materias, efectos y formas

17. En principio, las medidas del Gobierno durante el estado de alarma pueden referirse a *cualquier materia*. Incluso cuando la materia en cuestión esté ordinariamente atribuida a una Comunidad Autónoma o las entidades locales. Así, la suspensión de toda la actividad educativa presencial, a la que se refiere el art. 9.1 del Real Decreto 463/2020, parece claro que afecta a las competencias de las diversas Comunidades Autónomas. De hecho, ya antes del estado de alarma algunas Comunidades habían adoptado la misma medida (así, en la Comunidad de Madrid, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de marzo). Pero esta incidencia estatal sobre las materias competenciales autonómicas no significa que durante el estado de alarma haya quedado en suspenso el orden constitucional de competencias. Esta conclusión sería abiertamente contraria a la comprensión sistemática de la Constitución y, directamente, al art. 1.4 LOEAES. Significa, más simplemente, que con la declaración de alarma se ha activado una competencia *potencialmente extensa* del Estado, directamente derivada del art. 116 CE: “el gobierno del país en estado de emergencia”. Dada la amplia extensión material de la competencia estatal, lógicamente tiende a *concurrir* con las distintas competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Lo importante ahora, por las importantes consecuencias jurídicas que de ahí derivan, es insistir en que las Comunidades Autónomas y las entidades locales *mantienen plenamente sus competencias*, una vez declarado el estado de alarma. Así lo recuerda expresamente, en la presente situación de alarma, el art. 6 del Real Decreto 463/2020: “cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente”. Aunque el ejercicio de esas competencias puede quedar afectado por las medidas que, durante el estado de alarma, pueda dic-

⁹ Santiago MUÑOZ MACHADO (2009), *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*. Vol. III, Madrid: Iustel, pág. 319 (§ 687).

¹⁰ Véase, para el inicio de la jurisprudencia constitucional: Carles VIVER I PI-SUNYER (1989), *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Ariel, pág. 15.



tar el Gobierno o sus “autoridades delegadas”.

18. El simple *apoderamiento* que el Real Decreto de alarma puede hacer a favor de cualquier ministerio (como hace el art. 4.3 el Real Decreto 463/2020) no supone por sí la pérdida de vigencia o eficacia de ningún acto jurídico autonómico o local. Esto es, las normas y actos en vigor al tiempo de declararse la alarma *seguirán siendo eficaces* mientras que el correspondiente ministerio no dicte una decisión incompatible, y sólo *en la medida* en que esa decisión sea efectivamente incompatible. Por eso mismo, todo aquello que no sea objeto de decisión expresa por una autoridad ministerial, aún puede ser objeto de regulación o decisión por la autoridad autonómica o local competente, si bien en el ejercicio de esa competencia ordinaria toda autoridad territorial ha de actuar conforme al objetivo o fin constitucional –deducido del art. 116 CE y vinculante para todos los poderes públicos– de superar la situación de emergencia.

19. La activación de la competencia estatal extraordinaria, derivada del art. 116 CE, puede dar lugar a decisiones que *concurran* con otras legítimamente adoptadas, antes o después del estado de alarma, por las Comunidades Autónomas o las entidades locales. Esto está muy claro en relación con las medidas sanitarias, pero también con las referidas a transportes intracomunitarios y urbanos, o a la seguridad ciudadana. Dado que el estado de alarma no altera la distribución competencial, sino que simplemente activa una competencia latente del Estado, no se puede hablar aquí de hipotéticos conflictos competenciales, sino de dos o más competencias legítimas que, cuando dan lugar a decisiones incompatibles, se articulan mediante el principio constitucional de *prevalencia*, expresamente mencionado en el art. 149.3 CE y que la doctrina académica había dejado limitado a, precisamente, los supuestos de concurrencia competencial¹¹. De esta forma, bajo

¹¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES (1991), “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”,

el estado de alarma cada Comunidad Autónoma, provincia, territorio histórico, isla, municipio o comarca *puede seguir ejerciendo sus competencias ordinarias*, aunque ahora ponderando necesariamente el nuevo fin constitucional de superación de la situación de emergencia (art. 116 CE). Cualquiera de esas decisiones, de cualquier entidad territorial y con cualquier forma (ley, reglamento, instrucción, resolución administrativa), y tanto anteriores como posteriores a la declaración del estado de alarma, quedan *ipso facto* en suspenso, cuando sean contrarias a cualquier medida o decisión concreta acordada por el Gobierno.

20. El art. 116 CE no precisa qué *tipo de decisiones* puede acordar el Gobierno durante el estado de alarma. La ley orgánica 4/1981 unas veces se refiere sin

en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid: Civitas, págs. 537-567 (pág. 564); Verónica Yazmín GARCÍA MORALES (2029), *Prevalencia en la planificación territorial*, Madrid: Tecnos, pág. 53.

más a “medidas” (arts. 1.2, 11 y 12 LOEAES) y otras veces habla de “actos y disposiciones” (art. 3.1 LOEAES). En el Real Decreto 463/2020, que declara la alarma sanitaria, se habla de que las distintas “autoridades delegadas” pueden dictar “órdenes, resoluciones disposiciones e instrucciones interpretativas” (art. 4.3); y luego con más precisión habla el art. 14.1 a) del mismo Real Decreto de que el Ministro de Transportes está habilitado para dictar “actos y disposiciones”. Como se ve, junto al término genérico de “medidas”, tanto la LOEAES como el Real Decreto 463/2020 se refieren expresamente a “actos y disposiciones”. Se utiliza así la terminología tradicional y propia del Derecho público, que distingue entre las normas o disposiciones, de un lado, y los actos o resoluciones singulares, de otro lado. Pero esta terminología puede resultar inadecuada para las medidas de emergencia dictadas en estado de alarma. No parece estar en cuestión que tanto las disposiciones como los actos pueden afectar a cualquier situación o acto jurídico precedente, salvo prohibición constitucional expresa o implícita. Por eso, es posible que una medida aprobada por el Gobierno (esto es, por cualquiera de sus “autoridades delegadas”) desplace la aplicación de una ley o un reglamento precedente (ATC 7/2012, FJ 4; STC 83/2016, FJ 9). Piénsese sin más en la Disposición adicional 4.^a del Real Decreto 463/2020, que suspende los plazos de prescripción y caducidad previstos en innumerables leyes. Esta eficacia incluso *contra legem* de las medidas de emergencia sugiere que no resulta adecuado hablar de “disposiciones” y “actos”. Simplemente, porque no lo son. Los conceptos jurídicos de “disposición” y “acto administrativo” se han formado para analizar y describir el funcionamiento ordinario del Gobierno y la Administración conforme al principio de legalidad (art. 103.1 CE)¹². Pero carecen de capacidad explicativa y heurística en el contexto de un estado de alarma. Tomando como referencia comparada el Derecho británico, se puede observar cómo la ley renuncia a calificar jurídicamente las *emergency regulations* que dicta el Go-

bierno, y que pueden excepcionar la aplicación de cualquier ley vigente. En mi opinión, calificar a las medidas gubernativas extraordinarias como disposiciones o actos puede aportar más confusión que claridad. Porque habrá entonces que explicar por qué un acto administrativo excluye la aplicación de una ley o un reglamento precedente. O cómo es que una “disposición” o un “acto administrativo” se dictan, tal y como establece el art. 4.3 del Real Decreto 463/2020, prescindiendo por completo de todo procedimiento previo, y por tanto de las garantías de audiencia o de participación ciudadana de los distintos tipos procedimentales. Conviene, en suma calificar las decisiones gubernativas en tiempo de alarma, simplemente, como “medidas de emergencia”, para las que podemos definir un régimen jurídico específico. Forma parte de ese régimen jurídico, en lo que es objeto de este estudio, que tales “medidas” no se atienen a la distribución ordinaria de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

2. Límites: proporcionalidad, “identidad constitucional” y provisionalidad

21. Aunque la competencia extraordinaria del Estado para superar la situación de emergencia es *a priori* muy extensa, tiene límites. Tendencialmente, las medidas estatales pueden referirse a cualquier materia, aunque sea de titularidad autonómica o local. El límite aquí no es tanto la materia como en el *efecto competencial* de la medida. Esto es, el grado de sacrificio que la medida gubernativa produce en el orden normal de competencias. Se parte de la premisa de que en situaciones de concurrencia competencial, las decisiones adoptadas por un órgano público pueden ser *prevalentes* y por tanto vincular a otro órgano también competente sobre la misma materia, personas o espacios físicos. Pero esa prevalencia, que articula las concurrencias competenciales, no puede ser absoluta. Pues una prevalencia absoluta de una competencia, sobre todo si está no tiene límites materiales definidos, equivale a negar la existencia misma de las demás competencias en concurrencia. El límite está, más bien, en la proporcionalidad de cada concreta medida, en relación con el fin pretendido (en

nuestro caso, el objetivo constitucional de superación de la situación de emergencia).

22. El art. 1.2 LOEAES expresamente se refiere a que las medidas gubernativas de emergencia deben ser “las estrictamente indispensables” y a que su aplicación se realizará “de forma proporcionada a las circunstancias”. Simplificando, podríamos decir que las medidas de emergencia deben ser en todo caso *proporcionadas*. Aunque el mencionado precepto no precisa qué es aquello que sólo proporcionadamente puede ser sacrificado. Pues bien pudiera pensarse que la proporcionalidad se refiere sólo a los derechos de los ciudadanos. Es cierto que el principio de proporcionalidad se define, en su origen, para proteger los derechos de los particulares frente al poder público¹³. Pero la lógica de este principio, que compara tanto medios y fines como costes frente a beneficios, se ha trasladado ya también al ámbito competencial¹⁴. Según esto, no se cuestiona que el Gobierno pueda imponer sus medidas de alarma en cualesquiera materias. Incluso en aquellas que, como la sanidad, los servicios sociales o los transportes intracomunitarios, corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas o –en los términos de las leyes autonómicas correspondientes– a las entidades locales. Pero esta facultad gubernativa sólo es plenamente lícita en la medida en que el sacrificio de las competencias autonómicas o locales sea proporcionado. Esto es, sólo si la medida gubernativa es adecuada para el fin; si es la que, de entre las posibles, sacrifica en la menor medida posible la competencia autonómica o local; y si el resultado derivado de la medida gubernativa es en sí más valioso que el sacrificio que produce (en la competencia autonómica o local). En términos generales, en situaciones como la de la actual pandemia por el virus COVID-19, resul-

¹³ Entre otros: José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pág. 122.

¹⁴ FRANCISCO VELASCO CABALLERO (2009), “Método de la ponderación y sistema competencial”, en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA, *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons págs. 135-158 (pág. 155). Otra opinión: Daniel SARMIENTO, “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 145 y ss.

¹² Luciano PAREJO ALFONSO (2020), “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, págs. 7-40 (pág. 14).

ta difícil cuestionar la idoneidad, necesidad y mayor valor relativo de las medidas gubernativas. Pero, en todo caso, estos límites existen.

23. Un ejemplo ilustrativo de proporcionalidad en el sacrificio competencial lo ofrece la reciente Orden del Ministro de Transportes sobre los servicios de transporte público (Orden TMA/229/2020, de 15 de marzo). Los artículos 4 y 14.1 del Real Decreto 463/2020 habían establecido o previsto límites a la movilidad en el transporte público. Esos límites, en la medida en que se refieren a transporte público intracomunitario o urbano, afectan de lleno a competencias exclusivas de Comunidades Autónomas y municipios. En esa medida, el art. 1 de la Orden Ministerial opta por concretar directamente los límites generales establecidos en el Real Decreto, y dispone que: “cada autoridad autonómica o local competente podrá fijar los porcentajes de reducción de los servicios de transporte público de su titularidad que estime convenientes (...)”. A lo que añade que “lo anterior procederá sin perjuicio de las facultades del Ministro de Transporte Movilidad y Agenda Urbana señaladas en el artículo 14.1 del Real Decreto 463/2020 (...)”. Como se ve, aquí no está en cuestión que el Ministro de Transportes puede, durante el estado de alarma, dictar medidas concretas y directas sobre movilidad. Pero por razones técnicas y de eficacia, o por respetar lo más posible el orden constitucional de competencias, ha optado por no agotar todo el espacio regulativo posible, para que en el actúen las Comunidades Autónomas y las entidades locales ordinariamente competentes.

24. Las medidas gubernativas en estado de alarma, por su propia urgencia, son *poco asequibles para un juicio externo de proporcionalidad*. Por ello, la eficacia de este límite constitucional no está tanto en una valoración externa –política y eventualmente judicial– de la medida, como en la necesidad de que la propia “autoridad delegada” que adopta la medida tenga en cuenta, acepte expresamente y motive –siquiera sucintamente– que la medida adoptada afecta a ámbitos competenciales autonómicos o locales; y que ello no obstante, resulta una medida adecuada, necesaria y ponderada. Tomando como referencia la legislación británica de emergencia, se

observa que el art. 20.5 *Civil Contingencies Act 2004* impone al Gobierno la *motivación y justificación* de la proporcionalidad cada medida adoptada, precisamente para comprobar que el Gobierno ha tenido en cuenta los efectos y sacrificios que esa medida puede producir. En nuestro caso, justificar la proporcionalidad competencial de las medidas de emergencia no sirve tanto para un hipotético juicio de constitucionalidad como para obligar al Gobierno a valorar y ponderar, a tener suficientemente en cuenta, los efectos negativos de sus medidas. En mi opinión, motivar la proporcionalidad competencial de las medidas de emergencia, incluso de forma muy sucinta, es algo más que afirmar apodóticamente, como hace el preámbulo del Real Decreto 463/2020, que todas las medidas adoptadas son “las imprescindibles” y que resultan “proporcionadas a la extrema gravedad de la [situación]”,

25. Siguiendo una sugerencia formulada por Pedro Cruz en otro contexto, aunque también constitucional, todas las situaciones de anormalidad o excepcionalidad constitucional deben tener hoy por límite no sólo el principio de proporcionalidad sino también un límite más difuso y último: la *identidad constitucional* del Estado¹⁵. Y aunque esta especie de límite constitucional absoluto a cualquier estado de excepción se ha propuesto en relación con los derechos fundamentales, creo que es extensible también al orden territorial. Esto es, no sólo los derechos fundamentales o el principio democrático definen la identidad constitucional de España. También forma parte de esa identidad constitucional el concepto mismo de autonomía territorial, a la que se refieren tanto el art. 2 como el art. 137 CE. De esta forma, si bien el principio de proporcionalidad puede tolerar excepciones muy intensas, pues es un última instancia la proporcionalidad remite a un juicio ponderativo entre sacrificios y beneficios (y esto anuncia una protección debilitada de la mayoría de los bienes constitucionales, en situaciones de alarma, excepción o sitio), la referencia a la “identidad constitucional” nos lleva más bien un *juicio de reconocibilidad*: deter-

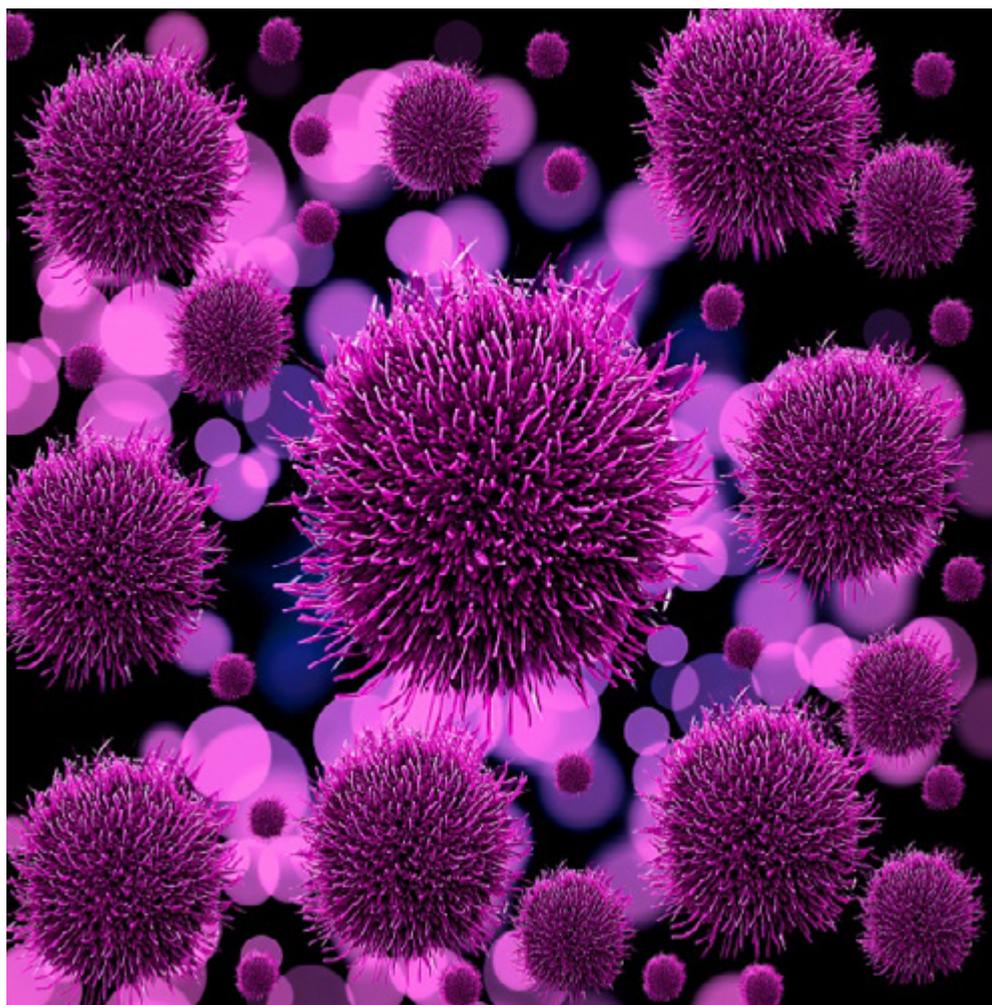
¹⁵ Pedro CRUZ VILLALÓN (2017), “Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, pág. 3.

minadas afecciones a las competencias autonómicas o locales hacen irreconocible el orden territorial dispuesto por la Constitución, y por tanto no son justificables por ninguna razón o bien constitucional. Obviamente, en la actual situación de alarma, las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020 están muy lejos de ese límite constitucional absoluto.

26. El estado de alarma, como estado competencial extraordinario, es por definición *provisional*. El art. 161.2 CE se ocupa expresamente de limitarlo inicialmente a quince días naturales. Y aunque cabe que el Congreso autorice al Gobierno a prorrogar el estado de alarma –y por tanto a prolongar la competencia extraordinaria del Gobierno– la prórroga autorizada por el Congreso también debe tener un límite temporal, aunque este no venga directamente fijado ni en la Constitución ni en la Ley orgánica 4/1981. En principio, se puede considerar que cada prórroga autorizada por el Congreso no puede superar los quince días. La mencionada provisionalidad se refiere no sólo a la competencia extraordinaria del Estado, que sólo se puede ejercer durante el lapso estricto del estado de alarma, sino también a las propias medidas adoptadas por el Gobierno en ese tiempo. Así se dice expresamente para las *emergency regulations* en Reino Unido (art. 26.1 *Civil Contingencies Act 2004*) y también se puede predicar de nuestro estado de alarma. Varias son las precisiones que se pueden hacer al respecto.

a) En primer lugar, la extinción de las medidas extraordinarias es *automática*, en el mismo momento en que concluye temporalmente el estado de alarma¹⁶. Esto es, la extinción de la eficacia no depende de que los órganos ordinariamente competentes, autonómicos o locales, adopten decisiones revocatorias, o adopten nuevas decisiones que repongan el estado de cosas anterior a las medidas de emergencia. Su extinción es automática. Y por tanto, todas las leyes, disposiciones generales, instrucciones, contratos o convenios que hubieran podido quedar afectados por las medidas gubernativas extraordinarias retoman automáticamente su vigencia o eficacia,

¹⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El nuevo Derecho de excepción”, cit., pág. 109.



desde el momento mismo en que claudica el estado de alarma.

b) Los *efectos producidos* por las medidas extraordinarias durante el estado de alarma son legítimos y definitivos, aunque ya no se pueden prolongar en el tiempo. Así se dice expresamente, para las *emergency regulations* británicas, en el art. 26.2 b) de la *Civil Contingencies Act 2004*: “[the regulations] shall not affect anything done by virtue of the regulations before they lapse”.

c) Y ya por último, las medidas gubernativas de emergencia *no son enjuiciables*, en términos competenciales, conforme al orden constitucional ordinario, sino sólo conforme al orden excepcional de competencias delimitado por el art. 116 CE.

IV. CONTROLES

27. El art. 116.6 CE establece categóricamente que la declaración del estado de alarma no modifica el principio de *responsabilidad* del Gobierno “y sus agentes”. Esta genérica responsabilidad presenta muchas posibles formas. Entre

ellas se cuenta, desde luego, la responsabilidad política. Pero también alguna suerte de responsabilidad jurídica. Es propio de un Estado de Derecho que el ejercicio del poder público está sometido a alguna forma de control jurídico, por laxo y deferente que sea ese control. En el caso del estado de alarma, dos son las actuaciones del Gobierno que activan su responsabilidad y, por tanto, el control: la propia declaración del estado de alarma, al amparo del art. 116.2 CE; y las medidas de emergencia tomadas por el Gobierno y las distintas Administraciones públicas en situación de alarma.

28. La *declaración de alarma*, por el Gobierno, está sometida al control *político* de Las Cortes. Ese es el sentido principal de que el art. 116.5 CE establezca que durante el estado de alarma Las Cortes quedan automáticamente convocadas. De otro lado, la previsión de una posible prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso de los Diputados (art. 116.2 CE) permite por sí un juicio político sobre el Gobierno (ATS de 10 de febrero de 2011. ECLI: ES:TS:2011:857A). Pero además de este control parlamentario, de naturaleza po-

lítica, también hay un posible *control jurídico*, por el Tribunal Constitucional. De acuerdo con la STC 83/2016, FJ 11, se puede afirmar que el Real Decreto de declaración del estado de alarma, en la medida en que activa una competencia extraordinaria del Estado que de por sí afecta a la eficacia de las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y las demás leyes, tiene “fuerza de ley”. En consecuencia, su control jurídico sólo puede provenir del Tribunal Constitucional. Bien mediante el recurso de inconstitucionalidad (arts. 161.1 a) CE y 31 LOTC), que puede ser interpuesto por la asamblea parlamentaria y el gobierno de cada Comunidad Autónoma (art. 32.2 LOTC). Bien mediante la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35 LOTC), cuando el enjuiciamiento de una concreta medida gubernativa de emergencia exija cuestionar la propia constitucionalidad de la declaración de alarma. Bien mediante un conflicto en defensa de la autonomía local (art. 75 *bis* LOTC), que es por completo hipotético, dado el complejo litisconsorcio activo necesario que establece el art. 75 *ter* LOTC. Todos estos posibles medios constitucionales de impugnación se limitan a un control sobre los presupuestos que justifican la declaración de alarma y sobre los escasos límites directos –como el límite temporal de quince días– que fija directamente el art. 116 CE. Pero este control ha de ser necesariamente *deferente* con el Gobierno –excepto en lo referente al límite temporal– porque precisamente el art. 116.2 CE ha concedido al Gobierno un amplio margen de apreciación y pronóstico, no sustituible por el Tribunal Constitucional. El juicio de constitucional no consiste en comprobar si el Gobierno ha *acertado* en la declaración de alarma, sino sólo si el Gobierno, en el contexto de incertidumbre propio de toda situación de emergencia, ha actuado con la suficiente información y diligencia como para poder evaluar correctamente la situación. Más allá, *el control de corrección es sólo político*, por las Cortes.

29. Más problemas plantea el control de las *concretas medidas gubernativas* que siguen a la declaración del estado de alarma. El art. 1.3 LOEAS declara expresamente que “los actos y disposiciones de la Administración pública adoptados durante la vigencia de los estados

de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo establecido en las leyes”. Tanto el ATC 7/2002 (FJ 3) como la STC 83/2016 (FJ 11) sostienen abiertamente que ese control “jurisdiccional” de las concretas medidas de emergencia, una vez declarado el estado de alarma, ya no corresponde al Tribunal Constitucional, sino a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Pero la cuestión es menos clara de lo que podría parecer. Porque resulta que no sólo el Real Decreto que declara el estado de alarma, sino también las concretas medidas que dictan las ministras y ministros, tienen “fuerza de ley”, pues son tales medidas concretas las que afectan provisionalmente al ejercicio de las competencias que los Estatutos de Autonomía y las demás leyes atribuyen a las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Y si es así, si esas medidas ministeriales tienen tal “fuerza de ley”, sólo el Tribunal Constitucional podría ejercer sobre ellas un control jurisdiccional. Según esto, la “vía jurisdiccional” a la que se refiere el art. 1.3 LOEAES no sería la ordinaria (contenciosa), sino la constitucional.

30. Una opción argumental, para afirmar el *control contencioso-administrativo* de las concretas medidas ministeriales, consistiría en sostener que la “fuerza de ley” no es una cualidad propia de aquellas concretas medidas gubernativas, sino que esa “fuerza de ley” sería sólo un *complemento de eficacia* añadido por el Real Decreto que declara la alarma. Sería algo similar, *mutatis mutandis*, a una deslegalización, en la que es la propia ley quien permite que ella misma u otra ley sea modificada por un reglamento, y donde por tanto la función de la ley deslegalizadora es “destruir la fuerza negativa de otras leyes vigentes” para abrir la materia al reglamento¹⁷. En esos casos de deslegalización, la fuerza derogatoria del reglamento (sobre una norma con rango de ley) no es propia, sino el simple efecto reflejo de una decisión legal (la deslegalización). Y por eso el reglamento derogativo de una norma legal puede ser controlado por la Jurisdicción contenciosa. Trasladado esto al ámbito del estado de alarma, significaría que las medidas gubernati-

vas de emergencia no desplazan o excepcionan por sí el ejercicio ordinario de las competencias territoriales (atribuidas por las leyes), sino que esa afectación o desplazamiento provisional derivaría del propio Real Decreto declarativo de la alarma. Sería el Real Decreto declarativo del estado de alarma quien habría “deslegalizado” el orden competencial ordinario o habilitado a las “medidas” gubernativas para desplazar provisionalmente la eficacia de los Estatutos de Autonomía y demás leyes atributivas de competencias. Un argumento así permitiría mantener el control contencioso-administrativo sobre las medidas gubernativas de alarma. Pero tal construcción, aunque atractiva, tiene problemas. Primero, porque a diferencia de lo que ocurre en los casos de deslegalización, aquí el efecto habilitador o provisionalmente “deslegalizador” no actúa dentro de un mismo ordenamiento normativo, sino con eficacia transversal, entre distintos ordenamientos territoriales. El Real Decreto de alarma no articularía las relaciones entre un Parlamento y un Gobierno (relación ley-reglamento), sino entre diversas organizaciones territoriales. Por eso, la eventual “fuerza de ley” de las concretas medidas de emergencia, respecto de las competencias de las Comunidades Autónomas, no podría ser un *efecto reflejo añadido* por el Real Decreto de alarma. Porque el Real Decreto de alarma no es idóneo, por sí, para redefinir el sistema de fuentes. Esa tarea la han cumplido el art. 116.2 CE y de los arts. 9 y 11 LOEAES, que son quienes dotan de fuerza provisional de ley a las medidas gubernativas de emergencia. Esto es, la eficacia suspensiva de las medidas ministeriales sobre el orden legal de competencias es una *cualidad propia* de todas esas medidas de emergencia, no decidida por sí por el Real Decreto de alarma.

31. En segundo lugar, la distinción, a efectos del control jurisdiccional, entre el Real Decreto que declara la alarma (sometido al control del Tribunal Constitucional) y las concretas medidas gubernativas de emergencia (controladas por la Jurisdicción contencioso-administrativa) exigiría distinguir, en el seno del Real Decreto de alarma, entre la decisión que *declara* la situación de emergencia y las concretas *medidas* gubernativas que se incluyen ya de forma inmediata en el propio Real Decreto de

alarma. Habría que distinguir, en el supuesto de alarma sanitaria que nos ocupa, entre los arts. 1 a 6 y 20 del Real Decreto 463/2020 (donde se declara y configura el estado de alarma) y las medidas concretas que se enuncian en los arts. 7 a 19 y las Disposiciones adicionales 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 5.^a del mismo Real Decreto. Pues mientras que la “declaración” sólo sería impugnable ante el Tribunal Constitucional, las concretas “medidas” urgentes que le acompañan, por ser inmediatamente aplicativas o derivadas del estado de alarma, serían impugnables ante la Jurisdicción contenciosa. Salvo que se argumentara, claro, que las concretas “medidas” que acompañan a la declaración de alarma forman parte de esa misma declaración, son o integran la decisión declarativa. Esta argumentación permitiría residenciar el control de las primeras “medidas” de emergencia –las contenidas en el propio Real Decreto que declara el estado de alarma– en el Tribunal Constitucional, aunque no así las posteriores medidas ministeriales. Salvo, claro es, que todas las “medidas” de emergencia posteriores se aprobaran también mediante nuevos Reales Decretos modificativos del inicial. Tal práctica, de plantearse, no sería constitucionalmente óptima, pues el Consejo de Ministros difícilmente puede alcanzar la agilidad y eficacia que le impone el art. 116.2 CE.

32. Todo lo dicho, sobre el control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional o por la Jurisdicción contencioso-administrativa, tiene una notable singularidad cuando el control se refiere a la preservación del *orden constitucional de competencias* entre el Estado y cada Comunidad Autónoma. Porque en tal caso, las concretas medidas gubernativas de emergencia, sin perjuicio de su posible control por la Jurisdicción contenciosa, también pueden ser fiscalizadas por el Tribunal Constitucional a través del *conflicto de competencias* (art. 161.1 c) CE), el cual permite impugnar cualesquiera “disposiciones, resoluciones y actos” (art. 61 LOTC), aunque sólo por razones competenciales. En todo caso, en cualquiera de los dos foros jurisdiccionales, el constitucional y el contencioso, el parámetro de control sería el mismo: los posibles límites de temporalidad, proporcionalidad e “identidad constitucional” a los que se ha hecho referencia más arriba. ❖

¹⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO (2006), *Tratado de Derecho administrativo y de Derecho público general*. Vol. II, Madrid: Iustel, pág. 952 (§ 313).

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS. RÉGIMEN GENERAL Y GARANTÍAS Y ESPECIAL ATENCIÓN A LAS RESTRICCIONES DE EXCEPCIONALIDAD ORDINARIA

LORENZO COTINO HUESO*

A MODO DE INTRODUCCIÓN

El Coronavirus pone en peligro la vida, integridad y la salud colectiva de las personas. Y, como efecto colateral, el Coronavirus lleva a restringir severamente los derechos fundamentales. Ante

* *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.*

esta situación urgente y excepcional aquí se pretende un análisis general –también urgente– del Derecho de necesidad aplicable para intentar dar claridad a los diferentes regímenes jurídicos de la excepcionalidad y los diferentes niveles de garantía que implican para los derechos fundamentales. Es más, el presente estudio se centra especialmente en lo que se denomina Derecho ordinario de situa-

ciones excepcionales y no tanto en Derecho excepcional constitucional vinculado a los artículos 55 y 116 CE. Así, se analiza la legislación de seguridad y, especialmente, a partir del artículo 30.4.º CE la de protección civil y de salud por cuanto permite obligaciones y restricciones de derechos por muy variadas autoridades estatales y autonómicas. Me permito remitir a otros trabajos (Cotino

2020 a) en los que llevo a cabo un estudio de las restricciones de concretos derechos (libertad de circulación, derecho de reunión, intimidad, protección de datos, libertad religiosa, órdenes y prohibiciones, etc.) por medidas adoptadas a causa del Coronavirus y, en especial, en razón del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de alarma.

Son tiempos revueltos y también para las garantías constitucionales. Estos días, por poner un ejemplo, se ha visto como el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, ha reformado el artículo 4 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril. Como *excusa* en estos tiempos revueltos, puede decirse que el precepto reformado no era materialmente orgánico y se daba una congelación de rango. No obstante, sólo el TC puede declarar que una ley orgánica no lo es materialmente.

En Italia las carencias constitucionales de las medidas adoptadas parecen sin duda más graves que las hasta ahora detectadas en España. Como explican Vedaschi y Chiara (2020), derechos fundamentales sólo limitables por ley se restringieron seriamente a través de Decretos Ley, de 8, 9 y 11 de marzo. El contenido de estos decretos ha inspirado

en buena medida Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de alarma en España. Estos decretos implementaban un Decreto Ley 6/2020 cuyo artículo 3 era una carta en blanco que afirmaba la posibilidad de adoptar decretos para contener o prevenir la enfermedad. Por su parte, recuerdan las autoras, que el Decreto Legislativo 1/2018 (Código de protección civil) tampoco no faculta explícitamente al Gobierno a limitar los derechos y libertades por decreto, ni se daba la situación de guerra del artículo 78 de la Constitución italiana.

Quien suscribe, y es posible que el lector jurista, se sorprendió al observar decisiones de confinamiento y otras gravemente restrictivas adoptadas antes de que se decretase la alarma, especialmente por parte de autoridades autonómicas. Como especialmente analizo en Cotino (2020 a) en muy buena medida las concretas restricciones de los derechos por causas excepcionales se pueden adoptar en razón de la regulación ordinaria. E incluso se llega incluso a la paradoja de que el actual Derecho ordinario de situaciones de excepción habilita a establecer restricciones como el confinamiento o prohibición de reuniones que en principio no cabrían ni si-

quiera bajo el estado de alarma por cuanto implican una suspensión de derechos.

Es posible cuestionar seriamente la constitucionalidad de la legislación aplicable. Sorprende incluso ver como con la doctrina existente se desdibuja y confunde el régimen y las garantías de los derechos en régimen de Derecho ordinario, bajo estado de alarma o bajo la suspensión de derechos. La situación ha sobrepasado a todos y ahora es tarde para hacer críticas respecto de una situación normativa que ya está aquí y con la que hay que afrontar la situación. Dice con razón la sentencia española que “a toro pasado todos somos Manolete”. Y ahora es fácil realizar críticas de lo que hasta ahora parecía desapercibido. No obstante, se considera que este análisis más general de las restricciones excepcionales puede invitar a la reflexión y dar alguna luz para aclarar la situación actual, así como de cara al futuro.

LA NECESIDAD DEL DERECHO DE NECESIDAD

Como analizó Schmitt (1985: 137-145) o Cruz Villalón (1980: 200 y ss.), Mon-





tesquieu justificaría que en beneficio de la seguridad cabría “cubrirlas con un velo la libertad [las libertades individuales], como se tapan las estatuas de los dioses” (XII, 19). Rousseau, sobre los presupuestos de la dictadura romana, afirmaría que para que el Estado no perezca debe dejarse dormir las leyes que por su naturaleza son lentas y pueden convertirse en un obstáculo a la conservación del Estado (Schmitt, 1985:165). Constant, a la vista de su amplia experiencia de los abusos de las instituciones de excepción, fundamentó que la Constitución no habría de ser suspendida jamás y las medidas de excepción habrían de estar contenidas en ella (Cruz Villalón, 240-241). Como Fernández García afirma (1997:12) “De lo que se trata es de poner medios excepcionales en manos del Estado, pero sin salirse nunca de la legalidad ni de las normas de ética política vigentes en una sociedad democrática y siempre pensadas exclusivamente para esa determinada situación de suma gravedad”. El Estado de Derecho ha de esforzarse continuamente para prever estas situaciones urgentes y necesarias y que en la medida de lo posible no queden al margen de la legalidad y culminar así un proceso de juridificación-racionalización que, como recuerda Soriano (1985: 103), está todavía muy lejos de culminar.

En todo caso, la excepcionalidad de natural es escurridiza y no previsible. Por ello, no hay que excluir que ante la

falta de previsión en la norma positiva, excepcional y subsidiariamente, haya que acudir al principio de necesidad directamente como principio implícito para resolver situaciones excepcionales. Así, se llega a afirmar que en el caso de que la situación no esté prevista por el Derecho, la necesidad rige como un principio jurídico creativo para adecuarse a la situación (Álvarez, 1996: 172).

En buena medida, la actuación del Rey en el golpe de estado de 1981 hubo de justificarse directamente en la misma proyección del principio de necesidad (Cotino 2002). Ahora bien, no se trata de aceptar directamente teorías de justificación de medidas extraordinarias implícitas (Hauriou) o iusnaturalistas (Hoerni, Álvarez, 1996: 81).

PRESUPUESTO, CONSECUENCIAS Y LÍMITES GENERALES DEL DERECHO DE NECESIDAD

En otros lugares he analizado (Cotino 2000: 395-416) el Derecho de necesidad. Al respecto destaca el excelente estudio de Álvarez (1996), que ha afirmado que hay un “Derecho de las circunstancias normales” y puede hablarse de un Derecho de necesidad: unas *circunstancias* que exigen la adopción de unas medidas precisas para alcanzar las *finalidades* perseguidas (1996: 41 y 246). Como presupuesto, en primer lugar hay “una situación de peligro o de potencial

amenaza para un fin reconocido como esencial por el grupo social, a la que tienen que hacer frente los Poderes de necesidad” (1996: 166), siendo un peligro la “situación fáctica que, de desarrollarse normalmente, provocaría con una gran posibilidad consecuencias dañosas para los fines considerados como esenciales por el grupo social” (1996: 166). A ello se une el daño si no se actúa o no se actúa bien. La urgencia que se suma a esta situación de peligro, que se define por el autor como “la necesidad cualificada por el tiempo” (1996: 256). El segundo elemento es la finalidad o finalidades que se pretenden llevar a cabo por los poderes públicos.

Como consecuencia y efecto, cuando se dan aquellas situaciones particulares afirma Álvarez que se da una *derogación* con carácter temporal y suspensivo del Derecho “ordinario”, puesto que éste resulta inadecuado para dar respuesta a aquella realidad, pasándose a aplicar lo dispuesto para esta situación (Álvarez, 1996: 320-326). No obstante, no se trata de una derogación, pues el Derecho ordinario sigue vigente, pero no se aplica en lo que sea contrario al Derecho de necesidad.

Materialmente y por lo general, los efectos generales de la excepcionalidad son una centralización de competencias a favor del poder Ejecutivo y dentro del mismo, una concentración dentro de un mismo poder, así como alteraciones de competencia entre diferentes organizaciones territoriales. En todo caso, por lo que aquí interesa, el último bloque de reacciones típicas suscitadas por la necesidad son las relativas a la alteración de reglas de fondo, en particular los derechos y libertades, así como la alteración, sustitución o supresión del procedimiento (Álvarez, 1996: 410 y ss.).

Como afirmase Nizard: “El fin no justifica todos los medios. El fin justifica tan sólo la utilización de aquellos elementos que son *necesarios* para su realización” (sigo por Álvarez, 1996: 171). Frente a los efectos de la excepcionalidad necesariamente ha de haber contrapesos y límites. Esencialmente, se debe controlar la existencia de los presupuestos, esto es una verdadera situación de necesidad y su urgencia. El peligro o la amenaza debe ser real y efectiva, de lo contrario se trataría, de un “auténtico

fraude a la necesidad” (Álvarez, 1996: 43-44 y 250). Asimismo, debe controlarse el contenido de las medidas de necesidad adoptadas. Hay que insistir que se trata de elementos jurídicos y fiscalizables, esencialmente la necesidad, la adecuación a la finalidad y la proporcionalidad. Se trata además, de parámetros en modo alguno extraños al control jurisdiccional.

LOS DERECHOS Y LOS DISTINTOS RÉGIMENES JURÍDICOS Y EFECTOS DE LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, según se deriva de la siguiente exposición, puede considerarse que las garantías dogmáticas de los derechos varían en cuatro escenarios:

- Derecho fundamental suspendido: no contenido esencial, garantías de legalidad muy diluidas por el Derecho de excepción, canon de control limitado a la razonabilidad y en su caso a la proporcionalidad muy general.
- Derecho fundamental no suspendido bajo estado de alarma: garantías de reserva de ley orgánica y algo diluidas por el régimen de excepción aplicable. En principio, se mantienen las garantías del canon estricto de los límites a los derechos.
- Derecho fundamental bajo régimen de excepción de Derecho ordinario: teóricamente, todas las garantías de legalidad (art. 53. 1.º y 81 CE) y de admisión de los límites a los derechos. No obstante, cierta laxitud de las exigencias de calidad normativa y cobertura legal de los límites y mayores límites materiales en razón del peligro de bienes y derechos fundamentales por la emergencia.
- Derecho fundamental bajo régimen ordinario: plena aplicabilidad de las garantías constitucionales de los derechos.

Como se adelantó, lo cierto es que en la doctrina no se aprecia una claridad meridiana respecto de estos niveles de garantía.

El Derecho de excepción constitucional desplaza al Derecho ordinario

A partir del anterior estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre y su posterior prórroga por el Congreso con aprobación del Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, el TC ha tenido ocasión de despejar no pocas dudas (Garrido, 2017 y Álvarez V. 2016) y ha expresado y aclarado la situación de las fuentes normativas en los estados excepcionales. Como inicialmente señaló el ATC 7/2012, de 13 de enero, con el régimen normativo de excepción se imponen “excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria” (FJ 4.º).

Aunque se trate sólo del estado de alarma que decreta el Gobierno y pese a las dudas que suscitó el TS, lo que afirma el TC vale sin duda también para su prórroga, la excepción o sitio.

Es importante destacar que el decreto de alarma del Gobierno, su prórroga, la autorización del estado de excepción o la adopción del Estado de sitio “son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley” (ATC 7/2012, FJ 9.º). Este valor de ley lo tiene también el Decreto de estado de alarma del Gobierno antes de su ratificación. Ello es así, pese a las dudas que suscitó el TS. La sola declaración de alarma por el Gobierno aún sin intervención del Congreso en su prórroga: es “una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º).

El TC aprovecha el régimen de alarma para explicar “el sistema de fuentes del derecho de excepción”. La Constitución y la Ley Orgánica 4/1981 a la que remite el artículo 116 CE, dan cobertura constitucional a las decisiones con valor de ley de Gobierno y Congreso. Estas decisiones tienen “carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad apli-

cable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º).

Así pues, el Derecho de excepción constitucional queda integrado por la Constitución, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio que le dan cobertura y por las decisiones normativas con valor de ley de Gobierno (Decreto de alarma) y Congreso (art. 116 CE). El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo ha aprovechado el artículo 8. 2.º Ley Orgánica 4/1981 para considerar que el Gobierno puede dictar sucesivos decretos que modifiquen o amplíen las medidas establecidas en el inicial Decreto de alarma, respecto de los que sólo procede dar cuenta al Congreso (Disposición final tercera Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo). Así las cosas, también gozarían de valor de ley estas modificaciones del decreto inicial y la prórroga por el Congreso habrá de alcanzar los mismos. Se trata de una práctica cuestionable que exige distinguir con claridad los Decretos con valor de ley de otros desarrollos normativos que no modifiquen el Decreto de alarma, pues estos últimos no gozarán valor de ley y serán propiamente actos reglamentarios.

Pues bien, “esta legalidad excepcional [...] desplaza [...] la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese período la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º).

La suspensión de derechos. Lo excepcional dentro de la excepcionalidad constitucional

En razón del artículo 55. 1.º CE (al margen ahora de su apartado 2.º), los derechos fundamentales sólo pueden en su caso quedar suspendidos bajo el estado de excepción o estado de sitio. Esta suspensión suele denominarse suspensión general (Requejo, 2004: 198). No obstante, López y Maestro señalan que no puede haber una distinción entre suspensión individualizada y suspensión generalizada, puesto que “siempre se trata de suspensiones individualizadas, a personas concretas”. Y la suspen-

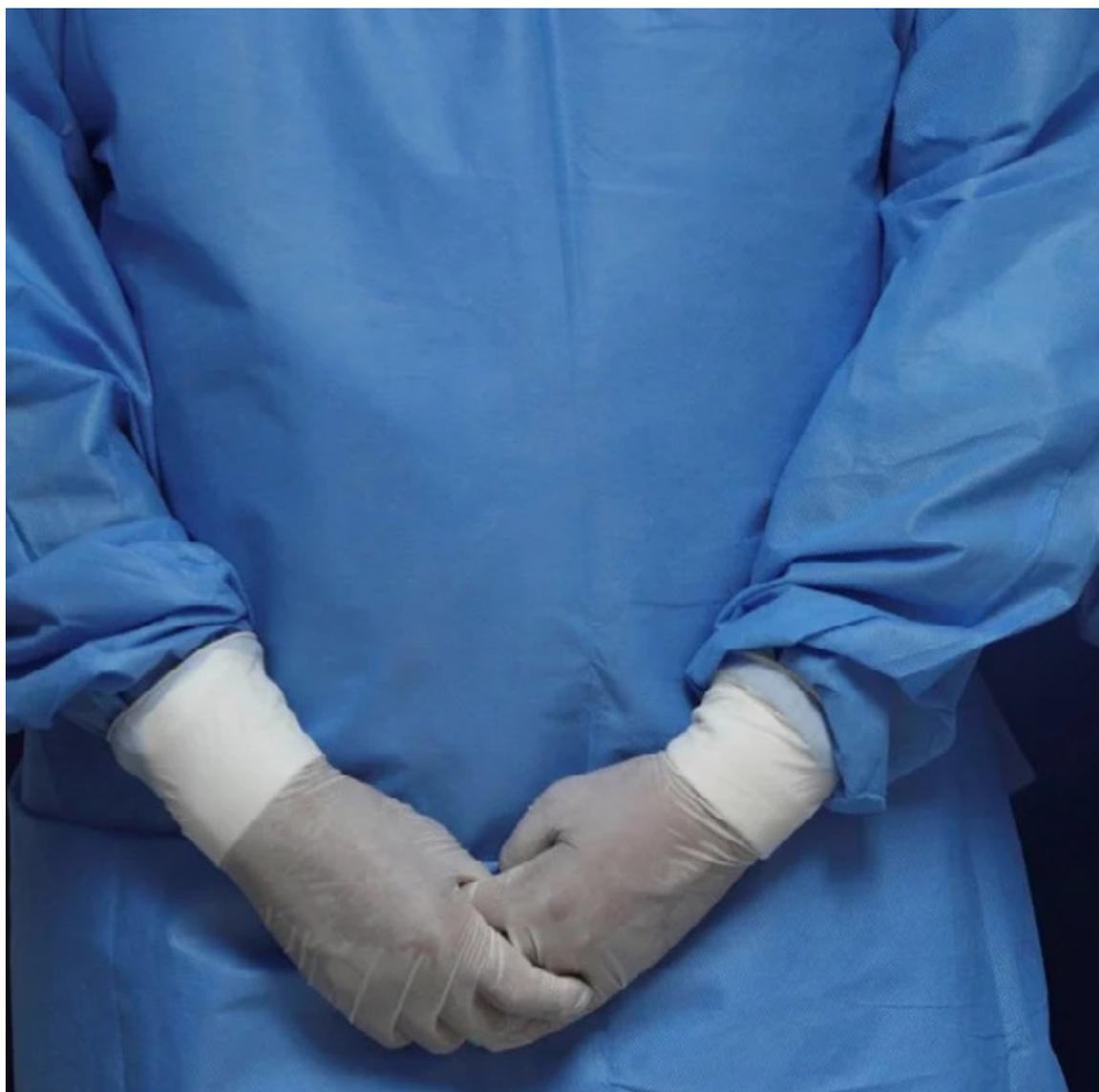
sión de los artículos 116 y 55 es una “suspensión en aquellos casos y para aquellas personas –de forma individualizada, por tanto–” (López y Maestro, 1988: 57 y 58).

Por lo que ahora más interesa, la figura de la suspensión de los derechos debe distinguirse de la restricción, así como de la supresión de los mismos. No obstante, pese a que no han faltado intentos de aclarar el concepto, hay cierta fusión y confusión especialmente con las restricciones y límites a los derechos.

Desde el punto de vista material, está claro que la suspensión de derechos implica una restricción del derecho más intensa de lo normal, que puede llegar hasta el práctico desconocimiento del derecho (Aláez, 2004: 236). Sin embargo, es preciso partir de un concepto formal de suspensión y, sólo a partir de él, analizar la constitucionalidad de una restricción por intensa que sea. Pues bien, formalmente la suspensión “deja sin efecto parcial o totalmente la obligatoriedad jurídica de un derecho fundamental” (Aláez, 2004: 235). Éste sería el concepto asumido en nuestra Constitución, esto es, la suspensión supone una desconstitucionalización, una habilitación al regulador para la supresión temporal de la vigencia de la norma. Si se produce, decae el régimen de garantías ordinario de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución. En consecuencia, el régimen del derecho suspendido pasa a ser el que se establezca por la legislación de excepción y la normativa oportuna.

Así pues, sólo a partir de la suspensión del derecho, éste pierde sus garantías constitucionales ordinarias, lo que no puede suceder bajo el régimen ordinario o el de estado de alarma.

Lo que no queda claro es el régimen e intensidad de las garantías de los derechos suspendidos. Así Requejo señala que la suspensión hace “inoperante” la garantía del contenido esencial del artículo 53 CE, que “no cumplirá su habitual función de garantía” (Requejo, 2001: 112-113). Sin embargo, insiste en que suspensión “no es una ‘desaparición absoluta’ o supresión”. Pese a que no haya contenido esencial se sostiene que cabrá un “control de constitucionalidad que comprobará si el sacrificio al que se



somete al derecho llega al punto de provocar su desaparición y, de no ser así, si es razonable o proporcionado, según el caso, con la finalidad que se persigue” y cualquier medida ha de ser necesaria y proporcionalidad a la situación y su urgencia (Requejo, 2001: 111 y 114).

En esta línea, como señala De la Quadra-Salcedo (1983; 429 y ss.), hay una sustitución de la regulación constitucional de los derechos por otra infraconstitucional y el derecho fundamental pasa a ser un mero interés legítimo. Aláez considera que la inconstitucionalidad respecto del derecho suspendido sólo se dará por falta de razonabilidad vinculada a la no arbitrariedad o por no ser “conforme a un mínimo esquema argumental formal” y la proporcionalidad (Aláez, 2004: 243-244).

A mi juicio, hay que manejar un concepto convergente formal y material de suspensión. Cuando se da formalmente la suspensión bajo los presupuestos

constitucionales, se altera el régimen de fuentes de los derechos y se habilita a diferentes reguladores para que los derechos puedan ser más intensamente restringidos de lo que sería constitucionalmente admisible en una situación ordinaria. Bajo la suspensión de un derecho, las garantías de reserva de ley pueden quedar diluidas bajo la cobertura de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. El alcance y garantías de los derechos fundamentales quedan en manos del habilitado constitucional y legalmente para dictar normas con valor de ley, esto es, la declaración del Gobierno según la autorización del Congreso para la declaración del estado de excepción o la declaración del Congreso del estado de sitio. Por cuanto al alcance material de la restricción que implica la suspensión, la garantía del contenido esencial del derecho suspendido (art. 53. 1.º CE) puede quedar afectada y no tener que respetarse. Los elementos básicos de control de la admisibilidad de la restricción de un derecho pueden quedar muy



desdibujados a partir de un canon de control muy laxo (justificación objetiva, razonable y proporcionalidad). Ello no obsta para que se mantengan generalmente las garantías de razonabilidad vinculada a la no arbitrariedad y proporcionalidad y que en todo caso, pese a que no se mantenga el contenido esencial, se postulen unos mínimos a respetar.

La alteración del régimen y fuentes de los derechos (no suspendidos) en razón del estado de alarma

No cabe la suspensión de derechos en el estado de alarma (art. 55. 1.º CE). Sin embargo, también bajo el estado de alarma hay un desplazamiento de la legalidad ordinaria.

Así, hay que tener en cuenta todas las excepciones, modificaciones o condiciones del régimen de los derechos que se establezcan, bajo la cobertura de la Constitución y de la Ley Orgánica

4/1981, por el Derecho con valor de ley que implica la declaración del estado de alarma y, en su caso, su prórroga. En consecuencia, las medidas adoptadas en el estado de alarma respecto de los derechos no pueden suponer una suspensión de los mismos, aunque sí que pueden conllevar limitaciones a su ejercicio (García Morillo, 2002: 469). Incluso se ha afirmado que se llega a dar una “negación transitoria del ejercicio del derecho a su titular” (Requejo, 2004; 199). El Derecho excepcional de alarma –como los de excepción o sitio “puede suspender o desplazar” la aplicación de las “leyes, normas o disposiciones con rango de ley–” (FJ 10.º). Así, en principio, incluso leyes orgánicas pueden quedar desplazadas en su aplicación por el régimen del estado de alarma. No obstante, al no haber suspensión de derechos, en modo alguno podrá afirmarse que no se da la garantía del contenido esencial (art. 53. 1.º CE). De igual modo, también bajo el estado de alarma habrá que aplicar canon ordinario de control

respecto de las restricciones a los derechos, al menos teóricamente. Un canon de control que no puede rebajarse a la laxitud del mínimo de la razonabilidad que se da bajo un derecho suspendido.

Bajo el régimen del estado de alarma el control de las restricciones de derechos en principio será el ordinario. No obstante, sin llegar a ser en ningún caso una suspensión de derechos a nadie escapa que bajo el régimen del estado de alarma, la por los operadores jurídicos conllevará muy posiblemente restricciones más intensas de los derechos fundamentales.

El Derecho ordinario de situaciones excepcionales y el régimen y restricciones especiales que puede implicar para los derechos fundamentales

Se ha señalado los supuestos de Derecho de excepción previstos constitucionalmente, que implican desplazamiento del Derecho ordinario y restricciones más severas e incluso la suspensión de derechos. Sin perjuicio de ello, el Derecho ordinario muchas veces regula situaciones excepcionales en las que bajo el principio de necesidad se modula e incluso restringen severamente los derechos fundamentales. Asimismo, el régimen ordinario de derechos fundamentales puede ser particularmente aplicable en situaciones de excepción. Es posible afirmar un Derecho ordinario de situaciones excepcionales al que este estudio presta particular atención.

Y cabe señalar que este Derecho ordinario de situaciones excepcionales puede producir también un desplazamiento del Derecho ordinario. Ahora bien, y esto es importante, se trata de un desplazamiento no *ex constitutione* sino por el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). El principio de especialidad es un principio general del Derecho, reconocido jurisprudencialmente como implícito en el marco del artículo 1.1.º Código Civil (STS de 16 de enero de 1998, Tardío 2003). En virtud del mismo, se aplica preferentemente la norma especial que contiene concreción, singularización o excepción de la más general. Esta preferencia de la especial se justifica por la propia voluntad del legislador de apartarse de la ley general. Ahora bien, la ley general se

aplicará a todos los supuestos no encuadrables en la especial. Es más, la norma general se aplica en el ámbito particular en todos aquellos aspectos no previstos por la norma especial (STS, Contencioso, de 27 de octubre de 1979).

Así pues, la regulación especial del régimen de derechos para situaciones excepcionales podrá desplazar al Derecho ordinario. Ahora bien, en modo alguno puede producirse una desconstitucionalización. Así, al menos en teoría, las restricciones de derechos que implique este Derecho ordinario de situaciones excepcionales deben respetar todas las garantías constitucionales de los límites a los derechos, así como todas las garantías de reserva de ley orgánica y ordinaria. Sin embargo, la excepcionalidad hace que en modo alguno sea extraña cierta relajación interpretativa por cuanto a que sólo la ley pueda establecer límites a los derechos con certeza y seguridad plenas. Las leyes del Derecho ordinario de situaciones excepcionales contienen habilitaciones para que la restricción del derecho fundamental se determine por poderes o normas del ejecutivo. Se trata de habilitaciones que no se admitirían en otros contextos ordinarios por no respetar el principio de calidad. Asimismo, por cuanto al alcance material de las restricciones, la intensidad del riesgo de los derechos o bienes constitucionales en peligro excepcional facilitan en general mayores restricciones a los derechos.

Podría pensarse que este Derecho ordinario de situaciones de excepción no habría de implicar restricciones más severas que las que se permiten bajo estados excepcionales. Y en todo caso, no pueden darse restricciones como las que implica la suspensión de un derecho. Sin embargo, del análisis de la potencial aplicación de este Derecho ordinario respecto de cada derecho (Cotino 2020 a) puede llegar a la conclusión de que buena parte de las restricciones de derechos bajo estado de alarma se podrían adoptar bajo el Derecho ordinario actualmente existente. Es más, incluso se llega a situaciones paradójicas como que se permiten restricciones que no se podrían dar bajo el estado de alarma. Así, por ejemplo, los confinamientos declarados en aplicación de este Derecho ordinario pueden incluso suponer una suspensión de la libertad de circulación

no permitida por la Constitución bajo el estado de alarma.

RESTRICCIONES DE DERECHOS EN SITUACIONES EXCEPCIONALES DE DERECHO ORDINARIO DE SEGURIDAD NACIONAL Y PÚBLICA

¿Restricciones excepcionales de derechos en la legislación de seguridad nacional?

Las situaciones de excepcionalidad y las variadas necesidades que implican por lo general tienen acogida en conceptos inclusivos como el de “seguridad nacional”. Sus “componentes fundamentales” son la “Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior” (STC 184/2016, de 3 de noviembre, FJ 3.º que asume el concepto del art. 9.1 de la Ley 36/2015).

Interesa cuestionarse si la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional puede afectar al régimen de los derechos fundamentales. Esta ley regula la gestión de crisis en situaciones excepcionales, como la “Situación de interés para la Seguridad Nacional” (art. 23) que puede ser declarada (art. 24). La aprobación de la ley en el contexto de la crisis política en Cataluña lleva a pensar que con esta figura se trataba de evitar medidas constitucionales excepcionales como el artículo 116 o el 155 CE, sin la respectiva participación de Congreso o Senado. La declaración de la “situación de interés” sólo exige la información inmediata al Congreso (art. 24. 3.º). Así, se trataría de una figura ordinaria excepcional no constitucional.

La regulación de esta “situación” es pretendidamente críptica y deficiente, como viene a reconocer la misma STC 184/2016, de 3 de noviembre FJ 7.º. Es importante subrayar que la regulación de la “Situación de interés para la Seguridad” “se afrontará con los poderes y medios ordinarios de las distintas Administraciones Públicas” (art. 23. 3.º). El TC ha subrayado este carácter ordinario: es “un mecanismo de coordinación reforzada en el desempeño por cada Administración de sus atribuciones ordinarias, por lo que no altera el marco competencial” (STC 184/2016, FJ 7.º). La regulación de sus consecuencias es

básicamente organizativa, únicamente se señala que implica una “coordinación reforzada de las autoridades competentes” (art. 23. 2.º) y que la declaración incluirá el nombramiento de autoridad funcional y sus competencias, así como “los recursos humanos y materiales necesarios” (art. 24. 1.º).

Por lo que aquí interesa respecto de los derechos, la declaración de esta “situación” excepcional pero ordinaria de seguridad nacional “en ningún caso podrá implicar la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos” (art. 23. 3.º). Ello habría de tranquilizar, pero más bien todo lo contrario. A la vista de este artículo 23. 3.º en el recurso de inconstitucionalidad frente a la misma, se afirmó que “La Ley crea así, al margen de la Constitución, un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE” (antecedente 1.º STC 184/2016).

Es obvio que la “declaración” no puede implicar la suspensión de derechos reservada a los supuestos del artículo 55 CE en estados de excepción y de sitio. La cuestión es si se pueden restringir derechos bajo situación de interés para la Seguridad. El TC no aborda esta cuestión. Entiendo que sobre la base de esta Ley 36/2015 no pueden restringirse derechos fundamentales dado que en su texto no hay referencia que diese sustento legal a restricción alguna. Ahora bien, es ley es un instrumento para situaciones de excepción y muy posiblemente se aplicaría en convergencia con otras leyes y disposiciones en materia de seguridad, de protección civil o de salud. Y estas leyes sí que pueden implicar fuertes restricciones a los derechos. Así pues, una situación de seguridad nacional por sí sola no puede implicar restricción alguna de derechos, si bien puede ser el marco de adopción de medidas de excepción ordinaria a través de otras leyes, que sí impliquen serias restricciones de derechos.

Restricciones de derechos en la Ley de seguridad ciudadana aplicables en situaciones excepcionales

Las situaciones de excepción, necesidad y emergencia en muy buena medida quedan en el marco de la “seguridad

pública” (“riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, [bajo] la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana” (concepto en la STC 25/2004 siguiendo la parte de esta noción de la anterior Ley Orgánica 1/1992).

En primer lugar, la actual Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana incluye facultades y actuaciones de las FCS restrictivas de derechos que son aplicables en situaciones ordinarias y, claro está, excepcionales. Así, en situaciones excepcionales las FCS podrán dictar órdenes y prohibiciones “estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley” (art. 14). También la “identificación de personas” (art. 16) puede vincularse a infracciones vinculadas a situaciones de emergencia y excepcionalidad. Igualmente, las facultades policiales de restricción del tránsito y controles en las vías públicas fácilmente pueden activarse o intensificarse en “supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración” (art. 17. 1.º), algo naturalmente vinculable a situaciones de emergencia. Algo similar puede señalarse respecto de las facultades de “comprobaciones y registros en lugares públicos” (art. 18.1.º). Para situaciones de excepción no será difícil considerar que van dirigidas a impedir “riesgo potencialmente grave para las personas”, susceptible de “alterar la seguridad ciudadana”. Y para ello “los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes”.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 4/2015 contempla particulares facultades restrictivas de derechos que se dan en situaciones excepcionales. Así, de un lado, cabe tener en cuenta la facultad extraordinaria de entrada en domicilio. El artículo 18. 2.º CE, pese a que es expresamente taxativo para permitir la entrada en domicilio, no introdujo expresamente la posibilidad de acceso al domicilio por estado de necesidad (a diferencia por ejemplo del art. 13.2.º de la Ley Fundamental de Bonn). No obstante, no ha sido un problema para

nuestro TC dar por bueno el acceso por “excepcional o urgente necesidad”. La anterior Ley Orgánica 1/1992 lo reguló en el artículo 21. 3.º) y el actual artículo 15. 2.º Ley Orgánica 4/2015 recoge que: “Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”. El Derecho estatal y autonómico de protección civil bajo esta cobertura orgánica regula esta facultad excepcional de entrada en domicilio “cuando la naturaleza de las emergencias exija” (art. 7 bis Ley 17/2015, de 9 de julio y otras).

Del otro lado, cabe subrayar las posibles “Medidas de seguridad extraordinarias” (art. 21 Ley Orgánica 4/2015). Así, en situaciones de emergencia es posible “el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales”. La misma norma define que “se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos”.

Los deberes de colaboración recogidos en regulación de seguridad como el general del artículo 4. 1.º Ley Orgánica 2/1986 y el más concreto deber de colaboración y auxilio del artículo 7.º 1.º Ley Orgánica 4/2015 se pueden exigir “especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos”. En estas situaciones las autoridades y FCS pueden “recabar de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria” (art. 7. 2.º). No hay que descartar que colaboración pueda implicar obligaciones y restricciones a derechos fundamentales en supuestos concretos. En abstracto estas restricciones quedarían bajo la cobertura de esta ley orgánica. El incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionable como infracción grave (Art. 36. 15.º). Asimismo, puede implicar la comisión del delito del artículo 556 del Código penal

para quienes se “resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”.

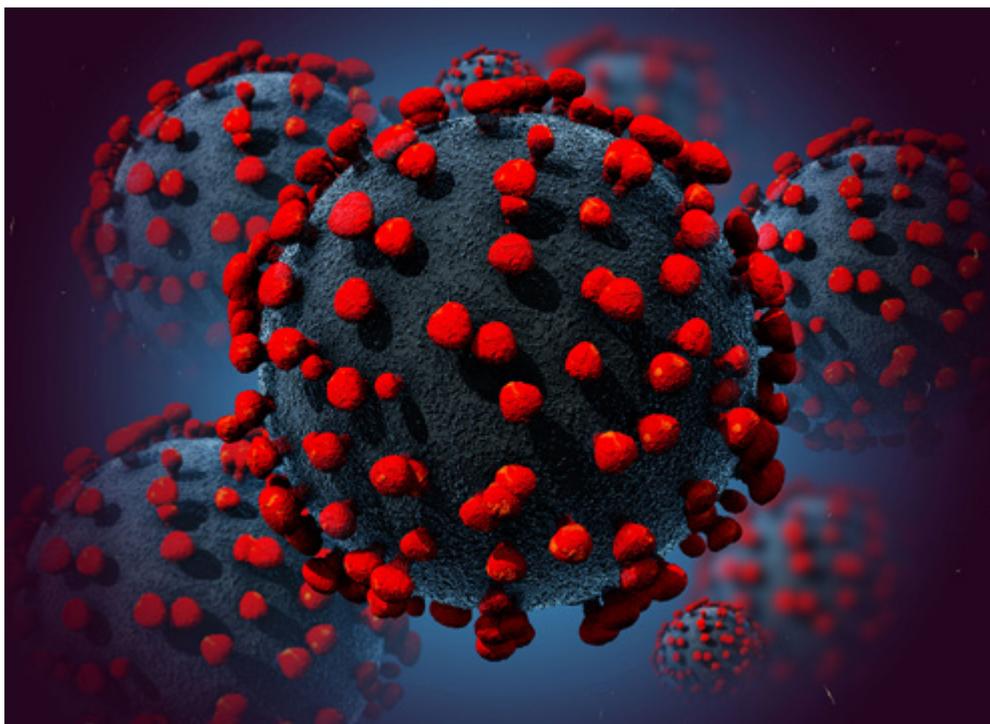
LOS DEBERES CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 30. 4.º CE Y LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESTRICCIONES DEL DERECHO EXCEPCIONAL ORDINARIO DE PROTECCIÓN CIVIL

El artículo 30. 4.º CE dispone que “Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”. Los deberes ciudadanos han atraído alguna atención desde la filosofía y la teoría general (Peces Barba, 1987; De Asís, 1991). Ya en concreto en el ámbito constitucional, el interés lo atrajo el ya suspendido deber de prestar el servicio militar y la objeción al mismo (Cámara, 1991; Moret, 2012). Sin embargo, la atención de este deber del artículo 30.4.º CE ha sido muy escasa o casi nula. Rubio Llorente categorizó el deber del artículo 30. 4.º CE como un “deber constitucional”, “autónomo” y dirigido a “todos los sometidos al poder, simplemente por serlo”, lo asimismo como un deber “fundamental”, en interés del Estado, en concreto, de prestación personal. Y que no se limita a los españoles (2001: 20, 23, 34 y 45).

Pues bien, estos deberes de colaboración que pueden derivarse del artículo 30. 4.º CE, han sido desarrollados en normativa ordinaria especialmente de protección civil y salud y en no pocas ocasiones pueden suponer restricciones a derechos fundamentales.

Un Derecho excepcional ordinario de protección civil

La STC 123/1984, de 18 de diciembre vino a señalar la existencia de un Derecho ordinario excepcional de protección civil, como “normativa que los regula contempla una serie de situaciones de emergencia, de extraordinaria heterogeneidad, y busca, por una parte, llevar a cabo estudios y actividades de prevención de los riesgos y, por otra parte, poner al servicio de la defensa frente a las calamidades públicas o de las catás-



trofes extraordinarias, que surgen en la vida de una comunidad, los recursos y los medios humanos y materiales necesarios para evitar o aminorar los daños". Y en este ámbito es donde se ubica "la existencia de obligaciones y servicios personales a cargo de los individuos" del artículo 30. 4.º CE (FJ 1.º). Como afirman las STC 87/2016 y en la STC 155/2013, FJ 3.º, su "finalidad estriba en la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia".

La STC 123/1984 señaló que "Los servicios de «Protección Civil», inicialmente incardinados en la organización de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad de carácter militar, han ido poco a poco adquiriendo un carácter nítidamente civil como competencia de los Departamentos o Ministerios de Interior" (FJ 1.º). Desde el punto de vista competencial, esta materia "ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución", así lo han reiterado la STC 87/2016, de 28 de abril, FJ 5 y la STC 184/2016, de 3 de noviembre (FJ 3.º). No obstante, ello no excluye la actuación autonómica, y especialmente respecto de las que tienen asumidas competencias de seguridad (FJ 2.º). Especialmente desde 2006 la materia ha sido asumida por diversos Estatutos de Autonomía. Las SSTC 31/2010 y 87/2016 (FJ 7 y 8) vienen a admitir la competencia autonómica en la materia. No obstante, como se recuer-

da en la STC 133/1990, FJ 6.º y más recientemente en la STC 184/2016, de 3 de noviembre FJ 4.º, "la competencia en materia de protección civil dependerá de la naturaleza de la situación de emergencia, y de los recursos y servicios a movilizar", con límites autonómicos en razón del "interés nacional o supra autonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia".

También la protección civil es una competencia municipal afirmada en la LBRL (Artículo 25. 2 f), en particular para municipios de más de 20 mil habitantes (art. 26. 1 c) LBRL).

La ley de referencia es la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil que es legislación básica estatal (Disp. Final 1.ª), aunque no es ley orgánica. El Derecho de protección civil es prolijo e incluye no menos de 51 normas estatales y 17 autonómicas.

Deberes de colaboración y restricciones en legislación ordinaria de emergencia estatal y autonómica

Por lo que aquí interesa, destaca el artículo 7 bis Ley 17/2015 por cuanto impone un muy fuerte deber de colaboración de los ciudadanos bajo requerimiento de la autoridad competente en casos de emergencia. Expresamente estos deberes se vinculan al deber constitucional del artículo 30.4.º CE. Sobre

esta base, cualquier mayor de edad debe realizar las prestaciones que se le exijan sin indemnización y está obligado "al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan" (art. 7 bis 2.º). Las medidas pueden incluir la requisita e intervención u ocupación transitoria, bajo indemnización (art. 7 bis 3.º). Como se señaló *supra*, bajo la cobertura orgánica del artículo 15. 2.º Ley Orgánica 4/2015 el artículo 7 bis recoge que "podrá darse la entrada en un domicilio" –sin autorización judicial– "cuando la naturaleza de las emergencias lo exija". Resulta especialmente significativo que bajo este el deber de colaboración se hace mención expresa de posibles "medidas restrictivas de derechos" por el tiempo estrictamente necesario y adecuadas (art. 7 bis 5.º). Los medios de comunicación "están obligados a colaborar de manera gratuita con las autoridades en la difusión de las informaciones preventivas y operativas" (art. 7 bis 8.º). Asimismo, el Artículo 7 ter obliga a los ciudadanos a "deben tomar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos" y "deberán actuar conforme a las indicaciones" de los agentes competentes.

En principio, los ciudadanos en general no están incluidos entre los sujetos que pueden realizar las infracciones. Son los particulares sujetos obligados que pueden cometer infracciones acarrear sanciones económicas muy importantes. Es dudosa la aplicabilidad de las infracciones muy graves del artículo 45. 3.º a) o graves del 4.º a) (1.501 a 30.000 euros y 30.001 a 600.000 euros, respectivamente). En todo caso, el incumplimiento de obligaciones por la ciudadanía podrá considerarse infracción leve (art. 45. 5.º b).

Al amparo de la Ley 17/2015, de 9 de julio, que es básica, trece Comunidades Autónomas cuentan con leyes de protección civil y emergencias. Y la legislación autonómica se hace eco de la imposición de deberes, obligaciones y restricciones de derechos y en ocasiones concreta los mismos. Así por ejemplo, de entre las aplicadas en la crisis del Coronavirus, la Ley de Gestión de Emergencias vasca (Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril)¹ recoge obligaciones a las que se puede someter a la ciudadanía –así como a sujetos particulares–. Al amparo de la legislación básica se expresan obligacio-

nes de seguir instrucciones, órdenes generales y particulares, prestaciones personales, requisas (arts. 4 y 5). Siguiendo la Ley 17/2015 básica, el artículo 8. 1.º deja claro que “La autoridad competente en materia de protección civil podrá dictar órdenes e instrucciones que afecten a derechos de la ciudadanía en los términos establecidos por las leyes”. Y entre tales órdenes se precisan las de “confinamiento”, “evacuación o alejamiento”, “restricción de acceso”, así como “limitación o prohibición de actividades en lugares determinados” (art. 8. 2.º). También esta ley normativa incluye deberes para sujetos especialmente obligados (art. 7).

Otra de las leyes aplicadas con motivo del Coronavirus, la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña, señala que se “puede dictar órdenes e instrucciones que afecten a derechos de los ciudadanos y ciudadanas en los términos establecidos por las leyes de aplicación” (art. 8. 2.º). Concretamente se mencionan medidas de emergencia para la población (art. 9) como evacuaciones, alejamientos, confinamientos, restricciones de acceso. Asimismo se prevén prestaciones personales, ocupaciones y requisas (art.10).

La falta de calidad y dudosa constitucionalidad de estas leyes de protección civil

La Ley 17/2015, aunque no es la única, es la ley que más intensamente concreta los deberes constitucionales fundamentales del artículo 30. 4.º CE. Esta habilitación constitucional la cualifica especialmente para imponer deberes. Sin embargo, no es una ley orgánica, por lo que no puede imponer “restricciones directas del derecho fundamental mismo”, esto es, límites abstractos. La ley ordinaria sí que puede implicar “restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio”, es decir, a la forma o circunstancias de ejercicio (STC 292/2000, FJ 11.º). Resulta más que difícil admitir la suficiencia de la regulación expuesta para que sobre la misma se hayan tomado decisiones de confinamiento de miles o cientos de miles de personas o la práctica prohibición de la circulación o de reuniones de personas, que casi puede considerarse una suspensión de estos derechos, reservada a los estados de excepción y de sitio. Se puede, cuanto

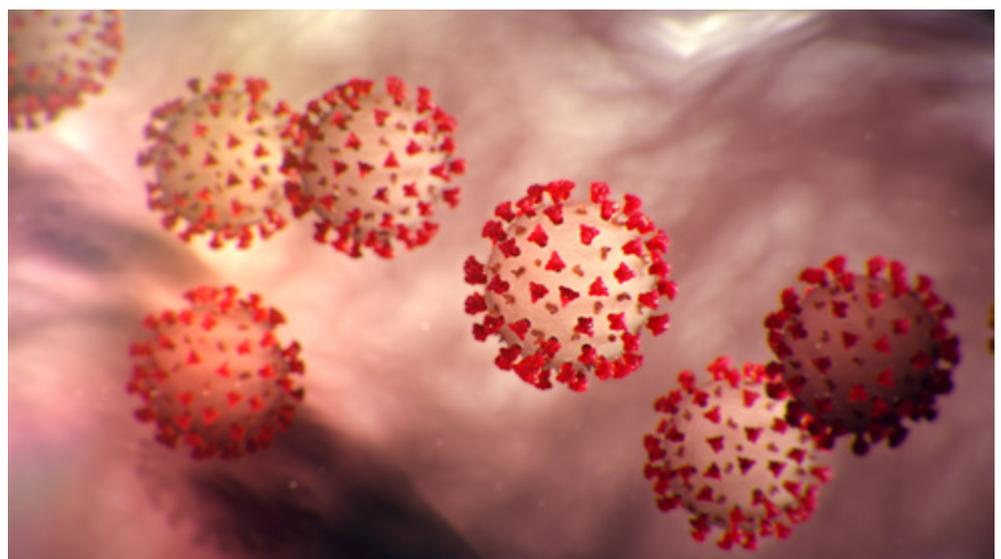
menos dudar de la capacidad de esta ley no orgánica para establecer este tipo de restricciones. Asimismo y casi más importante, son claras sus deficiencias de calidad normativa. Es muy cuestionable que la ley pueda habilitar genéricamente a restricciones de los derechos de las personas, dejándolas a la decisión de la autoridad correspondiente, como se ha señalado del artículo 7 bis 5.º que puede servir como un indefinido cajón de sastre para la restricción de todo derecho. Y ello pese a que se mencionan expresamente las exigencias de urgencia, temporalidad, proporcionalidad, etc.

La excepcionalidad, necesidad y urgencia requieren expresiones abiertas y adaptativas que en otros contextos no serían admisibles constitucionalmente. Pero deben reforzarse con garantías de calidad de la regulación restrictiva, con delimitación del contenido de las restricciones, precisión del órgano que puede adoptar las medidas y, sobre todo, con la regulación de concretas garantías de control.

La STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10.º), las SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.º y 169/2001 FJ 6.º recuerdan que “la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúne las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho”. Y la STC 169/2001 FJ 6.º apunta que “la insuficiencia de la ley desde la perspec-

tiva de la seguridad jurídica [...] constituye una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra del derecho fundamental”. El TEDH comenzó a exigir la calidad de la ley limitadora en la STEDH Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998 (46 II y 53 y ss. en especial 60) y resulta de especial interés la STEDH Ahmet Yildirim c. Turquía de 18 de diciembre de 2012. Como ya señalase Martín-Retortillo (2003) la falta de calidad implica violación del derecho mal regulado. La STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 incluso anuló una Directiva –de natural más laxa– por falta la calidad normativa respecto de derechos. El TC cada vez va siendo más exigente. Así para la STC 290/2000 FJ 15.º es inconstitucional la ley deje que “opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica”. Y la reciente STC 76/2019, de 22 de mayo (FJ 8.º) ha sido especialmente exigente: el mandato de calidad “no puede quedar deferido a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni tampoco se puede dejar en manos de los propios particulares”.

Y hay que subrayar que se requieren las mayores garantías de calidad normativa “cuando la misma ley no prevé la intervención judicial” (*Dictamen 6/2019* Consell de Garanties de Cataluña IV. b). Hay unos mínimos exigibles pese a tratarse de situaciones de emergencia y vinculadas a la seguridad nacional. Ello me ha llevado a afirmar la inconstitucionalidad de la llamada “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e



internet por el gobierno en virtud del conflictivo Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre (Cotino, 2020 b). Y a la inversa. Ante la falta de garantías de calidad, son precisas específicas garantías por autoridades independientes o judiciales. A mi juicio, más allá de la posible necesidad de un carácter orgánico, se echa en falta una garantía judicial (o de autoridad independiente) que acompañe las decisiones restrictivas de derechos, aunque sea *a posteriori*, como sí sucede en el caso de la normativa sanitaria que luego se analiza.

DEBERES Y RESTRICCIONES “ORDINARIAS” DE DERECHOS ANTE SITUACIONES EXCEPCIONALES DE SALUD PÚBLICA

Leyes sanitarias y medidas autonómicas salud pública, confinamiento y ratificación judicial

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública es una ley no sólo breve, sino pretendidamente genérica, tanto por los presupuestos “razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art.1) como al regular las medidas a las que habilita. Al amparo de esta ley, si hay un “peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta” se pueden “adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control” (art. 2). Ya respecto de enfer-

medades transmisibles (art. 3) se habilita a “adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos” y, también con carácter genérico, “así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. El carácter orgánico de esta ley le confiere una cualidad y potencial restrictivo mayor de derechos. Y su carácter genérico es pretendidamente adaptable a cualquier situación que se presente.

Hay que señalar que bajo la cobertura orgánica de esta Ley Orgánica 3/1986 puede ubicarse el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que es básica (art. 2). Así, bajo el presupuesto “de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, su artículo 26. 1.º habilita a las autoridades sanitarias a adoptar resoluciones motivadas que impliquen medidas como “la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En cada caso se fijará la duración de las medidas que pueden ser prorrogadas mientras se dé el presupuesto “de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” (art. 26.2.º). El incumplimiento de requerimientos es infracción grave o muy grave (art.35.b) 4.º y c) 4.º y 5.º), con sanciones hasta 15 mil y 600 mil euros respectivamente.

De modo similar y bajo la misma cobertura orgánica, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública habilita en general para “adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley” (art. 54. 1.º). Se dispone en concreto: “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” y, con carácter general, “f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones” sanitarias de la ley. Se dispone que las medidas bajo el principio de proporcionalidad, serán por “resolución motivada”, “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.

Cabe recordar que es una infracción grave (de tres mil hasta 60 mil euros) “La realización de conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población” (art. 57.2.b) Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública). Y si el daño es “muy grave” así lo es la infracción (art. 57.2.a) (hasta 600 mil euros). También es muy grave la infracción de “incumplimiento de un requerimiento” de la autoridad si comporta daños graves (art. 57.2.a).

A partir de la regulación básica estatal, entre más de 50 leyes autonómicas de sanidad no es difícil encontrar *ecos* de estas posibilidades de acción en situaciones excepcionales a cargo de la autoridad sanitaria autonómica. Así, por ejemplo, artículo 6.j de la Ley 4/1994, de 26 de julio de Salud de la Región de Murcia; los artículos 55, 66 y ss. de la Ley 18/2009, de 22 de octubre de salud de Cataluña; artículo 51. 1.º Ley 7/2011, de 23 de marzo, de salud pública de Extremadura, artículo 52. 2.º Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, o artículo 81 Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears, entre otras).

Al amparo de este régimen, los días antes a la adopción del estado de alarma se adoptaron medidas como el confinamiento de mil personas en un hotel de



Adeje (Canarias). También llamó la atención la Resolución INT / 2020, de 12 de marzo por la que la Generalitat que acordó restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí y Ódena. En Murcia se confinó a unas 350 mil personas de San Javier, San Pedro, Mazarrón, Águilas, Los Alcázares y La Unión. También en el País Vasco de adoptaron Órdenes de 13 de marzo de salud y de seguridad que la “Declaración de Alerta o Emergencia Sanitaria” y la activación del “Plan de Protección Civil de Euskadi”, que incluían medidas de confinamiento y restricciones. La Disp. final 1.º Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de alarma ratificó todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente y las mantuvo vigentes en lo que fueran compatibles. Ello “sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º de la Ley 29/1998”, a la que luego se alude.

Bajo el régimen de alarma en principio no hay que excluir la posibilidad de adopción de este tipo de medidas en el ámbito de competencias de cada Comunidad siempre que no sean contrarias a las competencias estatales y al régimen de estado de alarma. Se trata de una polémica cuestión, ante la inquietud de Comunidades que querían ir más allá en las medidas adoptadas desde el Estado, quien reclamó “lealtad institucional”.

La constitucionalidad de este conjunto normativo, especialmente en razón de la garantía judicial específica

A la hora de evaluar la admisibilidad constitucional de este conjunto normativo, no habrá escapado al lector, de un lado, la inespecificidad de las restricciones de derechos (en particular en la Ley Orgánica 3/1986 que ha de dotar de cobertura orgánica). Y, del otro lado y especialmente, que la adopción de las medidas queda casi totalmente a la decisión de las autoridades. No obstante, y a diferencia de la normativa de protección civil, hay dos elementos que llevan a pensar en su constitucionalidad abstracta. Por una parte, el hecho de regular situaciones de excepcionalidad y urgencia bajo el principio de necesidad. Por la otra parte y especialmente, porque la adopción de restricciones va acompañada de una necesaria actuación judicial.



Así, resulta clave el artículo 8.6.º 2.º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando dispone que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

Resulta llamativa la total desatención jurídica hasta la fecha en la materia concreta. Extensos estudios como el de Pérez Gálvez (2018) no se centran en derechos. Ello se explica porque hasta la fecha, este tipo de medidas por lo general se limitaban a la hospitalización de personas específicas cuando implicaba una amenaza para la salud pública. Lo más habitual ha sido la judicialización en el ámbito de los tratamientos médicos forzosos (Ortuño, 2017).

En el caso de medidas adoptadas por el Coronavirus destaca el Auto de 25 de febrero de 2020 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arona de ratificación de Orden de 24 de Febrero de 2020 de la Consejería de Sanidad de Gobierno de Canarias, adoptada por el juzgado de guardia. Y el Auto 82/2020 del Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º1 de Santa cruz de Tenerife de diligencias indeterminadas de medidas sanitarias urgentes que ratificaba las medidas adoptadas. Del mismo cabe señalar, primero, la enorme tolerancia que tuvo el tribunal: se ha “presentado un

escrito, sin cumplir las reglas de postulación procesal, sin remitir la documentación vía *Lexnet* y sin acompañar informe médico que justifique conforme a criterios médicos la proporcionalidad de las medidas solicitadas (amén de no constar que los afectados por la Orden han sido informados y debidamente notificados del contenido de la misma”.

En segundo lugar, la adaptación a falta de un procedimiento específicamente previsto para la autorización, por lo que se acude supletoriamente por analogía el procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC, de “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”.

En tercer lugar, este auto establece unos parámetros de aplicabilidad del artículo 8.6.º. Así, “En línea de principio, la comprensión del supuesto de hecho que marca la activación de esta intervención judicial es claro:

- a) debe tratarse de una medida cuya finalidad sea la salvaguarda de la salud colectiva;
- b) la medida ha debido adoptarse en un escenario de urgencia y necesidad y, por último;
- c) la medida debe afectar a la libertad (como es el supuesto del internamiento) o bien a cualquier otro derecho fundamental. No se trata, por tanto, de velar por la aplicación de cualquier medida sanitaria vincula-



da a la protección de la salud colectiva impuesta sin el consentimiento del afectado, sino, únicamente, de aquéllas que puedan lesionar alguno de sus derechos fundamentales”.

Se consideró que se afectaba a la libertad deambulatoria y se concluye simplemente se considera que sí que se daban los presupuestos. En todo caso, con requerimiento de subsanación y comunicación a los afectados para poder ejercer en su caso las alegaciones oportunas.

Según se ha adelantado, pese a que sin duda resultaría aplicable esta garantía judicial a las medidas que se adoptaron en Murcia, Cataluña o País Vasco, no se conoce si se han aplicado. Sólo en el caso Euskadi la Orden hace mención a la necesaria ratificación judicial.

GARANTÍAS JUDICIALES FRENTE A RESTRICCIONES

Los mecanismos de control frente a la excepcionalidad deben implicar a los diversos poderes y órganos del Estado bajo las diversas perspectivas: órganos políticos como el Parlamento, el mismo Gobierno y Administración, así como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

A partir de la revisión por el TC del anterior estado de alarma adoptado por Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre y su posterior prórroga por el Congreso en cierto modo descubrimos cuáles eran las garantías frente al mismo. Lo cierto es que se dio una situación laberíntica por el TS y el por la que a la postre los controladores no tuvieron una

resolución de valoración de fondo de las medidas restrictivas de derechos que les afectaron (Garrido, 2017).

Según se ha expuesto *supra*, para el TC el Decreto de alarma (sin intervención del Congreso), así como los actos del Congreso de prórroga de la alarma así como la autorización del estado de excepción o la declaración del Estado de sitio, se consideran actos normativos con valor de ley. En consecuencia, unos y otros (incluida la inicial declaración de alarma) sólo son directamente controlables por el TC, quedando excluidos del control ordinario (inicialmente ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012, FJ 4.º).

Ello, “sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad” (ATC 7/2012 FJ 3.º y STC 83/2016, FJ 11.º). “Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional” (STC 83/2016, FJ 11.º).

Por cuanto al alcance de la revisión, como señala Requejo (2001: 127) “A los órganos jurisdiccionales, constitucionales y ordinarios, les corresponde fiscalizar, según el caso, la razonabilidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad de las leyes orgánicas que establecen genéricamente el alcance de la suspensión; de las disposiciones y actos que se pronuncian en favor de la misma y concretan su contenido y de los actos de

aplicación de ese nuevo régimen jurídico por los poderes públicos”.

Y obviamente, respecto de la posible violación de los derechos del 14-29 CE, además de la vía ordinaria, puede proceder el recurso especial preferente y sumario. En general el régimen aplicable será el de los artículos 114-122 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de las vías especiales en los casos del habeas corpus o el derecho de reunión o el artículo 18. 2.º y 3.º, entre otros.

Respecto de las restricciones de derechos por aplicación del Derecho ordinario de excepción, obviamente cabe acudir también al régimen general de garantías y el procedimiento especial. Ello sin perjuicio de garantías específicas como la del artículo, con particularidades como la mencionada del artículo 8.6.º 2.º de la Ley 29/1998. La Disp. Ad. 2.ª Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo no ha suspendido los plazos respecto de estos procedimientos. ❖

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (2004). “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, en López Guerra, L. Espín, E. (coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. 233-246. Acceso completo en researchgate.net.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (1996). *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (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*, n.º 34. 325-340. Acceso completo en Dialnet

- CÁMARA VILLAR, Gregorio (1991). *La objeción de conciencia al servicio militar: (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid.
- Consell de Garanties Estatutaries (2019). *Dictamen 6/2019, de 30 de diciembre*, versión en catalán, <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20200102142636-1.pdf>.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2000). *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, tesis doctoral de 2000, Universidad de la Rioja, Logroño, 2007. Acceso completo en Dialnet.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2002). "La posición del Rey durante la situación vivida el pasado 21 de febrero de 1981", AAVV, *VII Jornadas de Derecho parlamentario. El Título II de la Constitución. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados-Secretaría General, Madrid. 601-649. Acceso en Academia.edu.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2020 a). "Las restricciones de concretos derechos fundamentales por las medidas contra el Coronavirus", de próxima publicación.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2020 b). "La (in)constitucionalidad de la 'intervención', 'mordaza' o 'apagón' de las telecomunicaciones e internet por el gobierno en virtud del real decreto-ley 14/2019".
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1980). *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- DE ASÍS ROIG, Rafael F. (1991). *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Acceso a la tesis en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15827>.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (1983). "La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (1997). *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", n.º 4, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. 15.
- GARCÍA MORILLO, J. (2002). "Las garantías de los derechos fundamentales", en López Guerra L. y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I., Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARRIDO LÓPEZ, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110, 43-73. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.02>.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto y MAESTRO BUELGA, Gonzalo (1988). "Garantismo, emergencia y suspensión de Derechos fundamentales en la legislación de excepción", *Revista Vasca de Administración Pública*. n.º 21. 33-76.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2003). "La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho privado y Constitución*, n.º 17. 377-406.
- MORET MILLÁS VICENTE (2012). "Los deberes constitucionales", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 86. 209-237.
- ORTUÑO NAVALÓN, Carmen (2017). "A propósito de los tratamientos médicos forzosos. Su inadecuada judicialización con base en el art. 763 de la ley de enjuiciamiento civil", en *Revista jurídica valenciana*, n.º 33. 49-60. Acceso https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num33-4/3-33-tratafor.pdf.
- PECES BARBA, Gregorio, "Los deberes fundamentales", *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 4, 1987. 329-342. Acceso completo en Dialnet.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (2018). "La justicia cautelar en el ámbito de la salud: valoración y ponderación circunstanciada de los intereses concurrentes", *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 100. 357-431. Acceso completo en Dialnet.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma (2001). "¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?", *Revista de derecho político*, n.º 51. 105-138.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma (2004). "La suspensión de los derechos fundamentales", en BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid. 197-207.
- RUBIO LORENTE, Francisco (2001). "Los deberes constitucionales", *Revista española de derecho constitucional*, n.º 62. 11-56. Acceso en Dialnet.
- SCHMITT, Carl (1985). *La dictadura*, Alianza Universidad, Madrid.
- SORIANO, Ramón (1985). "La paz y la Constitución española de 1978", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 45, mayo-junio. 93-123.
- TARDIO PATO, José Antonio (2003). "El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales", en *Revista de Administración Pública*, n.º 162. Septiembre-diciembre. 189-225.
- VEDASCHI, Arianna; GRAZIANI, Chiara: *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation*, *VerfBlog*, 2020/3/12, <https://verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/>.

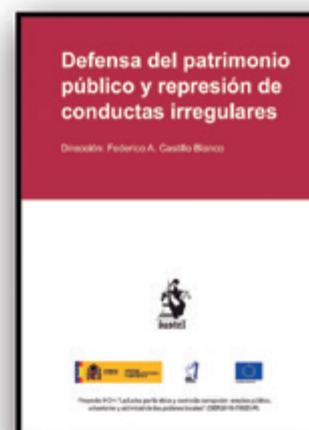
Novedad

DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO Y REPRESIÓN DE CONDUCTAS IRREGULARES

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO (Dir.)

ISBN 978-84-9890-382-9 775 páginas. 54,50€

El presente volumen analiza la detección y sanción de las conductas irregulares, no íntegras y potencialmente lesivas para el patrimonio público. Su objetivo no es sólo analizar cómo combatir la corrupción, sino también cómo combatir el fraude, el despilfarro o el abuso de poder. Si la parte general profundiza en el debate, la tensión y la conexión entre la represión penal y la represión administrativa de la corrupción, así como se analizan otros aspectos clave del fenómeno, como el papel de la jurisdicción contable, en la parte sectorial se analizan, de una parte, las debilidades del sistema y se propugnan medidas para minimizar los riesgos detectados (la contratación pública, el sistema de subvenciones, el empleo público, los conflictos de interés y el urbanismo ocupan los lugares centrales del estudio). El libro analiza con una revisión analítica del sistema sancionador administrativo respecto de las conductas de los cargos públicos.



Para más información  www.iustel.com

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS DEL COVID-19

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se escriben estas palabras, todavía no es momento de exigir las responsabilidades (políticas, civiles, administrativas, penales, etc.) eventualmente derivadas de la gestión que varias Administraciones públicas han hecho de la crisis del COVID-19 («coronavirus»). Pero sí resulta oportuno, en nuestra opinión, analizar cuáles pueden ser esas responsabilidades. En primer lugar, por-

que este es un problema de indiscutible relevancia práctica que, sin duda alguna, va a llevarse ante los Tribunales en cuanto la situación se normalice desde un punto de vista sanitario. En segundo lugar –y, sobre todo–, porque el régimen jurídico de esas responsabilidades futuras puede influir en los cursos de acción que tanto las autoridades públicas competentes como los particulares actual o potencialmente afectados –v. gr., las empresas suministradoras de material sanitario– pueden adoptar en estos momentos para hacer frente a la crisis. Cabe pensar que, a la hora de actuar en un

sentido u otro, todos estos sujetos anticiparán y tendrán en cuenta, al menos hasta cierto punto, cuáles pueden ser dichas responsabilidades, en tanto en cuanto de ellas dependen los costes y beneficios que para los mismos probablemente van a desprenderse de sus actuales decisiones.

II. TIPOS DE OBLIGACIONES COMPENSATORIAS

Las acciones u omisiones de las Administraciones públicas implicadas en la

* *Catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat de València.*

gestión de esta crisis pueden causar daños que estas tengan la obligación de resarcir con arreglo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Tal puede ocurrir en tres tipos de casos.

En primer lugar, puede tratarse de asuntos de *responsabilidad patrimonial* en sentido estricto. El gran problema que aquí se plantea es el de precisar cuándo un daño que ha sido ocasionado accidentalmente, de manera no deliberada, ha de ser resarcido o no por la Administración pública en cuestión.

En segundo lugar, la obligación compensatoria puede traer causa de la adopción de *medidas materialmente expropiatorias*, que infligen deliberadamente un daño a determinadas personas por razones de interés público. A diferencia de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto, que tiene su origen en un accidente que provoca una reducción del bienestar social, la obligación de indemnizar nace aquí de una operación que incrementa –o, cuando menos, debería incrementar– ese bienestar, si bien implica para determinadas personas un sacrificio especial. Hay autores y sentencias, sin embargo, que consideran que en estos casos no nos encontramos frente a intervenciones expropiatorias, sino ante una responsabilidad patrimonial por actuaciones conformes a Derecho (*vid.*, por ejemplo, la STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7). Sea como fuere, el gran problema práctico que aquí se suscita es el de distinguir las medidas que deben venir acompañadas de una indemnización (en nuestra opinión, porque son materialmente expropiatorias y, en consecuencia, ese deber viene impuesto por el artículo 33.3 CE) de las restricciones o delimitaciones de derechos no indemnizables.

En tercer lugar, el Estado puede quedar obligado a compensar algunos daños en virtud de normas que contemplan el otorgamiento a las víctimas de ayudas de carácter asistencial o de fomento.

En este trabajo vamos a centrarnos en el análisis de los dos primeros tipos de casos mencionados, por cuanto son, seguramente, los que más dudas interpretativas van a generar en la práctica, sin perjuicio de que hagamos alguna consideración puntual en relación con el tercero.

III. NORMAS ESPECÍFICAS PARA ESTADOS DE ALARMA Y SITUACIONES DE URGENCIA SANITARIA

Varias disposiciones legales regulan específicamente la obligación de las Administraciones públicas de resarcir los daños ocasionados por la adopción de medidas en situaciones de crisis sanitaria

rias como la que ahora estamos viviendo. Aquí destacan las dos siguientes.

El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES) establece que «*quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su*



persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes».

Por otra parte, el artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP), contempla la posibilidad de que las autoridades sanitarias, en situaciones de extraordinaria gravedad y urgencia, impongan cautelarmente: la inmovilización y el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industria; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones de fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; y, en general, cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud (ap. 2). Y dispone que «los gastos derivados de la adopción de [las referidas medidas cautelares] correrán a cargo de la persona o empresa responsable» (ap. 3 *in fine*).

Estos dos preceptos plantean más dudas de las que resuelven. Lo único claro que se desprende de ambos es que los sujetos que han sufrido daños de resultados de las referidas medidas no tienen derecho a recibir una indemnización si son responsables de la situación que ha motivado su adopción o, dicho de otra manera, si las medidas les son imputables a ellos. Cabe interpretar que este supuesto de hecho concurrirá cuando el riesgo

para la salud pública que ha provocado la intervención administrativa dañosa haya sido generado por dichos sujetos, no necesariamente de manera negligente. A estos efectos, resulta irrelevante que ese riesgo sea el fruto de una infracción del ordenamiento jurídico –v. gr., de la omisión de las medidas de seguridad legalmente prescritas– o, simplemente, el resultado indeseado y fortuito de una actividad que hasta la fecha se había llevado a cabo con arreglo a Derecho. El Estado no responde de los daños ocasionados por medidas policiales dirigidas a proteger la salud pública si estos los sufre la persona que ha perturbado, menoscabando o poniendo en peligro, dicho bien jurídico. Los perturbadores del orden público no tienen un derecho a ser resarcidos de los daños que sufran como consecuencia de las medidas policiales encaminadas a protegerlo de la perturbación.

A partir de ahí surgen las dudas. Debe notarse, en primer lugar, que ninguno de los dos preceptos dice nada respecto de los casos en los que la Administración causa daños a personas distintas de las que provocaron la situación que motivó su intervención. Ninguno contempla el escenario en el que las medidas de protección sanitaria ocasionan perjuicios a sujetos a los que no resulta imputable el riesgo que estas tratan de combatir. El artículo 3.2 de la LOEAS se limita a señalar en este punto que los perjudicados «tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». Es decir, se remite a las reglas generales aplicables en esta materia, a las que luego nos referiremos.

En segundo lugar, tampoco se prevé específicamente el caso en el que las medidas causantes de los daños infringen el ordenamiento jurídico, por ejemplo, porque resultan desproporcionadas para enervar el peligro sanitario en cuestión. En modo alguno es evidente que a la Administración le tienen que salir totalmente gratis estas infracciones, ni siquiera cuando las actuaciones ilegales consideradas se dirigen contra los que perturbaron la salud o el orden público.

En tercer lugar, ninguno de los dos preceptos regula la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios que esta hubiera engendrado al omitir ciertas medidas de protección.

Para dar una respuesta a estas y otras cuestiones, no hay más remedio que acudir a las reglas y principios generales establecidos en la legislación estatal sobre expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

IV. NORMAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXPROPIACIÓN FORZOSA. OBSERVACIONES PRELIMINARES

A la hora de aplicar a los casos que estamos considerando estas normas generales, contenidas básicamente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF), conviene tener en cuenta dos relevantes factores.

El primero es que tales normas generales son enormemente abiertas, ambiguas y poco precisas, lo que en la presente materia entraña un inconveniente y una ventaja. El *inconveniente* es que no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones. Problema que se acentúa precisamente por el hecho de que esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales sentencias dictadas en



casos análogos que proporcionen una base firme sobre la que podamos apoyarnos con seguridad. La *ventaja* es que su textura abierta les confiere una enorme flexibilidad y permite adaptarlas a las excepcionales circunstancias concurrentes.

El segundo es que tanto la configuración legislativa de esas normas como su interpretación doctrinal y aplicación por los Tribunales resultan enormemente confusas e incoherentes. Esta es, seguramente, la rama del Derecho administrativo español donde podemos encontrar un mayor número de anomalías, mitos y discordancias: entre la legislación española y la de los países de nuestro entorno; entre lo que parecen decir nuestras leyes y cómo las aplican efectivamente los Tribunales; entre los argumentos que estos esgrimen para decidir y el contenido real de sus decisiones, etc.

V. FUERZA MAYOR

Este es el primero de los muchos y formidables obstáculos que los perjudicados por la crisis del COVID-19 van a tener que superar si pretenden que los Tribunales condenen al Estado a resarcir los daños sufridos. El artículo 32.1 de la LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos en los casos de fuerza mayor.

A los efectos de este artículo, por fuerza mayor podemos entender, con arreglo a una consolidada jurisprudencia, un suceso imprevisible o irresistible, provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación del agente en cuestión (*vid.*, con abundantes citas, SÁNCHEZ SÁEZ (2009) y CONDE ANTEQUERA (2015)]. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «*se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista*». En sentido similar, el artículo 34.1 *in fine* de la LRJSP dispone que «*no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los cono-*



cimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Esta exclusión de responsabilidad se justificaría por la razón de que, en tales escenarios, puede considerarse que los daños no han sido causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por el evento constitutivo de fuerza mayor. Carece de sentido hacer responder a las Administraciones públicas por daños que no podían haber evitado adoptando las debidas precauciones.

A nuestro juicio, la aparición del COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor, en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar. Así lo indica también el precedente sentado por la Audiencia Nacional en relación con los daños causados por la huelga de controladores aéreos y la reacción posterior del Gobierno, que decretó el estado de alarma y cerró el espacio aéreo en diciembre de 2010 (*vid.* las Sentencias 15 de abril de 2013, rec. 108/2012; 10 de julio de 2013, rec. 35/2013; 18 de septiembre de 2013, rec. 55/2013, y 7 de marzo de 2014, rec. 17/2013). La Audiencia consideró que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración.

Ahora bien, no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las Administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las Administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos. El diferente impacto que esta pandemia ha tenido en países similares, en función de las distintas precauciones adoptadas por sus respectivas autoridades, así lo indica. La exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si hubieran tomado las debidas medidas de precaución. La razón es sencilla. En la medida en que una Administración pudo impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad –entre el funcionamiento de los servicios públicos y aquellos– requerida para que surja la obligación de indemnizar.

El problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño –*v. gr.*, la muerte de cierta persona– era «evitable» o «inevitable», es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciera reproche alguno. Algunos de estos supuestos de «incertidumbre cau-

sal» podrían resolverse con arreglo a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Esta podría aplicarse en los casos en los que la negligencia cometida incrementó significativamente la probabilidad de que la víctima sufriera el daño que finalmente se materializó, pero no pueda saberse a ciencia cierta si este se hubiera producido igualmente de haber actuado la Administración con el cuidado exigible. La consecuencia, entonces, es la responsabilidad proporcional: hay que indemnizar, pero la indemnización debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia (*vid.*, por todos, MEDINA ALCOZ, 2007 y 2019).

VI. DAÑOS INDIVIDUALIZADOS

El artículo 32.2 de la LRJSP dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser «*individualizado con relación a una persona o grupo de personas*». La justificación de este requisito salta a la vista. Resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la generalidad de los ciudadanos fuera resarcido por los poderes públicos, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no solo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración. «Compensar» a las víctimas empeoraría paradójicamente su situación. El dinero que les entraría por un bolsillo sería menos que el que les saldría por el otro.

A nadie se le escapa que, como consecuencia de las acciones y omisiones imputables a las Administraciones públicas en el marco de la gestión de esta crisis, prácticamente todos los ciudadanos españoles hemos sufrido o vamos a sufrir, en mayor o menor medida, daños de una enorme magnitud. Cuando menos, las consecuencias económicas negativas que esas actuaciones van a desencadenar en un futuro cercano para el conjunto de la sociedad española se avizoran extraordinariamente graves. De ahí que, por las razones expuestas, no tenga mucho sentido indemnizar estos perjuicios generalizados. Es muy probable que los poderes públicos compensen, en todo o en parte, algunos de ellos a fin de proteger el bienestar económico del país y, especialmente, el de las personas más necesitadas, pero la herramienta más eficiente y justa para lograr ese objetivo no es la responsabilidad patrimonial, sino, en su caso, el otorgamiento de ayudas de fomento o asistenciales, configuradas con arreglo a fines y principios muy distintos. Estas ayudas se conceden a través de procedimientos menos costosos y permiten asignar los recursos a las personas que más los necesitan o que pueden extraerles una mayor utilidad social.

Con todo, no creemos que pueda excluirse *a priori* la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la crisis, hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 de la LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de

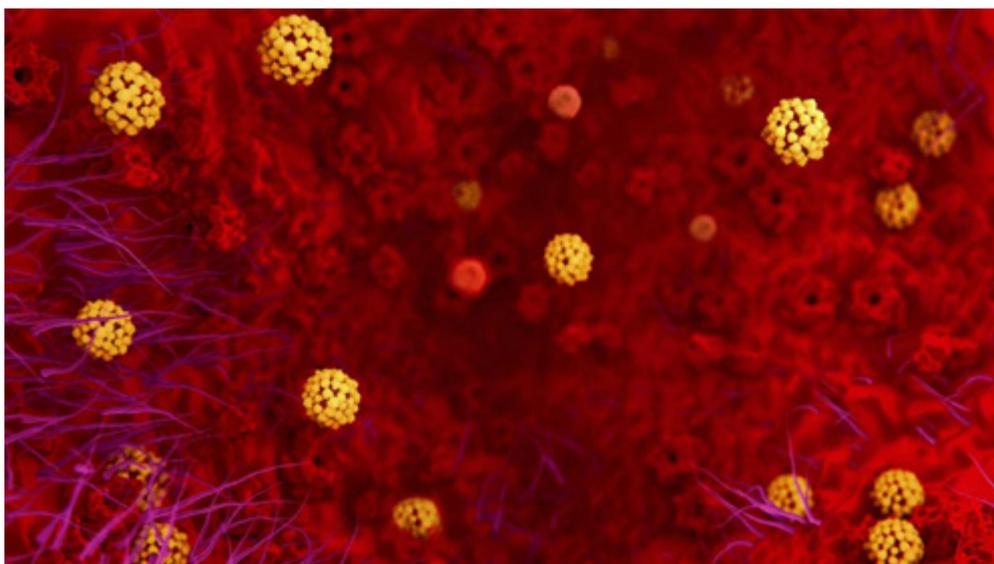
los que los ciudadanos, con carácter general, hemos soportado y vamos a tener que soportar como consecuencia de la gestión de la pandemia. No es descabellado pensar que determinados daños personales –*v. gr.*, la muerte de un pariente cercano– o patrimoniales encajan en el referido concepto legal de daño individualizado.

VII. NEGLIGENCIA

La interpretación dominante de las disposiciones que en España regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha girado alrededor de dos grandes ejes. El primero es el carácter objetivo de esa responsabilidad. El segundo es el concepto de «lesión» o «daño antijurídico». La clave para determinar si el Estado ha de responder por un daño no es la corrección o incorrección de la conducta que lo ha causado, sino la antijuridicidad del resultado dañoso en sí. El Estado responde siempre que –y solo cuando– haya ocasionado un daño antijurídico, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

Así lo vienen repitiendo a coro, desde hace más de medio siglo, la abrumadora mayoría de los autores y prácticamente todos los órganos jurisdiccionales. El penúltimo hito de esta doctrina viene representado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre, y 79/2019, de 5 de junio, en las cuales se afirma, nada menos, que aquella índole objetiva viene ya impuesta por el artículo 106.2 de la Constitución española y, por lo tanto, vincula tanto al legislador como a los órganos encargados de aplicar las leyes (*vid.* la crítica de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2018).

Sin embargo, aquí existe una discrepancia sistemática, profunda y palmaria entre lo que nuestros Tribunales dicen hacer y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para motivar sus decisiones y el contenido de estas. En la gran mayoría de ocasiones, a pesar de reproducir una y otra vez la doctrina expuesta, aplican a las Administraciones públicas, *de facto*, un régimen de responsabilidad por culpa: solo las condenan cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público,



cuando se ha omitido el cuidado exigible (MIR PUIGPELAT, 2008). Por más que la mayoría de los autores y prácticamente todos los Tribunales vengán afirmando que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva, lo cierto es que, en la práctica, la regla general que realmente se aplica es la contraria: salvo en muy contadas excepciones, no hay responsabilidad sin culpa.

Para llegar a este resultado, la jurisprudencia española hace un uso masivo de manipulaciones, artificios y eufemismos argumentativos [LETELIER WARTENBERG (2001); MEDINA ALCOZ (2012)]. Un truco muy socorrido consiste en introducir la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal: si el servicio público funcionó normalmente, si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento. Otras veces, simplemente se dice que el criterio de la objetividad ha de modularse en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer allí una excepción. La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste recurrir a la «antijuridicidad del daño» para introducir de tapadillo la responsabilidad por culpa: si el servicio público funcionó normalmente, si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el deber de soportar el daño sufrido, que, por ende, no sería antijurídico.

Esta última manipulación argumentativa viene propiciada por la circularidad del concepto de «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley» (art. 32.1 LRJSP). Decir que hay que resarcir aquellos daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar es una tautología (GARCÍA AMADO, 2012). Para escapar del razonamiento circular que tal afirmación entraña se necesita otro criterio que permita determinar cuándo existe o no ese deber. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia han conseguido elaborar un criterio general satisfactorio. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que el daño ha de tenerse por antijurídico «en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de



que se trate». Inicialmente, también afirmaban que «estas causas de justificación [habían] de ser expresas para que [pudieran] ser estimadas y [debían] consistir siempre en un título que [determinase o impusiese] como jurídicamente querido el perjuicio contemplado» (1993, cap. XXI, IV, 2). Sin embargo, la jurisprudencia ha desmentido una y otra vez la supuesta exigencia de que esas causas hayan sido establecidas expresamente por la ley. Así, por ejemplo, ha negado la antijuridicidad de los daños causados por la prestación de asistencia sanitaria si se adoptaron las debidas medidas de cuidado. En este y otros casos análogos, ninguna disposición legal o reglamentaria impone explícitamente a las víctimas el deber de soportar los daños sufridos. De hecho, los autores citados han acabado rectificando, y ahora dicen que hay responsabilidad «siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado», lo que constituye una fórmula de alcance mucho más amplio. Los autores, además, ponen algunos ejemplos de cuáles pueden ser esas causas (*v. gr.*, el pago de un tributo o «las cargas generales de la vida individual o colectiva»), pero renuncian a formular un criterio abstracto que pueda justificar o explicar su pertinencia (2017, cap. XXI, IV, 3).

En la práctica, el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de «cajón de sastre» (GARCÍA AMADO, 2012) completamente vacío, que los jueces

rellenan en función de no sé sabe muy bien qué pautas o intuiciones.

Pues bien, no hay razón alguna que permita pensar que la regla general realmente aplicada en nuestro Derecho, la de la responsabilidad por culpa, vaya a ser excepcionada o tenga que serlo en el caso que estamos considerando.

Los daños sufridos por los ciudadanos con ocasión de la crisis del COVID-19 que las Administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución solo serán indemnizables si la omisión de estas puede considerarse culposa por suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible (sobre la determinación del alcance de este deber, DOMÉNECH PASCUAL, 2019).

Análogamente, el mero hecho de que alguna de las medidas adoptadas para luchar contra la presente crisis –*v. gr.*, el cierre de ciertos establecimientos– que hayan causado perjuicios sean declaradas ilegales no basta para que surja la responsabilidad patrimonial de la correspondiente Administración. Hace falta, además, que la ilegalidad sea el fruto de una negligencia, de la infracción del deber de llevar el cuidado exigible habida cuenta de las –difíciles– circunstancias concurrentes [*vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2010); en contra, MEDINA ALCOZ (2005) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018)].

Hay buenas razones para entender que, en los casos en los que la Administración causa de manera accidental o incluso

ilegal, pero no negligente, daños en el ejercicio de potestades de protección de la salud pública frente a peligros, el perjudicado «tiene la obligación de soportarlos».

En un régimen de responsabilidad objetiva, la Administración soporta el riesgo de los daños causados a pesar de haber actuado con el cuidado debido –v. gr., al cerrar un establecimiento sospechoso–. Este régimen, en consecuencia, encarecerá la intervención administrativa y, por lo tanto, tenderá a reducir su volumen. Producirá sobre las autoridades competentes una suerte de efecto inhibitorio, paralizante. Con arreglo a un régimen culpabilístico, por el contrario, son las víctimas las que soportan dicho riesgo, lo que encarecerá la actividad que llevan a cabo y que puede suscitar la intervención administrativa –v. gr., el funcionamiento del establecimiento en cuestión–, lo que seguramente provocará que aquella actividad se realice en menor medida.

Aplicar a las potestades administrativas de tutela de la salud pública el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que la Administración se inhiba demasiado en el ejercicio de esas potestades y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla contraria genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que estas no alcancen el volumen que sería deseable, pero estas últimas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa. La regla de la responsabilidad por negligencia parece por ello preferible en estas situaciones (para más detalles, vid. DOMÉNECH PASCUAL, 2010).

VIII. COMPENSACIÓN POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EXPROPIATORIAS

El 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, permite adoptar diversas medidas ablativas de derechos.

Su artículo 8.1 por ejemplo, establece que «las autoridades competentes delegadas podrán acordar, de oficio o a solicitud de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en este real decreto, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Cuando la requisa se acuerde de oficio, se informará previamente a la Administración autonómica o local correspondiente» (ap. 1). Y que «en los mismos términos podrá imponerse la realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles para la consecución de los fines de este real decreto» (ap. 2).

Su artículo 13 dispone que el Ministro de sanidad podrá «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico» [ap. b)], así como «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria» [ap. c)].

El Real Decreto 463/2020 también prohíbe temporalmente llevar a cabo determinadas actividades empresariales, como, por ejemplo, las de hostelería y restauración, con algunas excepciones (art. 10).

Aunque este Real Decreto guarde silencio al respecto, parece obvio que algunas de esas medidas deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización, por tener una naturaleza expropiatoria, mientras que otras no desencadenan semejante deber compen-

satorio. La cuestión es cómo determinar en qué supuestos se produce una consecuencia u otra o, dicho de otra manera, cuándo nos encontramos ante una expropiación y cuándo frente a una delimitación de derechos no indemnizable (en general, sobre cómo distinguir entre ambos tipos de medidas, DOMÉNECH PASCUAL, 2012a y 2012b).

El artículo 1 de la LEF define la expropiación forzosa como «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

El artículo 120 de la LEF precisa que «cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

El tenor literal de estos preceptos, especialmente del último, indica que las requisas temporales previstas en los artículos 8 y 13 del Real Decreto 463/2020 constituyen expropiaciones y, en consecuencia, generan una obligación de indemnizar. En cambio, no deja claro si las intervenciones de empresas y las prohibiciones, suspensiones y «cesaciones del ejercicio de actividades» previstas en el citado Real Decreto constituyen también medidas de índole expropiatoria o, por el contrario, son delimitaciones de derechos no indemnizables.

A nuestro juicio, la clave para distinguir aquí entre ambas figuras reside en si el ejercicio del derecho que resulta sacrificado por la Administración es intolerablemente peligroso o nocivo para la sociedad o, por el contrario, se trata de una actividad socialmente deseable, que



conviene estimular (para más detalles, DOMÉNECH PASCUAL, 2005 y 2012a).

En el primer caso, las medidas administrativas se dirigen contra una actividad que supone un peligro inadmisibles para la salud pública. Es decir, causan un daño a la persona cuya actividad está perturbando ese bien jurídico protegido. En tales situaciones no conviene indemnizar, pues hacerlo supondría un estímulo económico para llevar a cabo esa actividad excesivamente peligrosa, toda vez que uno de los riesgos que la misma comporta —el de sufrir un sacrificio por razones de interés público— no lo soportaría el sujeto que la lleva a cabo, sino los contribuyentes. Con arreglo a este criterio, prohibiciones como las contempladas en el citado artículo 10 del Real Decreto 463/2020, que imponen la suspensión de una actividad por considerarla demasiado peligrosa en las circunstancias actuales, deben ser consideradas como delimitaciones de derechos no indemnizables.

En el segundo caso, las medidas limitan el desarrollo de actividades que no representan un peligro intolerable para la salud pública. Las medidas ocasionan deliberadamente un sacrificio a personas cuya actividad no está menoscabando ni perturbando dicho bien jurídico. Más bien, al contrario, el ejercicio del derecho que se sacrifica en aras del interés público



resulta lícito y beneficioso, no solo para el interesado, sino también para el conjunto de la sociedad. De ahí que en estos casos convenga indemnizar a los sujetos a los que se imponen estos sacrificios especiales, por cuanto la indemnización representa un incentivo económico para que lleven a cabo actividades socialmente valiosas. De ahí que medidas tales como la requisita de material sanitario y la intervención de establecimientos sanitarios de titularidad privada deban ser consideradas como expropiatorias y llevar aparejada una compensación. Lo contrario tendría seguramente consecuencias gravemente contraproducentes, pues desalentaría comportamientos —v. gr., la fabricación e importación de ese material— que en esta y otras situaciones similares resultan de un extraordinario valor para la sociedad. Nótese, por lo demás, que ese pernicioso efecto desalentador también puede producirse si los potenciales afectados anticipan que la compensación que se les va a otorgar por el sa-

crificio de sus bienes o derechos es inferior al precio que por ellos podrían obtener en el mercado. Lo cual debería tenerse en cuenta por la Administración a la hora de decidir si compra o expropia los recursos que necesita para proteger la salud pública.

Este es, en fin, el criterio que subyace en varios preceptos legales (v. gr., en los citados arts. 3.2 LOEAES y 54.2 LGSP, así como ya en el artículo 3 del viejo Reglamento de Servicio de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, donde podía leerse que «la intervención defensiva del orden... se ejercerá frente a los sujetos que lo perturben... excepcionalmente, y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización»), y en la jurisprudencia que se pronunciado sobre los mismos y sobre casos análogos. ❖

BIBLIOGRAFÍA

- Jesús CONDE ANTEQUERA (2015), «La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, pp. 67-100.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2005), «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125, pp. 65-99.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 179-231.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012a), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012b), «Prohibido regar. ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, pp. 269-291.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2019), «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, 2/2019.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018), «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 205, pp. 221-237.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO (2013), «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 65-142.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.
- Raúl LETELIER (2001), «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, pp. 63-79.
- Luis MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid.
- Luis MEDINA ALCOZ (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid.
- Luis MEDINA ALCOZ (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.
- Luis MEDINA ALCOZ (2019), *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor.
- Oriol MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, pp. 629-652.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018), «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, pp. 155-192.
- Antonio José SÁNCHEZ SÁEZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales», *Revista de Administración Pública*, 179, pp. 87-141.

LA ECONOMÍA Y LA PANDEMIA

JOSÉ MARÍA SERRANO SANZ*

Apenas hubiéramos podido imaginar hace solo unas semanas que la economía y hasta la civilización en la que vivíamos fueran tan frágiles. Que la realidad pudiese llegar a trastocarse de un modo tan sorprendente. Nos habíamos acostumbrado a considerar que nuestro nivel de riqueza era el punto de partida de ulteriores mejoras y que solo ocasionales contratiempos frenaban una trayectoria a todas luces “inevitable”. Sin saberlo, estábamos atrapados en la trampa historicista, porque habíamos olvidado la lección del viejo Popper de la historia como proceso abierto y difícilmente previsible.

El exceso de confianza, por otra parte, nos había hecho descuidar todo lo relacionado con la seguridad en sus diferentes aspectos. En el ámbito sanitario, en concreto, la seguridad se daba por garantizada o fácilmente recuperable, dado que estábamos convencidos de contar con poderosos medios. Las epidemias eran cosa del pasado, de cuando la humanidad vivía en el atraso, de manera que la sanidad podía hoy vivir sin holguras, porque los grandes riesgos colectivos habían desaparecido para siempre. Ni siquiera era necesario preocuparse por la garantía de los suministros sanitarios, supuesto que en cualquier mo-

mento se podían conseguir en uno u otro lugar. Ahora solo era necesario preocuparse por aumentar los años de vida media, controlando las enfermedades conocidas a través de la investigación de vanguardia. Una salud casi invulnerable era algo que empezaba a estar en el horizonte.

Esa autosatisfacción, que ahora resulta patética, no era privativa del mundo de la sanidad. Recordemos a Fukuyama prediciendo el fin de la historia. Y en un campo más cercano, la economía, recordemos también que un insensato premio Nobel había profetizado al comenzar el milenio que las crisis se habían acabado para siempre, porque habíamos logrado dominar definitivamente los ciclos.

Pero, de repente, un oscuro e invisible bichito, aparecido en una remota ciudad china, cuya existencia era desconocida para la mayoría hace solo unos pocos meses, ha echado por tierra cálculos y confianza y ha devuelto la incertidumbre, y con ella la sensación de fragilidad, a nuestras vidas y a la entera civilización.

Entre los cálculos que es necesario rehacer está el del futuro inmediato de la economía, un tema del que aquí trataremos de ocuparnos, a pesar de las dificultades objetivas que tiene la cuestión, por las muchas incógnitas estrictamente sanitarias que existen a finales del mes de marzo –cuando este trabajo se escri-

be– sobre la evolución de la pandemia. El trabajo se centra en España, aunque, indudablemente, lo que ocurra en nuestro entorno nos afectará también.

I. ¿DÓNDE ESTÁBAMOS? EL PUNTO DE PARTIDA

En las primeras semanas de 2020 la economía española continuaba un lento proceso de desaceleración, que la mantenía creando empleo y comportándose mejor que los países de la eurozona en su conjunto. Estaba en una posición de crecimiento limitado, pero sólido y razonablemente equilibrado, con excepción de las cuentas públicas. Desde luego, en lo que se refiere al sector privado la situación era mejor que en vísperas de la crisis de 2008. Las empresas y las familias habían reducido su endeudamiento de forma significativa, los bancos se habían saneado, las grandes y medianas empresas habían invertido y se habían diversificado e internacionalizado y el crecimiento era sectorialmente equilibrado, sin burbujas financieras o inmobiliarias.

Estos datos daban confianza y hacían que las perspectivas fueran buenas si el entorno acompañaba, manteniéndose relativamente estable o mejorando. Precisamente una mejoría era lo que auguraban el Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea, que en enero de

* Catedrático de la Universidad de Zaragoza. Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.



este mismo año habían previsto un leve repunte del crecimiento europeo hacia el final del ejercicio, que debería volver a dar oxígeno a la economía española para que la desaceleración no acabase en recesión.

La economía española tenía, sin embargo, algunos problemas de fondo, porque todavía no se habían corregido por completo los desequilibrios acumulados antes de 2008 y en los peores años de la crisis: la deuda pública casi igualaba al PIB de un año y la deuda externa (deuda pública, en buena medida) era algo más de una vez y media ese mismo PIB, mientras el paro estaba aún por encima del 13%.

Eran problemas que la convertían en vulnerable –en paciente de riesgo, por usar una terminología del día– en el caso de que llegase otra crisis general. Seguía necesitando que los mercados financieros internacionales le prestasen dinero y para que lo hiciesen sin elevados intereses (prima de riesgo) debía presentar resultados convincentes: solvencia y capacidad de pago. O, lo que es lo mismo, crecimiento económico y tendencia al equilibrio financiero. El Tesoro público, por ejemplo, había previsto en enero de

2020, para el conjunto del año, unas emisiones brutas de casi 200.000 millones de euros, algo más de un 40% de los ingresos públicos del año en curso y del 15% de todo el PIB español. Y esto era antes de la crisis actual.

En suma, el punto negro de la situación actual comparada con la de 2008 es el escaso margen de maniobra que tiene la política fiscal. A cambio, todo indica que en política monetaria se han aprendido las lecciones de la terrible inacción de los primeros años de la crisis anterior y la diligencia del Banco Central Europeo es inequívocamente mayor. La decisión de su Consejo de gobierno del 18 de marzo de lanzar un nuevo y ambicioso programa de compra de activos públicos y privados por importe de 750.000 millones de euros durante este año y más adelante, si es necesario, no puede ser más demostrativa de su actual compromiso. Además, se flexibiliza el programa de compras, que estaba limitado antes por la participación de cada país en el capital del Banco, y ahora se hará en función de las necesidades de cada uno para garantizar que no vuelve a producirse fragmentación financiera en la eurozona. No se trata todavía de la actualización del riesgo, pero es un paso

adelante muy significativo hacia la solidaridad en el área del euro. Es una noticia excelente para la economía española, porque la política monetaria es un instrumento de acción poderoso y más cuando tan limitado está el hacendístico. Tener garantizada financiación suficiente, que es lo que esto significa, es una necesidad imperiosa para que la economía no sufra en esta crisis más de lo inevitable, mientras que fue en la anterior un serio problema que retrasó la recuperación.

II. LOS EFECTOS SOBRE LA ECONOMÍA

Los efectos sobre la economía de la pandemia y de las políticas sanitarias que se han puesto en acción para combatirla estarán, lógicamente, en relación con la duración del episodio más agudo de la crisis sanitaria, pero van a ser intensos, en cualquier caso. Habrá unos efectos directos de la pandemia sobre la actividad económica, el empleo y las finanzas públicas y otros efectos de segunda ronda, consecuencia de los primeros.

En cuanto a los efectos directos. El primero será una caída del consumo de las

familias, especialmente en aquellos aspectos más relacionados con las medidas de aislamiento. Según la última Encuesta de Presupuestos Familiares del Instituto Nacional de Estadística un 37,6% del consumo (transportes; restauración y hoteles; ocio y cultura; vestido y calzado) puede verse seriamente afectado y se trata en casi todos los casos de pérdidas no recuperables, aunque la situación remonte. El segundo será una reducción de la producción, consecuencia del cierre temporal de establecimientos y del bloqueo de comunicaciones e intercambios, que afectará sobre todo a las empresas más dependientes de suministros externos de bienes intermedios o servicios y con menor capacidad de organizar teletrabajo. Recuérdese que varias fábricas han debido paralizar su producción por falta de componentes producidos en otros países. El tercero será un problema de liquidez para muchos agentes económicos, que deberán hacer frente a compromisos de pago por deudas contraídas, compras previas o salarios de sus trabajadores sin contar con los ingresos esperados en un contexto de desplome de la demanda o cierre de su actividad.

Estas son consideraciones generales válidas para cualquier economía, pero la española tiene tres peculiaridades que multiplicarán los efectos potencialmente negativos de una crisis prolongada: el

reducido tamaño medio de las empresas, la importancia del turismo y la elevada temporalidad en el empleo.

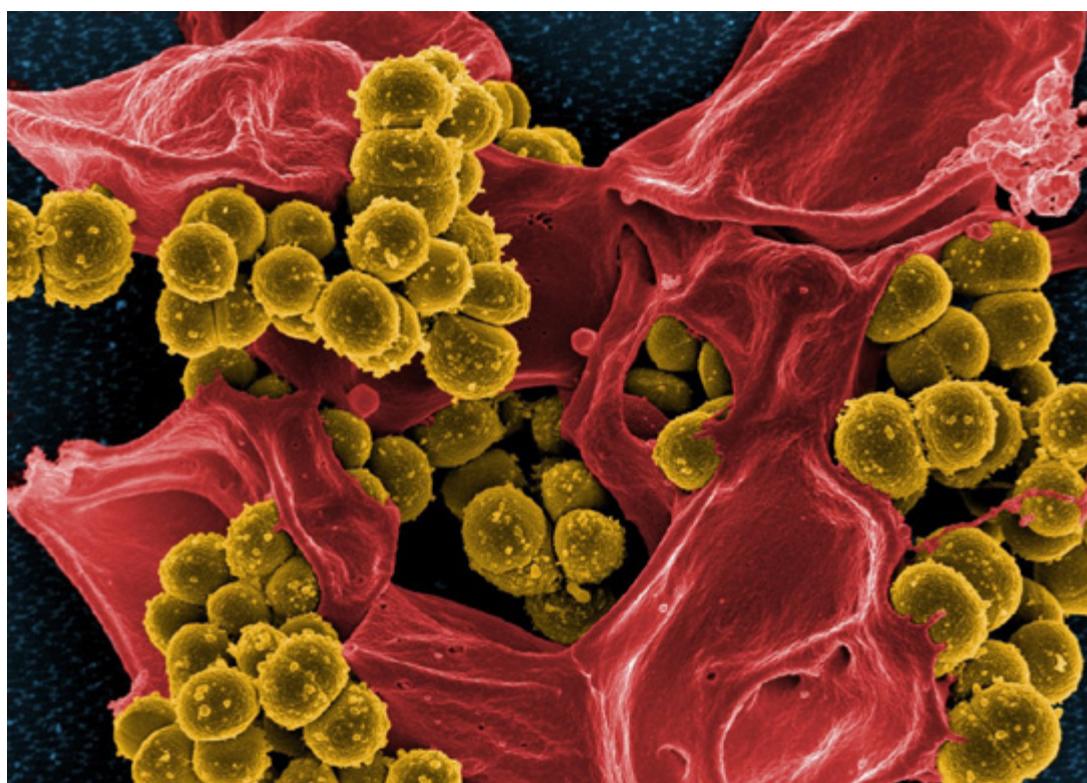
El 95,31% de las empresas españolas eran en 2018 microempresas, sin trabajadores por cuenta ajena o con menos de 10, y si se les suman las que tenían entre 10 y 49 (pequeñas empresas) se alcanza el 99,21. En promedio, las empresas de pequeño tamaño tienen menor nivel tecnológico, una estructura financiera menos saneada y una reducida capacidad de diversificación, de modo que están peor preparadas para hacer frente a una crisis como la actual.

Otra peculiaridad de la estructura productiva española, que determinará una caída más pronunciada de la actividad económica que en otros países, es el gran peso que en la misma tiene el turismo, un sector que puede verse profundamente afectado por la pandemia. En 2019 España recibió 83,7 millones de turistas extranjeros que gastaron 92.278 millones de euros; esto la situó un año más como el 2.º país por número de turistas (tras Francia) y el 2.º por ingresos (tras Estados Unidos). En términos macroeconómicos el turismo representa, directa e indirectamente, el 9,2% de la producción y el 11,4% del empleo; además, aporta una contribución sustancial al equilibrio de la balanza de pagos. De modo que un hundimiento del sector

tendría graves consecuencias para la economía española.

La tercera característica de la economía española que puede agravar la crisis si se prolonga es el elevado grado de temporalidad en el empleo. A finales de 2019 el 26,4% de los asalariados tenía contrato temporal, un porcentaje sensiblemente más elevado que el de los países de nuestro entorno. Una tasa de temporalidad así convierte al empleo en extremadamente sensible a la evolución de los niveles de actividad, de ahí que en las crisis el crecimiento del paro en España sea habitualmente explosivo. Además de los problemas sociales y personales que este hecho crea, sus efectos económicos son también muy dañinos, porque reduce la demanda más que proporcionalmente respecto a la renta, por motivo precaución.

El último de los efectos directos es el que afectará a las cuentas públicas. En esta cuestión, como se ha dicho, la situación española no es buena para emprender una política ambiciosa porque la deuda pública de partida es muy elevada, está en buena parte en manos de ahorradores extranjeros y no se dispone de política monetaria que garantice la soberanía. Solo cabe confiar en que el Banco Central Europeo sea esta vez sensible a las dificultades, como parece que lo va a ser. En todo caso, la crisis reducirá los ingresos



presupuestarios y aumentará sensiblemente el gasto público, de forma que por las dos vías crecerá el déficit y, como consecuencia, la deuda. El ajuste que no se ha hecho en los años de bonanza será de nuevo pospuesto, aunque ahora con motivo. La crisis la pagarán las siguientes generaciones que habrán de cargar con la nueva deuda.

Los problemas de segunda ronda serán consecuencia del debilitamiento de la actividad y el empleo, que inducirán nuevas caídas. Una reducción de la demanda influirá negativamente en la inversión y el empleo, lo que arrastrará nuevos problemas de financiación y déficit público, que se prolongarán hasta que la situación revierta. En definitiva, cuanto más breve sea el episodio de la crisis sanitaria, más pesarán los puntos fuertes de la economía española en la rapidez y la intensidad de la recuperación; por el contrario, cuanto más se prolongue, más pesarán las debilidades y más difícil se hará la recuperación.

Los datos que se conocen sobre China, que ha sido capaz ya de reabrir buena parte de sus establecimientos, indican que la caída del consumo y la producción en enero y febrero han sido muy intensas, abiertamente por encima de lo esperado. En España, con informaciones parciales todavía, el comercio minorista parece haber caído a menos de la mitad y el transporte y el tráfico, aún más agudamente. Son indicadores de la parálisis producida en los primeros días del estado de alerta. En el ámbito laboral, la lluvia de Expedientes Temporales de Regulación de Empleo en el mismo período es otro indicador visible de la severidad de la crisis.

III. SOBRE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS PLANTEADAS

Las principales medidas de política económica del gobierno español frente a la crisis de la pandemia son, hasta el momento, las contenidas en los dos Reales Decretos-Leyes de 12 y 17 de marzo de 2020, aparte de las propiamente sanitarias aprobadas el 10 de marzo. Las medidas consisten en actuaciones que tienen tres objetivos en el terreno estrictamente económico: proteger a los colectivos de personas más vulnerables,

apoyar a las empresas y autónomos más afectados y flexibilizar normas administrativas, mercantiles, tributarias y laborales para permitir una mejor adaptación de todos a la emergencia sanitaria y los problemas económicos. Además, se amplían los recursos del ministerio de Sanidad, se adelantan fondos a las Comunidades autónomas para que puedan dedicarlos a las nuevas necesidades sanitarias y se aumentan los fondos para investigación sanitaria relacionada con la pandemia.

El conjunto de actuaciones del Real Decreto-Ley del 12 de marzo está valorado por el Gobierno en 18.000 millones de euros y el del Real Decreto-Ley del 17 de marzo se afirma que supondrá una movilización de recursos que alcanzará hasta 200.000 millones, con un gasto de 5.000 millones de euros.

En relación con los colectivos vulnerables, se establece una moratoria de un mes en el pago de hipotecas, se amplían los sujetos protegidos en el ámbito de suministro de luz, gas y agua y se imposibilita el corte del suministro en esos casos y en telecomunicaciones, se facilita la percepción del seguro de desempleo y se considerará en situación de incapacidad temporal, asimilada a baja laboral por accidente de trabajo a quienes hayan contraído el virus o se encuentren en situación de aislamiento preventivo.

En cuanto a las medidas de apoyo a empresas y autónomos, lo más significativo es el otorgamiento de garantías hasta un importe de 100.000 millones de euros (8% del PIB), a través del Instituto de Crédito Oficial, para facilitar la concesión de préstamos necesarios para cubrir el circulante y evitar crisis de liquidez que acaben con la actividad. También se habilita otra línea de cobertura aseguradora para circulante por 2.000 millones a través del CESCE. Además, se aprueba una línea específica de 400 millones para el sector turístico, a través del ICO. A éste se le autoriza a ampliar en 10.000 millones de euros su límite de endeudamiento, para que pueda facilitar préstamos a empresas y autónomos. Además, se atenderán las prestaciones por desempleo en caso de ERTE, se bonificarán las cuotas a la Seguridad Social de los trabajadores afectados por un ERTE y se establecen compensaciones para los autónomos.

Por último, las medidas de flexibilización son de diversos tipos y muy variadas. Se agiliza el procedimiento de contratación de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas. Se hace más flexible la solicitud de aplazamiento de impuestos y se amplían los plazos de contestación a los requerimientos de la Agencia tributaria. Se permite que las sociedades mercantiles adapten a las circunstancias los plazos para la formulación de cuentas, celebración de juntas de accionistas, reunión de órganos de gobierno y presentación de documentos registrales. En el ámbito laboral se simplifica el procedimiento para solicitar Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), al considerar la pandemia como causa de fuerza mayor, y se flexibilizan las condiciones para favorecer la conciliación y el trabajo no presencial en caso de necesidad por el cuidado de niños, mayores o dependientes. Se facilita que las empresas hagan posible el trabajo a distancia y se dota un fondo para ayudar a las pequeñas empresas a realizar transformaciones hacia el entorno digital.

En su conjunto, las medidas implican, como se ha dicho, la identificación de tres núcleos de problemas económicos a consecuencia de la crisis sanitaria y a ellos tratan de atender: los colectivos vulnerables, la liquidez de las empresas y la necesidad de contar con un entorno legal flexible en estas circunstancias. En términos presupuestarios se encuentran en línea con lo que están aprobando los otros grandes países europeos, a excepción de Italia que ha comprometido muchos menos recursos. Desde nuestro punto de vista, están correctamente identificados los problemas del corto plazo y las medidas son adecuadas, si se implementan con la necesaria agilidad. Por otra parte, las primeras actuaciones del Banco Central Europeo demuestran que esta vez no debe haber problema de financiación. El gran reto estará en hacer frente a una eventual prolongación de la emergencia sanitaria, que dejará cada vez más cortos los recursos disponibles de la hacienda, acabará por transformar las tensiones de liquidez de las empresas en problemas de solvencia y empezará a poner en duda la capacidad de supervivencia de ciertas áreas del tejido productivo. Entonces la crisis económica adquiriría otra dimensión. ❖

FUNCIÓN CONSULTIVA Y REALIDAD JURÍDICA: LAS MEMORIAS ANUALES DEL CONSEJO DE ESTADO*

FERNANDO LEDESMA BARTRET**

I

Me propongo dar respuesta a las siguientes preguntas:

Primera. ¿Vive el Consejo de Estado (C.ºE), viven los Consejos consultivos autonómicos (CCA) desconectados de la realidad o, por el contrario, inmersos en ella? La pregunta trata de salir al paso de aquellos que opinan que nuestros

* Conferencia pronunciada el 26 de noviembre de 2019, en Granada, con motivo de la celebración del XXV aniversario de la Constitución del Consejo Consultivo de Andalucía.

** Consejero Permanente de Estado.

Consejos son instituciones de escasa utilidad social. La respuesta aspira a demostrar su conexión con los problemas contemporáneos, que ayudan a resolver.

Segunda. Dado que, en la actualidad, hay CC.AA. –Cantabria y Extremadura– que no han creado órganos consultivos autonómicos o, habiéndolos creado, han decidido prescindir de ellos y encomendar la función consultiva al C.ºE, ¿se advierte en esta decisión algún riesgo de lesión o ataque a la autonomía funcional y orgánica de esas CC.AA.?

Tercera. ¿Qué posición mantiene el conferenciante sobre las opiniones que se muestran partidarias de una recentralización



de competencias, con la consiguiente pérdida de ellas por las CC.AA. y su recuperación por el Estado, recentralización que supondría, en algunos casos, la supresión de entes creados en ejercicio del autogobierno autonómico, como por ejemplo, los CCA?

II

1.º C.ºE y realidad

A) Todos ustedes saben perfectamente que el trabajo del Consejo de Estado (e igual sucede en los CCA) se desarrolla sin estrépito. No se piense que tal modo de proceder aleja al C.ºE de la realidad. Todo lo contrario. La vida, las urgencias de nuestra convivencia, los problemas más acuciantes para la gobernación del país, las preocupaciones de gobernantes y gobernados atraviesan cotidianamente las puertas de la institución. Esa forma de actuar permite que el problema sea afrontado con serenidad, rigor jurídico, conocimiento de las diversas perspectivas de los problemas y, desde luego, con el profundo sentido de Estado que debe reclamarse a una institución de relevancia constitucional –con más de cuatro siglos de historia a sus espaldas en el caso del C.ºE– que está al servicio de la concepción de España como Estado social y democrático de Derecho y que tiene atribuida como principal función, la de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Una institución que tiene tales responsabilidades únicamente puede hacer frente a sus

compromisos –naturalmente, sus compromisos constitucionales– si tiene sus oídos, sus ojos y sobre todo su cabeza bien abiertos a la realidad social del tiempo en que se vive.

El Consejo, sí, elabora su trabajo sin estrépito, pero los frutos de su reflexión –sus informes, dictámenes, memorias y mociones– acaban perteneciendo a todos y con frecuencia inspirando reformas legislativas, delimitando el papel de las instituciones, descubriendo los principios organizadores del ordenamiento jurídico. Y tal ocurre porque el C.E. desde su fundación ha tenido una vocación integradora. Lo suyo es el Estado como organización y el Derecho como ordenamiento. Le corresponde, ante todo, velar por el orden jurídico en su conjunto con la vista puesta en los valores y en los principios, sin olvidar las exigencias estructurales que garantizan la seguridad jurídica.

Decía IHERING en su obra “El espíritu del Derecho Romano” que *“uno de los primeros hechos de la historia del Derecho que la tradición nos ha transmitido es que los juristas terminaron por hacerse indispensables al pueblo porque el derecho había llegado a ser una ciencia llena de misterios”*. A combatir con las armas de la razón ese misterio se encamina también nuestro propósito de iluminar las zonas oscuras, relacionar entre sí los sistemas jurídicos, hacer comprensibles y accesibles las instituciones, decantar lo que en cada una de ellas hay de sustancial, evitar que, como decía Cicerón de los jurisconsultos de su tiempo, pueda afirmarse que éstos han organizado el Derecho de manera que fuesen indispensables en todas partes. Si los juristas

han de continuar siendo indispensables –y así lo creo firmemente– no será en cuanto depositarios de misterios o retardatarios de los cambios necesarios, sino en cuanto artífices de la paz, promotores de la libertad e impulsores del bienestar social.

Cabalmente, ésta es también la función que, utilizando el Derecho como instrumento y el interés general como objetivo único y final, desempeñan los órganos consultivos como éste de Andalucía y el C.ºE. Tengo por cierto que desde la función consultiva se coadyuva a la construcción de la democracia, a la garantía de los derechos fundamentales, a la defensa del Estado social y democrático de Derecho, a la transparencia del ejercicio del poder y, por decirlo con palabras de Norberto Bobbio, a la eliminación de poderes invisibles que tratan de suplantar a los poderes legítimos.

B) He afirmado que el C.ºE –igual que los CCA– está en permanente contacto con la realidad. Para justificar esta afirmación acudo a la Memoria del año 2018. Expondré resumidamente algunos de sus apartados.

a) El primero se dedica a dar noticia de la propuesta de reforma constitucional en materia de aforamientos e informe sobre el procedimiento que debe seguirse para su tramitación. Fue la primera vez que el Gobierno encomendó al

Consejo la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, competencia prevista en el art. 2.3 de la LOCE.

La reforma sólo afecta a los artículos 71.3 y 102.1 de la CE. En la actualidad, el art. 71.3 dispone que “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del TS”. Se propone que dicho precepto establezca: “En las causas contra Diputados y Senadores por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será competente la Sala de lo Penal del TS”. De otro lado, el art. 102.1 que ahora establece que: “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del TS”, se propone quede redactado así: “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo será exigible ante la Sala de lo Penal del TS”.

Debo destacar que en el apartado IV del informe a que me estoy refiriendo, dedicado a la “proyección de la limitación funcional propuesta sobre los aforamientos autonómicos”, se dice lo siguiente: “La vocación racionalizadora que subyace en la propuesta de reforma constitucional de los arts. 71.3 y 102.1 de la CE, en orden a circunscribir el



aforamiento del Presidente y demás miembros del Gobierno de la nación y de los diputados y senadores a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, parece aconsejar que el estatuto personal de los presidentes, consejeros y parlamentarios autonómicos debiera operar en el mismo sentido La coherencia interna que debe presidir el 'bloque de constitucionalidad', del que forman parte la Constitución y los Estatutos de Autonomía, conduce a la conclusión apuntada". "Dicha coherencia –añade el dictamen– del régimen estatal y autonómico podría alcanzarse a través de procedimientos que sean constitucionalmente aptos para incidir en la regulación estatutaria". En las páginas siguientes del informe se exponen cuáles son las dos posibilidades que el Consejo considera constitucionalmente admisibles.

- b) La prestación del consentimiento del Estado para obligar por medio de tratados o convenios requiere la previa autorización de las Cortes Generales en los cinco casos que el art. 94.1 de la CE establece. Uno de ellos es el referente a los tratados de carácter político. Mas ¿cuándo un tratado tiene tal carácter? La cuestión no es sencilla. Es un concepto irreductible a un elenco de categorías. Y su acotamiento tiene importantes consecuencias. La intervención del C.ºE en esta materia garantiza la objetividad de la Administración en su relación con el poder legislativo y contribuye a la armonía de Parlamento y Gobierno en el ejercicio compartido de esa parcela esencial del poder que es el "treaty making power" (Memoria del año 1994, pág. 97). En el caso del dictamen 63/2018, el Consejo apreció que tenía carácter político la enmienda para la supresión del art. 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, adoptado en La Haya el 26 de noviembre de 2015.
- c) Entre las competencias del C.ºE se encuentra (art. 22.6 de la LOCE) la de ser consultado por el Gobierno con carácter previo a la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA ante el TC. Los dictámenes no son vinculantes para el Gobierno, pero la realidad se encarga de poner de manifiesto la influencia que tales dictámenes tienen en los posteriores acuerdos del Consejo de Ministros, sólo excepcionalmente discrepantes de las apreciaciones del C.ºE. Pues bien, el dictamen 974/2018 apreció la existencia de fundamentos jurídicos para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón. Cuatro conceptos básicos examinó aquel dictamen en la luz de la doctrina del TC. Concretamente: la foralidad de Aragón y la aplicabilidad a esa CA de la Disposición Adicional Primera de la CE, la naturaleza de los derechos históricos de Aragón que la ley aragonesa considera anteriores a la CE, el concepto de "pacto" como fundamento y fuente de esos derechos históricos y el alcance de la reserva estatutaria contenida en el art. 147.2 de la CE. Tras su examen, el dictamen concluyó que existían fundamentos jurídicos para la interposición del recurso.
- d) La trasposición del Derecho de la UE al ordenamiento jurídico español constituye una de las materias más frecuentes y delicadas de nuestra tarea. Un caso relevante fue el relativo a un proyecto de Real Decreto por el que se pretendía aprobar el Reglamento regulador de la instalación de tramos finales de redes fijas de comunicaciones electrónicas de acceso ultrarrápido. Sucedió que dicho proyecto, finalmente no aprobado por el Consejo de Ministros, se ajustaba a las directivas europeas, pero no a la ley española. Pues bien, en el dictamen 153/2018, el C.ºE de modo implícito optó por una interpretación del sometimiento pleno de la Administración "a la ley y al Derecho" (artículo 103.1 de la Constitución) que no excluyera el Derecho de la Unión Europea, parte integrante del Derecho español. Lo cual condujo a informar favorablemente el proyecto reglamentario consultado que, pese a oponerse a una ley española en vigor, era perfectamente acorde con la directiva europea a transponer. Como es natural, al mismo tiempo, el dictamen puso de manifiesto al Gobierno la necesidad de proceder a la modificación de la ley para su ajuste al Derecho europeo.
- e) El ordenamiento de los mercados de valores y la necesidad de su nueva formulación fue objeto del dictamen 319/2018, de 21 de junio. Las deficiencias que presenta la regulación de los mercados de valores ponen de manifiesto la conveniencia de reformular el ordenamiento sectorial correspondiente. La nueva formulación obligaría, desde luego, a descargar muchos de los contenidos del actual texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, contenidos, que, por su naturaleza, corresponde ubicar en los reglamentos de desarrollo, asegurándose así que el texto cumpla la función de ley marco que institucionalmente le corresponde. Pero además se dictaminó sobre la conveniencia de plantearse, incluso, la corrección de su denominación y sistemática interna.
- f) Otro sector que ocupa frecuentemente la atención del C.ºE es el relativo a la contratación administrativa. Dentro de él, durante 2018 hemos examinado el régimen jurídico de las autopistas nacionales en régimen de concesión (en especial, los problemas que se plantean en caso de su extinción por liquidación concursal), la naturaleza de los pliegos generales de cláusulas administrativas de contratación, así como la naturaleza de la intervención del C.ºE en su elaboración y modificación. En uno de ellos se aborda la siguiente pregunta: ¿Los beneficios dejados de obtener por los concesionarios de dichas autopistas a consecuencia de una disminución del tráfico rodado puede ser objeto de reclamación con fundamento en la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración?. Tema problemático, de enorme repercusión no solamente económica, sobre el que la memoria razona.
- g) Tras recordar el contenido del artículo 27.6 de la CE sobre la libertad de creación de centros docentes, los dictámenes 226 y 228/2018 relativos a dos anteproyectos de ley de la CA de Extremadura, examinaron problemas relacionados con el reconocimiento de dos nuevas Universidades privadas "on line", promovidas por determinadas entidades privadas. En tales dictámenes se analizó el alcance de la potestad autonómica de reconocimiento de este tipo de universidades, concluyéndose que no procedía aprobar

como proyectos de ley los anteproyectos remitidos al incumplirse las exigencias constitucional y legalmente establecidas. Se recuerda en ambos dictámenes que el ejercicio del derecho que se reconoce en el artículo citado de la Constitución precisa observar algunas exigencias, entre ellas las de justificar que se trata de complementar las enseñanzas ofrecidas por universidades ya implementadas, acreditar la viabilidad económica y que los proyectos creativos acrediten solidez y rigor.

- h) En fin, durante el año 2018 el C.ºE tuvo ocasión de dictaminar diversos asuntos relacionados con la seguridad alimentaria, trazabilidad, etiquetado de alimentos e información transparente al consumidor, materias en la mayor parte de los casos referentes a proyectos de reglamentos ejecutivos, y muchos de ellos dictados en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea o en ejercicio de potestades normativas o de organización dentro del margen de discrecionalidad que el mismo concede a los Estados miembros.

Esta “dación de cuenta” quedaría incompleta si no incluyera una referencia a las numerosas consultas que, con fundamento en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, dictamina el Consejo casi todos los jueves del año. Me refiero a las reclamaciones: de contribuyentes disconformes con el pago del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos cuando el precio de venta ha sido inferior al de la compra; de ciudadanos que se consideran perjudicados por actos médicos en el ámbito de la sanidad pública que califican de contrarios a la *lex artis*; de justiciables absueltos por inexistencia del hecho después de haber estado largo tiempo en situación de prisión preventiva; de miembros de las Fuerzas Armadas accidentados en operaciones militares dentro o fuera de España; de mujeres víctimas de la violencia familiar que solicitan autorización para cambiar sus apellidos por otros que las desvinculen de la tragedia vivida; de personas físicas y jurídicas que, después de haber obtenido sentencia favorable tras un largo proceso, ven como se retrasa meses y meses la ejecución de la sentencia; de familiares de internos fallecidos en centros penitenciarios, etc. Todos estos dramas vitales, –los problemas de la gente–, tan lejos de los que pueden ser calificados como asuntos de Estado, ocupan muchas horas de nuestro trabajo, dan lugar a largos debates, y demuestran que “el realismo” es una de las señas de identidad del Consejo de Estado.

Dicho en otras palabras: la vida en su plenitud, en su diversidad cambiante, unas veces referente a grandes temas constitucionales, menos solemnes y más a pie de ciudadano otras, la vida siempre anhelante de libertad y seguridad, paz y bienestar entra por las puertas del Consejo a galope. A galope, sí, pues cada vez es más frecuente que el dictamen sea solicitado con urgencia y, en ocasiones, especialmente cuando la consulta se relaciona con la interposición por el Gobierno de recursos ante el TC contra leyes u otras resoluciones aprobadas por parlamentos autonómicos, tan solo disponemos de días para examinar la propuesta y dictaminar.

C) En un intento de completar el razonamiento sobre la conexión entre la realidad más inmediata de la vida y el contenido de los dictámenes, permítanme que ahora dedique algunos minutos a lo que casi con toda seguridad será parte importante de la Memoria que, al terminar 2019, comenzaremos a escribir. Me refiero a las autoridades administrativas independientes y, concretamente, a la potestad normativa que ejercen por medio de la aprobación de Circulares.

Un periódico de ámbito nacional publicó el pasado 13 de noviembre un artículo titulado “Instituciones económicas independientes” escrito por el Presidente de la autoridad independiente de responsabilidad fiscal. En el encabezamiento de dicho artículo afirmaba su autor: “El bienestar de una sociedad depende crucialmente de en qué medida las políticas públicas se orienten hacia propiciar el interés general frente a intereses particulares. En este contexto, es clave dilucidar qué tipo de organización administrativa es la más apropiada para resistir las presiones de los grupos de interés que pugnan por resultar beneficiados por las actuaciones estatales”. Y añadía: “En distintos ámbitos de la Administración pública, la existencia de instituciones con autonomía funcional y económica del poder político, en mayor o menor medida, favorece el diseño y la ejecución de mejores políticas. Ello no obstante no puede darse por sentado que una institución independiente lo vaya a hacer siempre mejor. Además su legitimidad, dado que no reside en la legitimidad democrática del ámbito político de decisión, descansa exclusivamente en su eficacia”.

Partiendo de tales consideraciones, propone el autor algunas ideas que considera necesarias para la estrategia de recuperación de la credibilidad de las instituciones independientes. Entre ellas, las siguientes: la aplicación de medidas que hagan de la transparencia un instrumento para limitar comportamientos discrecionales, el afianzamiento de la rendición de cuentas, así como la clara determinación de los límites que deben presidir sus decisiones, a fin de asegurar que su actuación se ajuste a los mandatos para los que han sido creadas.

Pues bien, antes de la publicación del artículo mencionado, la Comisión Permanente del C.ºE había mantenido un largo debate sobre la potestad normativa de la CNMC, autoridad que, a través de la Ministra de Economía y Empresa, había solicitado dictamen del C.ºE sobre Circulares por medio de las cuales se propone introducir modificaciones en nuestro sistema eléctrico y gasístico, que afectarán sensiblemente a empresas y consumidores.

A continuación resumo la doctrina desarrollada en los primeros dictámenes ya remitidos a la autoridad consultante.

- 1) La potestad de la CNMC tiene un reconocimiento legal y constitucional, al igual que lo tienen el Banco de España y la CNMV. El legal está en el art. 30 de su Ley creadora 3/2013, de 4 de junio, y en el art. 129.4.4.º párrafo de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El constitucional está en las SSTC 135/1992 (respecto del Banco de España) y 133/1997 (respecto de la CNMV). En igual sentido, el dictamen del C.ºE núm. 870/2012.



2) Esto no obstante, el ejercicio de la potestad normativa por la CNMC y demás administraciones independientes tiene algunas características que es preciso recordar.

a) La potestad no es genérica ni uniforme. Que no es genérica significa que no cuenta con una competencia general para dictar normas en los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión, sino que responde a un principio de atribución: tiene potestad sólo allí donde una norma se la reconoce expresamente. Que no es uniforme lo acredita el hecho de que dicha autoridad independiente no tiene la misma capacidad normativa en el ámbito del mercado de las comunicaciones electrónicas que en el mercado energético. Tales diferencias son consecuencia de lo previsto en el Derecho de la Unión Europea, principalmente, de lo establecido en las directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 julio 2009, sobre normas comunes para el mercado interno de la electricidad y del gas natural.

b) Se trata de una potestad limitada. La independencia de las autoridades administrativas independientes no supone ajeneidad al Derecho (art. 9.3 de la CE). Sus normas –las Circulares– no constituyen un derecho propio que viva al margen del resto del ordenamiento. De ello se siguen tres principales consecuencias: los límites resultan de los propios términos en que se hace la habilitación, su ejercicio queda sujeto al resto de las normas vigentes, tanto legales como reglamentarias, y en cuanto a su con-

tenido, se hallan sujetas a las orientaciones de política energética del Gobierno y del Ministerio competente (de acuerdo con lo establecido en el art. 7.1 de la Ley 3/2013, en la redacción introducida por el RDL 1/2019).

c) Tal potestad está sometida a ciertas reglas de procedimiento de imperativo respeto. Como quiera que, ex STC 135/1992, el ejercicio de la potestad normativa no se legitima por su carácter discrecional, sino por su especialización técnica (razón que justifica, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o de acuerdo con la Ley) es necesaria la justificación técnica de las soluciones adoptadas. Por ello, cuando en una Circular se recogen medidas susceptibles de afectar de forma relevante los derechos o deberes de los sujetos que participan en el mercado, es preciso llevar a cabo una justificación técnica de las mismas, analizando tanto sus efectos generales y particulares sobre los diferentes agentes, como las razones que justifiquen, desde una perspectiva técnica, las soluciones adoptadas. Así es porque el ejercicio de las potestades públicas –y de la normativa en particular– va siempre acompañado de mecanismos de responsabilidad. En el caso de la CNMC, es claro que no está sujeta a mecanismos de responsabilidad política, pues por relevantes que sean las previsiones del art. 39 de su Ley creadora sobre el control parlamentario, no se trata propiamente de un mecanismo de responsabilidad política. La exigible explicación técnica de los impactos que derivan de las circulares, encuentra



su sede natural en la Memoria –o documento que cumpla dicha función– justificando de esta manera la racionalidad y legitimidad de la decisión normativa adoptada.

d) Las Circulares deben estar articuladas con el resto del ordenamiento jurídico. De aquí se siguen varias exigencias:

1.^a Las Circulares no pueden derogar las normas reglamentarias procedentes del Gobierno o de sus miembros reguladoras de las materias objeto de la Circular.

2.^a Las normas de las Circulares reguladoras de determinados aspectos (fundamentalmente, metodologías) pasan a ser de aplicación, deviniendo por ello inaplicables, que no derogadas, las otras normas que, hasta ese momento, regulaban la materia.

3.^a Mas como las normas reglamentarias del gobierno o de sus miembros (o las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Energía) reguladoras de esas materias siguen siendo formalmente vigentes, por exigencias del principio de seguridad jurídica es preciso proceder a la derogación de las que han devenido inaplicables. Dicha derogación debe ser hecha por las propias autoridades que dictaron la norma.

El debate sobre la potestad normativa de las autoridades administrativas independientes abarca otras muchas cuestiones que los dictámenes del C.^ºE examinan. Imposible me resulta entrar en ellas. Pero con lo resumido hasta aquí me gustaría haber ofrecido una prueba más de cómo las tensiones –económicas, políticas, sociales, jurídicas– de la sociedad nos hacen estar en primera línea. Eso sí, siempre con argumentos basados en el Derecho y tratando de contribuir a la solución de los problemas que están en el corazón de las

consultas que nos hacen las autoridades con competencia para ello.

2.^º Pregunta: ¿Es compatible la autonomía de las CC.AA. y la opción de no crear consejos consultivos y encomendar la función consultiva al C.^ºE?

A la luz de la jurisprudencia constitucional puede afirmarse que tal intervención del C.^ºE, incluso cuando se produce con carácter preceptivo, no supone, respecto de las Comunidades Autónomas, un ataque al principio de autonomía sancionado por los artículos 2 y 137 de la Constitución. Ello es así, dice el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 37 de la sentencia 56/90, porque el C.^ºE “no forma parte de la Administración activa”, sino que es un órgano consultivo que actúa en todo caso con “autonomía orgánica y funcional, en garantía de su objetividad e independencia”.

El mero hecho de que se prevea la consulta preceptiva al C.^ºE en relación con determinadas actuaciones administrativas de las Comunidades Autónomas no significa en absoluto insertar un órgano de la Administración del Estado en el esquema organizativo de aquéllas, infringiendo así la potestad de autoorganización que les reconoce el artículo 148.1.1.^a de la Constitución. El C.^ºE permanece orgánicamente separado de la Administración autonómica a la que informa. No es un órgano dependiente del Gobierno, sino un órgano dotado de independencia funcional para la defensa de la legalidad y del Estado de Derecho.

Llegado a este punto es bueno recordar que las CC.AA. de Cantabria y Extremadura –únicas que carecen de consejo consultivo propio– solicitan dictamen del C.^ºE de modo constante y creciente respecto de asuntos que no son de consulta preceptiva sino facultativa. Y especialmente notable es el hecho

de que tales consultas tengan por objeto proyectos de leyes autonómicas por medio de las cuales se llevan a cabo las políticas que los Gobiernos respectivos deciden impulsar. Dicho con otras palabras: la consulta al C.ºE por las CC.AA. que así lo han resuelto es perfectamente compatible con su autonomía, con su autogobierno.

3.º Pregunta: ¿Qué posición defiende el conferenciante respecto de las tesis que han mantenido o mantienen la conveniencia-procedencia de una recentralización de competencias?

Respondo diciendo, resumidamente, que discrepo de tal planteamiento. A mi juicio, el Estado autonómico y los Entes locales, con todos sus defectos –muchos de ellos corregibles mediante reformas que no exigen más que instrumentos normativos con rango de Ley, orgánica o no, o ejercicio de poderes de alta inspección, o perfeccionamiento de los mecanismos de cooperación y coordinación entre administraciones públicas– han contribuido decisivamente al progreso social y mejorado la gobernación y el reparto del bienestar social. El más largo período de paz y prosperidad que ha vivido España a lo largo de su historia, que es el iniciado con la Constitución de 1978 hasta hoy, es obra también del Estado autonómico. Esa recentralización encontraría rechazo social y no resolvería, a

mi juicio, problemas evidentes que deben ser afrontados por otros caminos, sin excluir la reforma constitucional debidamente consensuada.

III

Cuando está a punto de celebrarse el cuadragésimo primer aniversario de la Constitución de 1978, permítanme que concluya esta intervención reivindicando la preeminencia de la acción política, así como la imperiosa necesidad de la pedagogía política exigible en toda democracia representativa. Frente al carácter alienante del mensaje simplificador de la complejidad social, frente al destructivo discurso identitario nacionalista-populista que tanto daño ha hecho a lo largo de la historia, defendamos y practiquemos el discurso de la fuerza de la razón democrática, que no oculta las contradicciones, ni la creciente complejidad de las sociedades, sino que las reconoce buscando democráticamente las mejores soluciones. Es un discurso que condena las mentiras, que da voz a todos porque necesita contar con todos para no dejar a nadie fuera del contrato social y que prioriza, esencialmente, la igualdad, indisociable de la dignidad humana.

Granada, 26 de noviembre de 2019 ❖

Novedad

EL DERECHO DE LA HISTORIA: MEMORIA DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HISTÓRICOS

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

ISBN 978-84-9890-379-9. 228 páginas. 24,00€

Este libro analiza, con estilos diferentes, lo que el autor denomina Derecho de la Historia, que abarca dos ámbitos distintos, aunque entrelazados, los derechos históricos y la memoria democrática. Algunas de las opiniones o propuestas podrán parecer provocadoras, pero con ellas se busca crear un debate social y jurídico, siempre desde la libertad y para la libertad, y sin merma del rigor que requiere el tratamiento de estas cuestiones.



Para más información www.iustel.com

NOTICIAS FALSAS. CONFIANZA Y CONFIGURACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN LOS TIEMPOS DE INTERNET

JULIA MUÑOZ-MACHADO CAÑAS*

I. ¿QUÉ SON LAS FAKE NEWS?

Fake news fue la palabra del año 2017 según el diccionario Oxford¹. Así lo recogieron distintos medios de comunicación, como el Diario El Mundo o La Vanguardia², quienes se hicieron

eco de que la combinación “fake news”, o sus traducciones a distintas lenguas (“noticias falsas”) sería la palabra³ cuyo uso habría aumentado más en el año 2017, en concreto un 365%.

Según publicaron esos medios, Helen Newstead, lexicógrafa de los diccionarios Oxford, habría vinculado la popularidad del término a la elección de Donald Trump como Presidente de los Estados Unidos. Habría subrayado asimismo cómo la mayoría de las palabras más utilizadas en el año 2017 “conlle-

* Abogada en Muñoz-Machado Abogados.

¹ EL MUNDO; 7/11/2017: “Fake news”, palabra del año del Diccionario Oxford <http://www.elmundo.es/cultura/cine/2017/11/03/59fc80f4468aebd1508b46a0.html>.

² LA VANGUARDIA; 7/11/2017: “Fake news”, la palabra del año según el Diccionario Oxford <https://www.lavanguardia.com/cultura/20171107/432683218631/fake-news-palabra-ano-diccionario-oxford.html>.

³ Entre los 4.500 millones de palabras que consideraron los editores de los Diccionarios de Oxford.



van contenido político”, y ello como consecuencia tanto de la elección del nuevo presidente norteamericano como de la celebración de elecciones anticipadas en Reino Unido en el mes de junio de 2017, motivos por los que, en palabras de esta lexicógrafa “no nos debe sorprender que la política continúe electrificando la lengua inglesa”.

El término “fake news” definiría las noticias fabricadas que se difunden casi siempre con intención de manipular a la opinión pública y que se difunden rápidamente porque los usuarios no verifican la fuente y comparten la noticia por su atractivo o su impacto⁴.

ELLIOT HIGGINS, fundador de Bellingcat⁵, justifica la creación y difusión de las *fake news* en cuatro razones distintas, que denomina las cuatro “P”: pasión, política, propaganda y pago.

La pasión, vendría reflejada en aquellos asuntos que, por ser muy mediáticas, los usuarios se posicionan fácilmente y son propensas a adquirir los que el autor denomina un “tono amarillista”. Las noticias falsas sobre política, buscarían influir en la opinión pública, que es cuanto ocurrió en las elecciones presidenciales de EE.UU., en la votación del Brexit, o la campaña electoral en Francia. En cuanto a la propaganda y el pago,

⁴ <http://www.impulsodigital.elmundo.es/seguridad-tecnologica/guia-para-identificar-las-fake-news>.

⁵ Bellingcat es un servicio de consultoría que emplea fuentes abiertas y redes sociales para investigar temas de actualidad en todo el mundo. También crea guías y expone casos que puedan servir de ejemplo en esas materias.

ambas motivaciones irían unidas⁶. Según el citado autor, las fake news “tienen un fin propagandístico, ya que permiten a un gran número de personas en un tiempo mínimo, y con ello consiguen un pago, dado que los clics en las noticias se traducen directamente en dinero gracias a los anunciantes”. “Además, existe un valor de compraventa en los datos de los usuarios mediante las cookies de las páginas web”.

II. GENERALIZACIÓN DEL USO DEL TÉRMINO E IMPACTO DE LAS “FAKE NEWS”

El término “fake news”⁷ se generalizó en todo el mundo como consecuencia de su empleo por el presidente norteamericano Donald Trump en su campaña electoral y tras su elección. El concepto surgió primero con un carácter político; no obstante, se ha ido extendiendo a otros ámbitos de la vida⁸.

Aunque el impacto de este tipo de noticias es, en general, menor en Europa que en Estados Unidos, porque el porcen-

⁶ <http://www.impulsodigital.elmundo.es/seguridad-tecnologica/guia-para-identificar-las-fake-news>.

⁷ Algunas plataformas (Facebook o First Draft) abogan por el uso del término “False news” en vez del de “Fake news” para despojarlo de su componente político.

⁸ Las informaciones relativas a los “perjuicios” de la vacunación podrían ser un ejemplo. O los hechos sucedidos en India en el mes de julio de 2018, en el que se extendieron los rumores por Whatsapp de secuestros de niños, desembocando en el asesinato de distintas personas “sospechosas” de haberlos cometido; <https://www.nytimes.com/es/2018/07/24/whatsapp-rumores-violencia-india/>.



taje de ciudadanos que acuden a las redes sociales como fuente fiable de información es mucho menor que en Norteamérica, el Diario LA RAZÓN publicó, el pasado 11 de septiembre de 2018, los resultados de un estudio de la consultora IPSOS, según los cuales “los españoles somos los europeos que más han caído en las trampas de las noticias falsas, por delante de suecos (55%), polacos (55%), belgas (45%), alemanes (43%), franceses (43%), británicos (33%) o italianos (29%), y los quintos en el mundo, sólo por detrás de brasileños (67%), sauditos (58%), surcoreanos (58%) y peruanos (57%)”⁹.

Según el citado estudio, “el 57% de los españoles admite haber creído alguna vez como verdadera la información de una noticia falsa” y que “6 de cada 10 españoles creen que los principales causantes de que en España exista un importante desconocimiento sobre la realidad social del país son los políticos, que confunden a la población con informaciones sesgadas o falsas”¹⁰.

Pero ¿qué motivos justifican la rápida difusión de las fake news y su innegable impacto?

III. LOS RESULTADOS DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS SOBRE EL ORIGEN Y LA RÁPIDA DIFUSIÓN DE LAS “FAKE NEWS”

La revista Science publicó en el mes de marzo de 2018 un artículo titulado “The Science of fake news”¹¹ en el que subraya la preocupación global que ha suscitado este fenómeno, en las antípodas de la prensa tradicional, y que ha dejado al descubierto la vulnerabilidad de los sujetos individuales, instituciones y del conjunto de la sociedad frente a la manipulación que terceros pueden efectuar a través de este tipo de herramientas en la era de Internet.

En particular, en el artículo se exponen los mecanismos y las razones por los que, según sus autores¹², las noticias falsas se extenderían con tanta velocidad, sugiriéndose vías de potencial

intervención con el fin de procurar atajar o controlar parcialmente este fenómeno y sus repercusiones.

Como origen del fenómeno se señala en el artículo como las normas periodísticas de objetividad y equilibrio se impusieron entre los profesionales como consecuencia del uso de la propaganda durante la primera guerra mundial. Y como los grandes oligopolios dominantes durante el Siglo XX (tanto prensa audiovisual como escrita), permitieron la imposición de estos estándares. Sin embargo, Internet habría rebajado notablemente los costes de entrada en el mercado de nuevos competidores, muchos de los cuales no respetan estas reglas que tradicionalmente se habían venido imponiendo, poniendo en cuestión los modelos de negocio de la prensa tradicional, quienes siempre habían gozado de niveles altos de veracidad y credibilidad. Los niveles de confianza en los medios de comunicación alcanzaron su mínimo en el año 2016, sobre todo en relación con el ámbito político.

Señalan asimismo sus autores como la creación e implantación de redes sociales en las que se comunican personas con pensamientos afines, reduce la tolerancia al pensamiento alternativo, amplifica la recepción a las noticias afines a nuestro pensamiento y el rechazo a otro distinto. Estas tendencias han creado un contexto en el que las noticias falsas pueden atraer a una amplia audiencia.

Hay pocas respuestas científicas a la cuestión de cómo son de comunes las noticias falsas y cuál es su impacto sobre los particulares. Los autores aluden a un estudio evaluando la prevalencia de las noticias falsas¹³, y que estimó que el americano medio recibía entre una y tres noticias falsas en el mes previo a las elecciones presidenciales de 2016. Otro estudio desveló que la información falsa en Twitter es redifundida por más personas y con más rapidez que la información contrastada, especialmente cuando el asunto tratado en esa información es político¹⁴. Facebook, en cambio, ha estimado que sólo una décima parte del 1% del contenido cívico compartido en la plataforma podría haber sido manipulado, aunque no ha ofrecido detalles de este análisis¹⁵.

En los mismos términos, podemos referirnos a otro estudio llevado a cabo por tres investigadores¹⁶ del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), analizando 126.000 noticias compartidas por más de tres millones de personas durante 10 años, y en el que la conclusión alcanzada es que, sin lugar a dudas, las noticias falsas se propagan con mucha más velocidad que las verdaderas¹⁷.

Al buscar, etiquetar o compartir información, los denominados “social bots” (robots que, a través de cuentas automatizadas, simulan ser personas) pueden magnificar el alcance de una noticia de forma muy considerable: Twitter estima que entre el 9 y el 15% de las cuentas activas en esa red social son ro-

⁹ <https://www.larazon.es/tv-y-comunicacion/media-news/los-espanoles-somos-los-europeos-que-mas-nos-creemos-las-mentiras-de-las-fake-news-PA19801428>.

¹⁰ <https://www.ipsos.com/es-es/search?search=fake+news>.

¹¹ “Social Science: The Science of fake news”, Science; Vol 359, Issue 6380; 09 March 2018 <http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>.

¹² DAVID M. J. LAZER, MATTHEW A. BAUM, YOCHAI BENKLER, ADAM J. BERINSKY, KELLY M. GREENHILL, FILIPPO MENCZER, MIRIAM J. METZGER, BRENDAN NYHAN, GORDON PENNYCOOK, DAVID ROTHSCHILD, MICHAEL SCHUDSON, STEVEN A. SLOMAN, CASS R. SUNSTEIN, EMILY A. THORSON, DUNCAN J. WATTS, JONATHAN L. ZITTRAIN.

¹³ H. ALLCOTT, Perspect, 31.211 (2017).

¹⁴ Science 359.

¹⁵ <https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2017/04/facebook-and-information-operations-v1.pdf>.

¹⁶ Soroush Vosoughi, Deb Roy y Sinan Aral.

¹⁷ <https://www.gq.com.mx/actualidad/articulos/fake-news-verdad-mit-estudio/10702>.

bots¹⁸, y Facebook que al menos 60 millones de robots podrían estar infestando esas plataformas¹⁹. En todo caso, esos robots son responsables de una buena parte del contenido político publicado durante la campaña americana de 2016, de la misma manera que posteriormente trataron de influenciar los resultados de la campaña electoral francesa en 2017. Los robots también se emplean para manipular los algoritmos que se utilizan para predecir el resultado de las votaciones. En todo caso, al no existir datos científicos que permitan avalar legítimamente estas tesis, deben ser tenidas en consideración con los pertinentes reparos. En todo caso, lo cierto es que, a pesar de que las noticias falsas se han hecho virales en muchas ocasiones en las redes sociales, y podría llegar a hacerse una estimación de cuántas personas difundieron alguna noticia de este tipo, resulta más complejo determinar cuántas personas la leyeron efectivamente o se vieron realmente afectadas por ella, siendo más difícil todavía determinar el impacto real de esta exposición a las noticias falsas, y si tuvo finalmente, o no, influencia en el voto de las personas afectadas –por ejemplo–.

El impacto podría ser pequeño, precisamente por los esfuerzos desplegados en las campañas electorales para mitigarlos. Aunque también sería posible lo contrario, ya que la intermediación de las redes sociales en la difusión de noticias de este tipo podría acentuar el hecho de que una persona se identificase con el contenido de una noticia, precisamente por compartirla. No existe prácticamente ninguna evaluación científica del impacto de las noticias falsas a este respecto.

IV. LAS POSIBLES RESPUESTAS A ESTE FENÓMENO

Por parte de los autores del artículo de Science se proponen dos vías de acción frente a las noticias falsas. De una parte, lo que denomina “empoderamiento de los particulares” con el fin de que puedan evaluar, rechazar y bloquear las noticias falsas que encuentren. Y de otra, ciertos cambios estructurales para prevenir la exposición de los particulares a las noticias falsas, sea por la vía de la autorregulación o regulación normativa. A estas dos vías, cabría añadir una tercera, que es la actuación por los medios “tradicionales”, esto es, demandas o querrelas de los afectados frente a los autores de la información.

1. El empoderamiento de los particulares

Sobre la primera de esas tres medidas, se subraya, por ejemplo, la existencia de sitios web que permiten contrastar las informaciones publicadas en Internet, como son Politifact²⁰ y Snopes²¹. Ese tipo de herramientas permiten contrastar la información publicada en plataformas como Facebook con la de fuentes fiables como el Washington Post o el Wall Street Journal.

¹⁸ O. Varol et al., in Proceedings of the 11th AAAI Conference on Web and Social Media (Association for the Advancement of Artificial Intelligence, Montreal, 2017), pp. 280-289. Google Scholar.

¹⁹ J. WEEDON et al., Information operations and Facebook (Facebook, 2017); <https://fbnewsroom.files.wordpress.com/2017/04/facebook-and-information-operations-v1.pdf>.

²⁰ <https://www.politifact.com/>.

²¹ <https://www.snopes.com/>.

Sin perjuicio de la existencia de esas herramientas, desde el artículo se subraya lo limitado de su efectividad, debido a aspectos coyunturales de nuestra sociedad, como por ejemplo el hecho de que la gente tiende a no cuestionar la credibilidad de la información salvo que esta viole sus ideas preestablecidas o sean incentivados a ese cuestionamiento.

Los estudios también demuestran que las personas prefieren las informaciones que confirman sus convicciones, consideran las informaciones consistentes con sus ideas más creíbles que aquéllas que no lo hacen, y se inclinan a aceptar más la información que les complace que la que no. En el mismo sentido, el convencimiento de una persona sobre una determinada cuestión puede evitar que contraste los datos publicados en la noticia. También se ha demostrado que la gente tiende a recordar más la información que le hace sentir bien, que el contexto de esa información, y que normalmente se acepta como cierta la información que se conoce frente a la que no.

Asimismo, encuestas experimentales han demostrado que la percepción de la verdad aumenta cuando las informaciones erróneas se repiten, salvo que se produzca una corrección de las mismas.

Se indica como una fuente para conseguir la crítica de la información por parte de los receptores, la educación. Y en ese marco, se han promovido acciones para promover el pensamiento crítico tanto en las Escuelas americanas de educación primaria como secundaria²².

2. Las intervenciones mediante la detección y la intervención: algoritmos y robots

Las plataformas de Internet no sólo sacan partido económico de las noticias falsas, sino que también ofrecen herramientas para promoverlas.

Al menos el 47% de los americanos reconocen haber acudido a las redes sociales como fuente de noticias, siendo Facebook la más recurrente entre los encuestados. Según la ponencia llevada a cabo por el Congreso americano, Rusia fue capaz de manipular con éxito las elecciones de 2016.

No hay duda de que las plataformas podrían incorporar algoritmos o herramientas que evitasen la personalización de la información, o incluso su difusión, si se acredita que la misma es incierta. Algunas ya lo han intentado (Facebook, Twitter). Twitter, por ejemplo, bloqueó determinadas cuentas vinculadas con desinformación proveniente de Rusia durante la campaña presidencial de 2016, e informó a los usuarios de que estaban entre los destinatarios de esa información.

Desde luego, la fórmula para luchar contra las noticias falsas constituye un reto tanto para la Industria como para los gobiernos y los estudiosos en la materia. Existe una responsabilidad ética y social de las plataformas, que va más allá de las

²² El 6 de septiembre de 2016, el Estado de Washington publicó una circular dirigida a los centros educativos, a través de la cual se pretende proveer a los niños, educadores, tutores, profesores, etc. Para que aprendan a utilizar la tecnología de forma “ética, responsable y efectiva”.

fuerzas del mercado para contribuir en esta lucha y facilitar, asimismo, datos sobre las fake news.

Las medidas a implantar podrían ser tanto regulatorias como de autorregulación, y también cabría la actuación de los perjudicados frente a los sitios web en los que se publique esa información. Sobre estas medidas regulatorias y de autorregulación volveremos más adelante en este mismo artículo.

3. La concreta respuesta de los interesados frente a este tipo de publicaciones

I. Estado de la cuestión: balance entre derechos del art. 18 y 20 CE

Respecto del estado de la cuestión, hasta la fecha, y cuando el conflicto jurídico que se producía enfrentaba exclusivamente a un medio de comunicación, tradicional o digital, y a un particular, que invocaba la vulneración de sus derechos contenidos en el art. 18 CE, se venían aplicando a este tipo de conflictos los principios generales contenidos en el art. 20 CE y la jurisprudencia que ha interpretado la colisión de esos derechos con los del art. 18 CE. Y que, en resumidísimas cuentas, dispone que el derecho fundamental a la información es prevalente frente al resto de derechos del art. 18 CE —entre los cuales el derecho fundamental a la protección de datos— cuando la información que se difunde es veraz y de interés general y además la forma en que esa información se difunde es respetuosa en la forma en la que la misma se expresa.

En el presente supuesto, tratándose de noticias falsas, las mismas carecerían por definición de uno de los dos requisitos fundamentales para entender prevalente la libertad de información frente a los derechos del art. 18 CE, de tal forma que podrían accionarse los mecanismos tradicionales para la defensa de esos derechos y que son:

1) El derecho de rectificación, entendido como el derecho de toda persona natural o jurídica a dar su versión sobre la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Regulado mediante la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Deberá ejercitarse personalmente por la propia persona aludida o su representante, ante el Director del medio de comunicación y dentro de los siete días naturales posteriores a la publicación. La rectificación deberá ceñirse a los hechos que se quieren rectificar (no opiniones) y la extensión del escrito por el que se ejercita ese derecho no deberá superar el de la publicación que lo motivó. La jurisprudencia habla de una doble finalidad del derecho de rectificación, a saber: desde un punto de vista del interés personal, que el aludido por una información puede exponer en el mismo medio su versión de los hechos, y no tanto que se exprese la verdad de lo ocurrido o informado; y desde el punto de vista del interés general, que la colectividad conozca otra versión de los hechos informados, por lo que el derecho de rectificación, a pesar de su nombre, no trata tanto de cuestionar la información o corregirla sino de ofrecer más información sobre lo tratado por un medio en interés del aludido y de la propia colectividad para formarse una mejor opinión pública

(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 47/2011, de 28 de enero).

2) Ejercicio de los derechos consagrados en el art. 18 CE a través de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

A estos efectos sería relevante el primero de esos tres derechos (derecho fundamental al honor), cuya infracción requiere:

“La imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (artículo 7.7. Ley orgánica 1/82).

La jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales tiene establecido que en casos en los que se produce una colisión entre el derecho a la libre información y el derecho fundamental al honor de la persona aludida, será normalmente prevalente el primero frente al segundo si la información difundida tiene interés general y es veraz.

a) El requisito de la veracidad:

Por su parte, el requisito de la veracidad ha sido interpretado como sigue (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006):

“[E]ste Tribunal ha establecido una consolidada doctrina, resumida en la STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4, según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información”.

En cuanto al alcance de esa “diligencia exigible a un profesional de la información”, es también jurisprudencia reiterada de nuestros Altos Tribunales que:

“no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunica-

ción de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre [RTC 1992, 240], F. 7; 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 28], F. 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, y que aparecen recogidos en las citadas Sentencias. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible ‘adquirirá su máxima intensidad’, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre [RTC 1992, 240], F. 7; 178/1993, de 31 de mayo [RTC 1993, 178], F. 5; 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 28], F. 3; 192/1999, de 25 de octubre [RTC 1999, 192], F. 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992, 219], F. 5, 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 28], F. 3).

Según ese mismo cuerpo doctrinal, “también debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo ‘la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia’ o ‘la transmisión neutra de manifestaciones de otro’ (STC 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 28]). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240) y se reiteran en la STC 28/1996, de 26 de febrero (RTC 1996, 28): el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. (STC 21/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 21] F. 6) (STC 158/2003, de 15 de septiembre [RTC 2003, 158], F. 4)”.

Tratándose de noticias en las que el presupuesto de partida es la difusión de hecho falsos de forma masiva, en conexión con el BIG DATA y con efectos más allá de casos individuales o personales, no sólo nos encontraríamos en el ámbito de los derechos protegibles a la luz de las disposiciones de la LO 1/1982, sino muy probablemente también entremos dentro del ámbito del derecho penal.

II. *Ámbito del derecho penal*

Las conductas que desarrollan quienes publican y promueven noticias falsas podrían, muy probablemente y en determinadas circunstancias, encuadrarse en los tipos penales de calumnia e injuria, tipificados en los artículos 205 y 208 de nuestro código penal:

a. injuria, acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Sólo es delito la injuria grave, no considerándose grave la injuria que consista en la imputación de hechos salvo cuando se haya llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad CP art. 208.

b. Calumnia, imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad y temerario desprecio a la verdad; CP art. 205.

III. *Finalmente, y en cuanto a las previsiones relativas a la protección de datos de carácter personal*

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos establece en su art. 85 la necesidad de que los Estados miembros de la UE concilien por ley el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho a la libertad de expresión e información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria.

El objetivo de esta previsión es evitar esa eventual falta de equilibrio, debiendo hacerse esa conciliación “por Ley”, y ello considerando la realidad del enfoque que tanto desde los reguladores nacionales (Agencia Española de Protección de Datos), como desde la jurisprudencia y doctrina se ha dado al balance que es preciso llevar a cabo entre los derechos en conflicto.

Para hacer frente al fenómeno de las fake news, que no es un fenómeno nuevo pero sí tiene una intensidad nueva y desconocida, una materia en principio sectorial como lo es el derecho a la protección de datos puede ser relevante y servir de ayuda en la solución del problema.

Es fácil que las noticias falsas vengan referidas a personas individuales, en este caso residentes en la UE, sin que pueda dudarse de las implicaciones políticas, de seguridad, pero también económicas, que pueden tener este tipo de ataques.

- El conflicto es de suma importancia, ha sido objeto de alguna ponencia por parte de la Autoridad Europea de Protección de Datos e incluso por parte de la Comisión Europea puso en marcha el pasado 13 de noviembre una consulta pública sobre las noticias falsas y la desinformación en línea²³, creándose un grupo de expertos de alto nivel integrado por representantes de universidades, plataformas en línea, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil que contribuirán al desarrollo de una estrategia a escala europea dirigida a combatir la difusión de noticias falsas, que se presentará en la primavera de 2018.
- El VP ANSIP; responsable del Mercado Único Digital, manifestó en su momento la necesidad de «encontrar el equilibrio entre la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación y el derecho de los ciudadanos a acceder a una información fiable y diversificada. Todos los actores pertinentes, como las plataformas en línea o los medios de comunicación, deben desempeñar un papel en la solución»²⁴.
- Por su parte, Buttarelli –Supervisor europeo de protección de datos–, en una ponencia en Roma el día 14 de julio de

²³ https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_es.

²⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4481_es.htm.

2017, exponía como se trata ésta de una realidad que necesita respuestas, concluyendo que no es posible resolver problemas del futuro con instrumentos del pasado, motivo por el que, con base en el RGPD, proponía una solución que combinase política, respuestas jurídicas, soluciones técnicas innovadoras e incluso éticas.

- En cuanto a la aplicabilidad del contenido del RGPD a este tipo de supuestos, Buttarelli subrayaba como serían de aplicación y debían ser objeto de evolución:
- La forma en que se exigía responsabilidad a las plataformas y redes sociales y de mensajería instantánea, en el sentido de que pudiera ser posible hacer responsable al proveedor de la mayoría de las acciones, ya que controla las formas en las que la información puede difundirse, junto con la responsabilidad propia de los particulares. Indicaba que sería preciso superar la regla del “notice and take down”, de tal forma que si se detectase algún tipo de contenido ilícito Google, Facebook etc. Estarán obligados a retirarlo, no en base a códigos de conducta o acuerdos de voluntad como lo hacen ahora, sino por aplicación de los propios principios del RGPD.
- El anonimato, la posición de la Autoridad de protección de datos europea es que en las Redes no hay espacio para el anonimato, y que lo máximo a lo que podría aspirarse sería un “anonimato protegido”, entendido como la posibilidad de navegar de forma anónima pero siendo posible siempre y en última instancia la identificación real del autor de las informaciones.
- El cifrado de mensajes, en tanto que problema identificativo dentro de plataformas cerradas, y que sería tanto un problema de privacidad vs. Seguridad como un problema de Seguridad vs. Seguridad, debiendo dotar ya no tanto a las autoridades de protección de datos sino a la policía de herramientas eficaces para solucionar controversias en esta materia.
- La experiencia en la aplicación del derecho al olvido, que tras un boom justo tras la publicación de la Sentencia Costello ha demostrado tener un impacto asumible y ser

un instrumento que pudiera tener su impacto en el terreno de las fake news.

- Y finalmente la inmediatez con la que son precisas las reacciones, ya que muchas veces cuando se denuncia un contenido y este es retirado, en plazos cortísimos de tiempo, incluso inferiores a las 24 horas, el contenido ha sido ya visto por un gran número de personas, siendo preciso, como ya he dicho al principio, contribuir a la solución de este tipo de problemas con soluciones que combinen la política, el derecho, la técnica e incluso la ética, en palabras de Buttarelli, para afrontar realidades que existen y que deberán ir fraguándose a través del contenido del Reglamento, las Directivas de e-privacy, directrices de las Agencias, y jurisprudencia que interprete, caso por caso, supuestos como el descrito.
- Derecho de cancelación que desde la perspectiva del derecho al olvido, entendiendo que este último venía referido a noticias originalmente veraces, pero que han devenido inciertas o desactualizadas con el paso de los años.

V. MEDIDAS REGULATORIAS, EDUCATIVAS Y DE AUTORREGULACIÓN LLEVADAS A CABO POR LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El ejemplo francés

En Francia, se han propuesto combatir las noticias falsas con una ley. A tal efecto se ha promulgado la proposición de ley n.º 470 de 22 de marzo de 2017²⁵, para definir y sancionar las noticias falsas o fake news²⁶.

El texto propuesto es muy corto (12 folios de los cuales 8 son la exposición de motivos). Consta únicamente de una exposición de motivos y posteriormente de dos artículos a través de los cuales se añade al texto de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa, una sección 3 bis, que se incorporaría después de la sección 3 del capítulo VI del título II del libro II, rubricada “de la edición, de la difusión, de la reproducción o referencias a noticias falsas”.

En cuanto a la exposición de motivos:

- Parte de una referencia al contexto social y particularmente a las situaciones generadas durante el Brexit (junio 2016), elecciones presidenciales de EEUU (noviembre 2016), y debates parlamentarios en Alemania, Reino Unido y Estados Unidos.
- Alude al texto de la Ley sobre la libertad de prensa como una “piedra angular del sistema” y la denomina “texto sagrado”; menciona como el empleo del término “noticias

²⁵ Proposition de Loi, visant à définir et sanctionner les fausses nouvelles ou «fake news», <https://www.senat.fr/leg/ppl16-470.html>.

²⁶ Marc BASSETS, “Macron anuncia una ley contra las noticias falsas”, El País, 4 de enero de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/01/03/actualidad/1515002815_273219.html.



falsas” puede llevar a pensar que lo que se trate a través del texto propuesto sea imponer “noticias verdaderas” o “una verdad oficial”; argumentado que se trata más bien de reflexionar sobre nuestra capacidad para hacer frente a informaciones de “fiabilidad relativa”.

- Elogia el antiguo texto como muy útil para halla un equilibrio entre la libertad de expresión y la represión de los abusos pero expresa que es deber del legislador restaurar ese equilibrio y continuar modernizando y adaptando el texto de 1881.
- Procura evitar, imponiendo penas de prisión y multas que van desde los 15.000 a los 100.000 € y penas de cárcel de hasta cinco años, cuando concurren ciertas circunstancias agravantes, la puesta a disposición del público de noticias falsas, engañosas o destinadas a confundir, exigiendo mala fe por parte de la persona que la difunde. Exige a los intermediarios que verifiquen la fuente de las informaciones y asimismo apela a la ética profesional de los periodistas, y en particular a la Declaración de los derechos y deberes de los periodistas, adoptada en Múnich en 1971 y refrendada por periodistas franceses, alemanes, belgas, italianos, luxemburgueses y holandeses.
- Se consideran agravantes la pertenencia a banda organizada o si el comportamiento delictivo estuviese motivado por consideraciones monetarias o con objeto de obtener ingresos publicitarios.
- También se agrava la pena se la difusión de noticias falsas se hace por autoridad pública en el ejercicio de sus funciones; si se realiza por una empresa editora de prensa o agencia de prensa; o si se pretende engañar a los lectores empleando medios que busquen confundir las noticias con el aspecto empleado por otras editoras de prensa.
- El aspecto represivo no tiene necesariamente que ser el más eficaz en materia de lucha contra las publicaciones en redes, pero alude a que todos reconocemos que las noticias falsas deben combatirse, siendo la proposición de ley una de las propuestas para esa lucha.

El texto francés ha recibido críticas por parte de los responsables de los medios de comunicación que lo han calificado de “censura”²⁷.

2. El ejemplo alemán²⁸

En 2015, hackers rusos lograron penetrar el sistema informático del Parlamento Alemán y robaron emails y otros datos confidenciales. Entre sus objetivos se encontraba la oficina de la Canciller alemana Angela Merkel, y varios de sus colegas de partido. Fueron estos mismos ciberespías quienes se infiltraron en el Partido Democrático norteamericano un año después.

²⁷ <https://foreignpolicy.com/2018/05/29/macrons-fake-news-solution-is-a-problem/>.

²⁸ MORTSIEFER, M: “The German Battle with Fake News”, Readings, Eastern Europe and beyond, <http://www.eesc.lt/uploads/news/id1059/Readings%202018%201.pdf>.

Durante los 12 años en los que Merkel ha sido Canciller, ha tenido que hacer frente a ataques por parte del Kremlin y sus políticas.

En particular, las filiales alemanas de las empresas RT, Sputnik y NewsFront han insertado desinformación en el contexto informativo alemán. Esto se hace fundamentalmente a través de “social bots”, cuentas automáticas enmascaradas como si fueran personas que distorsionan el flujo informativo.

Igual o más importante aún es ayudar a los usuarios de estas plataformas a lograr discriminar entre lo que es falso y lo que no lo es para que no compartan o redifundan este tipo de información.

Uno de los casos más destacados en los que la desinformación dominó la opinión pública en Alemania se produjo durante dos semanas del mes de enero de 2016. En esas fechas, una chica alemana de raíces rusas y 13 años de edad, desapareció durante treinta días. Cuando reapareció, denunció que había sido violada por hombres de Oriente medio o norteafricanos. Aunque durante el curso del interrogatorio practicado por policías y profesionales de la seguridad inmediatamente reconoció que se había inventado la historia, la televisión pública rusa, incluyendo a RT y Sputnik, se hicieron eco de la noticia y distribuyeron la información falsa. Cuando la denuncia se archivó por parte de la policía alemana, buena parte de los ciudadanos rusos residentes en Alemania tomaron las calles de Berlín delante de las oficinas de la Canciller²⁹.

Este ejemplo, es ilustrativo del funcionamiento de las noticias falsas y de cómo las mismas logran manipular a la opinión pública, desestabilizando las democracias occidentales. Por ejemplo, la crisis de los refugiados se presentó como una invasión de Alemania por extranjeros salvajes que habrían convertido el país en un lugar inseguro para sus ciudadanos. Se creó un clima de resentimiento contra los inmigrantes y quebró la confianza de los ciudadanos en las instituciones políticas³⁰.

Según el Responsable de Seguridad de la Casa Blanca, H.R. McMaster, todos estos ataques forman parte de un intento de quebrar Europa y debilitar Occidente.

Con las elecciones presidenciales de 2017 en el horizonte, la Canciller Merkel decidió que debía atajar estas injerencias de Rusia, que describió como una amenaza directa a la seguridad alemana³¹. En palabras de la Canciller, “la democracia está estrechamente vinculada a la opinión pública. Si existen nuevas fórmulas de manipular a la opinión pública, veremos un nuevo tipo de democracia”.

²⁹ The “Lisa case”: Germany as a target of Russian disinformation; <https://www.nato.int/docu/review/2016/also-in-2016/lisa-case-germany-target-russian-disinformation/EN/index.htm>.

³⁰ AMANN, M., BECKER, M., BIDDER, B. *et al.*, “Russia’s Propaganda Campaign Against Germany”, in: Spiegel, [interactive], 2016, <http://www.spiegel.de/international/europe/putin-wages-hybrid-war-on-germany-and-west-a-1075483.html>.

³¹ “Democracy is all about public opinion. And if there are new ways to manipulate public opinion, then we will see a new type of democracy”. <http://www.spiegel.de/international/europe/putin-wages-hybrid-war-on-germany-and-west-a-1075483.html>.

A pesar de que el Gobierno alemán se mostró reticente, en un primer momento, a implantar medidas para atajar el conflicto, a medida que aumentaba el debate social en torno a las noticias falsas y el discurso del odio en 2015, el Ministro de Justicia alemán, Heiko Mass, apostó por encontrar una solución junto con las Plataformas y sobre la base de aplicar medidas de autorregulación. Se implantó un catálogo de medidas específicas sobre la base del cual se solicitó a las Plataformas la retirada de propaganda difamatoria y noticias falsas. Facebook se enfrentó a dos procedimientos judiciales en ese país, de tal modo que se comprometió a adoptar algún tipo de medida, desarrollando una herramienta que permite identificar las noticias falsas y reenviarlas a agencias de verificación externas, como en Alemania lo es Correctiv³². La Plataforma giraba a Correctiv la información detectada como potencialmente falsa, esa empresa la analizaba, y en función del resultado la información se devolvía a Facebook para su difusión o no. La implantación de este método tuvo un éxito moderado. Por parte de Correctiv se denunció que no conocía exactamente qué criterios de selección manejaba Facebook para seleccionar la información remitida, y por otro que, algunos posts verificados como falsos, no se retiraban a pesar de la solicitud formulada a la Plataforma. También se plantearon problemas sobre potenciales conflictos de intereses de los periodistas.

A la vista del fracaso de las medidas de autorregulación implantadas, por parte del Gobierno alemán se pensó en imponer otro tipo de soluciones. En ese contexto, el 30 de junio de 2017, tres meses antes de las elecciones federales, el Parlamento alemán aprobó una Ley denominada Network Enforcement Act³³, que entró en vigor el 1 de enero de 2018, y por la que las plataformas hacen frente a multas de hasta 5.000.000 € si no retiran el contenido que es “manifiestamente” ilegal en el plazo máximo de 24 horas desde que ese contenido es denunciado. Extendiéndose ese plazo a una semana en el caso de noticias más dudosas. Las Plataformas contrataron a moderadores para dar cumplimiento a esta obligación.

La Ley consta únicamente de tres artículos (el primero denominado: mejorar el cumplimiento de la Ley por parte de las plataformas de internet, que tiene a su vez cuatro secciones; el segundo, rubricado “enmienda a la Ley de telemedia” y el tercero, que dispone su entrada en vigor el 1 de octubre de 2017).

Esa norma, impone a los responsables de redes sociales con más de dos millones de usuarios en Alemania, la obligación de informar y retirar contenido ilegal, entendido como aquél susceptible de ser interpretado como tal a la luz del articulado del Código penal alemán. La información consistirá en la elaboración de informes semestrales en alemán que se publicarán en la Gaceta oficial o en su propio sitio web en el supuesto de que reciban más de cien reclamaciones al año vinculadas a los contenidos objeto de prohibición. Asimismo les impone la obligación de establecer un sistema sencillo y transparente que permita detectar, marcar y bloquear contenidos ilegales, y su retirada en determinados plazos en función de la gravedad y/o

transcendencia de lo publicado. Ese contenido deberá conservarse por la Plataforma durante diez semanas a los efectos de exigir las responsabilidades que pudieran corresponder a sus autores. Los procedimientos para llevar a cabo estas reclamaciones deberán ser sencillos y ser controlados por las autoridades administrativas.

A pesar de ser una iniciativa que buscaría, precisamente, atajar los males de las noticias falsas, lo cierto es que su aplicación ha suscitado a un amplio debate sobre si este tipo de medidas constituyen, o no, censura previa. Y también sobre si, en la hipótesis de que se generalizasen este tipo de normas, peligrarían las libertades de información y expresión si son finalmente los responsables de las redes sociales a quienes se les atribuye este rol de determinar lo que es verdad y lo que no. Además, al contemplarse la imposición de multas económicas de cuantía tan importante, surge también la duda sobre si las Plataformas retirarán los contenidos en exceso y por miedo a ser sancionadas.

3. Italia

En Italia también se han propuesto e implantado medidas para evitar el impacto cada vez mayor de este tipo de noticias falsas. Sin embargo, y en contraste con las iniciativas llevadas a cabo en países como Francia y Alemania, desde Italia se ha optado por un enfoque más educacional, optándose por dotar a las nuevas generaciones de instrumentos que les permitan distinguir las noticias falsas de las verdaderas³⁴. En noviembre de 2017, se lanzó un “proyecto de educación cívica digital para enfrentar la información falsa”³⁵, del que se beneficiarán unos 4 millones de estudiantes de las escuelas medias y superiores italianas. A través de esta iniciativa se pretende inculcar a los jóvenes el hábito de sólo compartir información que hayan verificado previamente y utilizar los recursos que pudieran estar a su alcance para comprobar la fiabilidad del autor de la información, la credibilidad del sitio web en el que se publica, a reconocer el estilo identificativo de las noticias falsas y a crear un blog o sitio web en el que puedan poner de manifiesto la falsedad de las noticias falsas que pudieran descubrir³⁶.

El proyecto fue presentado por la Ministra de Educación, Valeria Fedelini, quien en ese acto de presentación señaló que “los jóvenes de hoy no deben ser consumidores pasivos de tecnología, sino consumidores críticos y productores conscientes de información y conocimiento”.

Además de lo anterior, después de saltar a la luz pública que durante la campaña electoral de las elecciones generales de marzo de 2018 se habrían publicado una serie de noticias que

³⁴ https://www.nytimes.com/2017/10/18/world/europe/italy-fake-news.html?_r=0.

³⁵ Elisabetta Piqué, “Educación para combatir el peligroso fenómeno de las fake news”, La Nación, 9 de noviembre de 2017; <https://www.lanacion.com.ar/2080689-educacion-para-combatir-el-peligroso-fenomeno-delas-fake-news>.

³⁶ Suecia está llevando también a cabo una iniciativa similar a la italiana de educación en las escuelas: <https://www.regeringen.se/contentassets/acd9a-3987a8e4619bd6ed95c26ada236/informationsmaterial-starkt-digital-kompens-i-skolans-styrdokument.pdf>

³² <https://correctiv.org/>.

³³ [Netzdurchsetzungsgesetz, NetzDG https://www.germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245](https://www.gesetz.de/gesetz/69473-NetzDG).

pretenderían influenciar a la opinión pública, el Partido Democrático de Italia presentó un Proyecto de Ley en el que se impondrían multas de hasta 5 millones de euros contra quien emita noticias falsas, proyecto que ha sido rechazado por los partidos de derecha como la Liga Norte y el populista Movimiento 5 Estrellas³⁷.

VI. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde el ámbito comunitario también se está procurando dar respuesta al fenómeno de las *fake news*, que si bien ha existido desde siempre, comenzó a suponer una preocupación importante en nuestro entorno desde el año 2015 en adelante.

Ya hemos señalado como este fenómeno ha logrado manipular la opinión pública no sólo en materia política (elecciones presidenciales USA, Brexit o Cataluña), sino también en cuestiones sociales (vacunas, inmigración, seguridad, coronavirus), y de otra índole. Avivó también el debate la confirmación, por parte de Facebook a la Comisión Europea, a principios de abril de 2018, de la filtración de “datos procedentes de 2,7 millones de ciudadanos de la Unión Europea (UE) a la consultora política Cambridge Analytics”³⁸. Todos estos casos llevaron a Bruselas a estudiar con urgencia cuál es el mejor modo de enfrentarse a las “fake news”.

1. La creación de la “East Stratcom Task Force”

La primera iniciativa de la Unión Europea en el campo de la desinformación y de las noticias falsas se produjo en el mes de marzo del año 2015, cuando el Consejo Europeo encargó a la Alta Representante de cooperación con las Instituciones Europeas y los Estados miembros que propusiera un plan de acción de comunicación estratégica para combatir las informaciones falsas provenientes de Rusia.

El Consejo Europeo también propuso el establecimiento de un equipo de comunicación, como “primer paso” en esta dirección, creándose un grupo de trabajo denominado “East Stratcom Task Force”³⁹, dependiente del Alto Comisionado para la Política Exterior Europea –y del Servicio Europeo de Acción Exterior– y con base en Bruselas. Cuyas tareas serían: 1) desarrollar productos de comunicación y campañas destinadas a la mejor comprensión de las políticas europeas a los países del este (Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania)⁴⁰. Para alcanzar este objetivo, coopera tanto con las Instituciones Europeas como con las delegaciones de la Unión Europea en esos países; 2) también colabora con las políticas de la Unión Europea tendentes a fortalecer la presencia de los medios en esas regiones; 3)

analiza e informa de las tendencias desinformativas provenientes de Rusia, que explica y corrige, además de advertir sobre esa desinformación, elaborando semanalmente informes.

Ese grupo está compuesto por catorce profesionales, reclutados de las Instituciones Europeas y Estados miembros. Esas personas tienen distintos perfiles profesionales y hablan varios idiomas, entre los cuales el ruso. El producto más importante que producen, y que se ponen a disposición de líderes políticos, servicios de prensa, delegaciones de la UE, y Estados miembros son los aludidos informes semanales sobre noticias falsas (“Weekly Disinformation Review”), reunidos en la web <https://euvsdisinfo.eu/disinfo-review/>, donde pueden consultarse.

En esa página existe también una base de datos en la que se recogen todas las noticias detectadas como falsas por ese Grupo de trabajo desde su puesta en funcionamiento en 2015, y que ha ido creciendo con miles de casos individuales. La herramienta permite buscar empleando como criterios un determinado intervalo temporal, una lengua concreta, o una determinada fuente, así como mediante palabras clave⁴¹. La casuística de esas noticias es variadísima, y va desde informaciones relativas a la Alemania de Merkel, la guerra de Siria, el terrorismo islámico, las Naciones Unidas, LGTBI fobia, el envenenamiento de Amesbury, estadísticas falsas, Brexit, Cataluña⁴², etc.

Sobre el referéndum catalán y la delicada situación política española, el East Stratcom Task Force también ha detectado ejemplos “de desinformación para tratar de desestabilizar la situación tras el referéndum en Cataluña” como “las declaraciones del líder socialista moldavo Bogdan Tirdea a través de su Facebook el pasado 2 de octubre” asegurando que “funcionarios de la UE apoyaron la violencia en Cataluña” o la información difundida en el principal programa televisivo ruso en el canal 1 afirmando que “la respuesta lógica de Europa sobre el referéndum en Cataluña debería haber sido reconocer la independencia y bombardear Madrid”⁴³.

En octubre de 2016, el Parlamento Europeo publicó una Resolución sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda de terceros en su contra (2016/2030(INI))⁴⁴, en la que “elogia la importante labor realizada por el Grupo especial sobre comunicación estratégica de la Unión” y pide que éste se refuerce, “dotándolo del personal y de los recursos presupuestarios adecuados” y solicitando “una cooperación reforzada entre los servicios de inteligencia de los Estados miembros con el fin de evaluar la influencia que ejercen los terceros países que buscan minar los fundamentos y valores democráticos de la Unión”.

³⁷ https://www.abc.es/internacional/abc-alarma-italia-sobre-invasion-fake-news-201711271505_noticia.html.

³⁸ http://euroefe.euractiv.es/5533_dosieres/5271307_fake-news-y-como-la-ue-lucha-contra-la-desinformacion.html.

³⁹ https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/2116/questions-and-answers-about-the-east-stratcom-task-force_en.

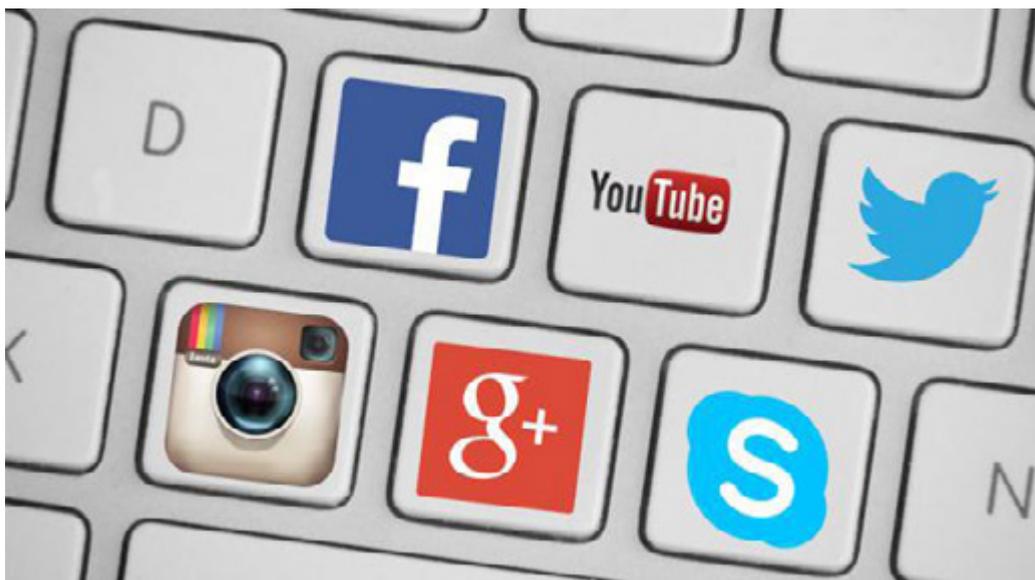
⁴⁰ A estos países se añadió, en el verano de 2017, un grupo responsable de la estrategia en el Sur de Europa y en los Balcanes: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-mogherini-pide-gobiernos-europeos-mas-recursos-atajar-propaganda-desinformacion-rusa-20171113113831.html>.

⁴¹ <https://euvsdisinfo.eu/disinformation-cases/?offset=10>.

⁴² https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510166614_571653.html.

⁴³ Fuente: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-mogherini-pide-gobiernos-europeos-mas-recursos-atajar-propaganda-desinformacion-rusa-20171113113831.html>.

⁴⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0290+0+DOC+XML+V0//ES>.



En marzo de 2017, varios expertos europeos en seguridad, historiadores y juristas escribieron una carta abierta⁴⁵ a la Alta Representante de Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea, Federica Mogherini, pidiendo se reforzase el presupuesto del Grupo de Trabajo.

En una reunión de Ministros de exteriores de la UE celebrada el 13 de noviembre de 2017, Mogherini, solicitó a los Gobiernos de los Estados miembros que destinen más recursos humanos y presupuesto a contrarrestar estas campañas de propaganda y desinformación de Rusia para desestabilizar la Unión Europea, sin que desde entonces y hasta la fecha, este Grupo de trabajo haya podido calmar la inquietud de las instituciones europeas y países miembros precisamente por su falta de envergadura para afrontar la situación de forma global.

2. Otras acciones por parte de las Instituciones comunitarias

A finales del año 2016, coincidieron en el tiempo declaraciones del Presidente de la Unión Europea, Jean-Claude Juncker, y del entonces Presidente del Parlamento Europeo, Martín Schulz, sobre la necesidad de actuar con contundencia contra la proliferación de noticias falsas en redes sociales, con el fin de salvaguardar la credibilidad de los medios y defender la democracia.

Juncker manifestó entonces que “Facebook y Google deben desarrollar” “en su propio interés” “sistemas para combatir este tipo de informaciones falsas, ya que la credibilidad debería ser su mayor capital”⁴⁶. “Las redes sociales deben asumir como corresponde su obligación de luchar contra manipulaciones”, prosiguió Juncker, quien advirtió que “vamos a controlar con rigor cómo se implementan las medidas oportunas en esa dirección”.

En el mismo sentido se pronunciaron también en ese momento temporal la Canciller Merkel, el ministro de Justicia alemán,

Heiko Maas, y Thomas Oppermann, presidente del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD), quienes hicieron un llamamiento a jueces e investigadores para que persigan penalmente a quienes difundan noticias falsas y de odio en las redes sociales alemanas⁴⁷.

Unos meses más tarde, en el mes de abril de 2017, tuvo lugar en el Parlamento Europeo un debate sobre incitación al odio, populismo y propagación de noticias falsas en redes sociales, en el que los eurodiputados discutieron como puede responder la UE a estos fenómenos para evitar interferencias en el proceso democrático, sobre todo en las elecciones⁴⁸.

En ese debate, los europarlamentarios expresaron su preocupación ante la situación pero no alcanzaron un consenso sobre cuál sería la mejor vía para abordar la proliferación de noticias falsas en la web.

En el mes de junio de 2017, se aprueba la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, *sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI))*⁴⁹, en la que los Miembros del Parlamento Europeo destacan “la importancia de actuar contra la divulgación de noticias falsas” pidiendo “a las plataformas en línea que faciliten a los usuarios herramientas para denunciar las noticias falsas, de manera que se pueda informar a otros usuarios de que se ha puesto en entredicho la veracidad de los contenidos” y señala al mismo tiempo “que el libre intercambio de opiniones es un elemento fundamental de la democracia y que el derecho a la privacidad también se aplica a los medios sociales”, destacando “el valor de la libertad de prensa en relación con la facilitación de información fiable a los ciudadanos”. En ese contexto, pide a la Comisión “que analice en profundidad la situación actual y el marco jurídico en lo relativo a las noticias falsas y que examine si es posible utilizar la vía legislativa para limitar la difusión y propagación de contenidos falsos”.

⁴⁷ <https://confilegal.com/20161220-alemania-se-pone-dura-facebook/>.

⁴⁸ <http://www.europarl.europa.eu/news/es/agenda/briefing/2017-04-03/6/incitacion-al-odio-populismo-y-noticias-falsas-debate-en-el-pleno>.

⁴⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0272+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁴⁵ <https://www.europeanvalues.net/mogherini/>.

⁴⁶ <https://www.efe.com/efe/america/portada/juncker-insta-a-actuar-con- contundencia-ante-las-falsas-noticias-en-internet/20000064-3134031>.

Seguidamente, en el mes de agosto de 2017, el Parlamento Europeo presentó una “Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el nuevo grupo de trabajo europeo contra las noticias falsas (*fake news*)”, a través de la cual “pide a la Comisión que proceda con determinación hacia un nuevo marco legislativo sobre noticias falsas e incitación al odio, que abarque un tipo de responsabilidad de los gestores de plataformas en línea que sea compatible con la libertad de expresión, pero sin exonerar al proveedor de los controles necesarios y técnicamente posibles”, y ello teniendo en cuenta: a) “el carácter evidentemente sensible que revisten las cuestiones que son objeto de noticias falsas, en su mayoría relacionadas con la xenofobia, el nacionalismo y la islamofobia, sin olvidar la importancia cultural del fenómeno”; b) “la experiencia de organizaciones públicas y privadas en la tarea de desmontar mitos, así como de los grupos de presión, en Europa y en el extranjero, que han obtenido resultados, por lo general, poco satisfactorios o bien limitados solo a algunos aspectos del problema”; y c) la voluntad en el sentido de establecer ese grupo de trabajo expresada por Mariya Gabriel, comisaria de Economía y Sociedad Digitales, “con el fin de crear un enfoque común a escala europea mediante la armonización de las iniciativas individuales de los Estados miembros”⁵⁰.

El 13 de noviembre de 2017⁵¹ la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre “noticias falsas y desinformación online”, y puso en funcionamiento un Grupo de alto nivel en el que reunió a representantes de medios de comunicación, plataformas digitales, investigadores y grupos de la sociedad civil para consultarles sobre posibles soluciones al problema. El trabajo del grupo de expertos de alto nivel, así como los resultados de la consulta pública, contribuirían al desarrollo de una estrategia a escala europea dirigida a combatir la difusión de noticias falsas, que se presentaría en la primavera de 2018. A todas estas iniciativas se sumaría una encuesta del Eurobarómetro para conocer la opinión de los ciudadanos europeos⁵²:

⁵⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2017-0501+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁵¹ Al respecto de la puesta en marcha de esas medidas, se pronunciaron el vicepresidente primero de la Unión Europea, Frans Timmermans, el vicepresidente responsable del Mercado Único Digital, Andrus Ansip, y la comisaria responsable de Economía y Sociedad Digital, Mariya Gabriel.

Timmermans declaró: «La libertad de recibir y difundir información, así como el pluralismo de los medios de comunicación, están consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vivimos en una época en la que el flujo de información y de desinformación ha adquirido una dimensión casi abrumadora. Por esta razón, debemos proporcionar a nuestros ciudadanos los instrumentos necesarios para detectar las noticias falsas, poder tener mayor confianza en los medios en línea y gestionar la información recibida».

Andrus Ansip, añadió lo siguiente: «Tenemos que encontrar el equilibrio entre la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación y el derecho de los ciudadanos a acceder a una información fiable y diversificada. Todos los actores pertinentes, como las plataformas en línea o los medios de comunicación, deben desempeñar un papel en la solución».

Por su parte, Mariya Gabriel, afirmó: «El eje de mi actuación es la defensa del derecho de los ciudadanos a tener acceso a una información de calidad, piedra angular de nuestras democracias. Para abordar este complejo fenómeno, quiero impulsar un debate amplio y franco sobre las noticias falsas, a fin de superar los retos que tenemos ante nosotros».

⁵² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-results-eurobarometer-fake-news-and-online-disinformation>.

a) Consulta pública sobre noticias falsas y desinformación en línea

Ya se ha explicado cómo el 13 de noviembre de 2017, la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre noticias falsas y desinformación en línea. La consulta estaba abierta hasta el 23 febrero 2018, e iba destinada a Ciudadanos; Plataformas de redes sociales; Prensa (organismos de radiodifusión, prensa escrita, agencias de noticias, medios de comunicación online y verificadores de datos); Universidades; y organizaciones de la sociedad civil.

Su objeto era “ayudar a evaluar la eficacia de las medidas en curso adoptadas por los operadores del mercado y otras partes interesadas”, así como “la necesidad de intensificarlas e introducir nuevas medidas para hacer frente a los diferentes tipos de noticias falsas”. Para ello, la Comisión recabó información sobre tres aspectos⁵³: 1) Definición de información falsa y su divulgación en línea; 2) Evaluación de las medidas tomadas por plataformas, medios de comunicación privados y organizaciones de la sociedad civil para luchar contra la divulgación de información falsa en línea y 3) Alcance de futuras actuaciones para reforzar la calidad de la información y evitar la propagación de la desinformación en línea.

La consulta pública recibió un total de 2986 respuestas, 2784 de particulares y 202 de distintas organizaciones. El mayor número de respuestas se recibió de Bélgica, Francia, Reino Unido, Italia y España, con alta participación de Lituania, Eslovaquia y Rumanía.

Los resultados preliminares de esa consulta pública se publicaron en el mes de marzo de 2018⁵⁴, sin perjuicio de que la Comisión llevase a cabo un estudio más profundo de esas respuestas.

Las conclusiones más importantes alcanzadas tras el análisis de esos resultados son:

- Las dos categorías más destacadas de noticias falsas con intención de manipular a la opinión pública que perciben los participantes en la consulta son las materias vinculadas a la política- fundamentalmente elecciones en todas sus modalidades- (75% de las respuestas) y las políticas en materia de inmigración (74%)⁵⁵.
- En cuanto a las vías por las que se difundirían estas noticias falsas, las redes sociales son las que, de lejos, las primeras en transportar este tipo de informaciones (78% de las respuestas), seguidas de cerca por blogs y foros (73%). Un poco más de la mitad de las respuestas apuntan también a las plataformas de compartición de videos como la tercera fuente de noticias falsas (51%), seguida de amigos y familia (44%). Más de un tercio de las respuestas (37%) aludían a la existencia de estas respuestas en perío-

⁵³ https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_es.

⁵⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/summary-report-public-consultation-fake-news-and-online-disinformation>.

⁵⁵ Asuntos políticos, inmigración, salud y seguridad.



dicos digitales, agregadores de noticias (26%), televisión (22%), periódicos y prensa tradicional (20%), siendo la radio (10%) y las agencias de noticias los medios considerados más fiables (9%).

- Los métodos más eficaces para contrarrestar las noticias falsas serían las herramientas implantadas por las plataformas digitales y la intervención de voluntarios, quienes señalarían la existencia de un contenido falso y lo enviarían a revisar por parte de terceros.
- Tres cuartas partes de las respuestas señalaban que los mecanismos a través de los cuales los particulares podrían denunciar estas informaciones falsas no serían suficientemente claros.
- En cuanto a las medidas para contrarrestar estas informaciones, se señaló en primer término la educación de los destinatarios, en segundo lugar la cooperación para detectar y eliminar estos contenidos; calificar la información disponible en la web según mayor o menor su credibilidad; eliminar la publicidad en los sitios web en los que se difundan noticias falsas, con el fin de ahogarlos económicamente, y finalmente, mayor transparencia sobre el funcionamiento de los algoritmos que replican esa información por parte de las plataformas.
- También se consideró positiva la eventual creación de un observatorio independiente, como centro de estudio, divulgación e información sobre qué hacer con las noticias falsas.

Estos resultados se emplearían para la publicación de una comunicación sobre noticias falsas y desinformación en línea, a publicar en la primavera de 2018.

b) *El Grupo de expertos de alto nivel en noticias falsas y desinformación en línea*

En enero de 2018, la Comisión Europea formó un grupo de expertos de alto nivel (GWAN, en inglés HLEG), para que le aconsejase sobre posibles iniciativas para luchar contra las noticias falsas y la desinformación en línea.

El grupo estaba compuesto por 39 expertos, quienes a su vez representaban a la sociedad civil, plataformas digitales, medios

de prensa digital y escrita, periodistas, organizaciones y universidades. La Presidencia de ese grupo de expertos la ejercería la profesora Madeleine de Cock Buning.

En marzo de 2018 se publicaron los resultados de ese estudio⁵⁶, que reúne más de 20 propuestas que se engloban en cinco bloques:

1. Mejorar la transparencia en las informaciones y los anuncios de los diarios digitales.
2. Enseñar en las escuelas materias sobre comprensión de la información y el funcionamiento de los medios de comunicación.
3. Empoderar a consumidores de información y periodistas dotándoles de herramientas de fact-checking (a los consumidores) y de recursos y dinero (a los periodistas).
4. Apoyar la diversidad y sostenibilidad del ecosistema de medios de comunicación de cada país inyectando fondos a sus gobiernos para que estos los distribuyan.
5. Promover el estudio continuado del impacto de este tipo de informaciones mediante plataformas para su investigación.

Los expertos designados proponen en su informe la elaboración de un código de principios que las plataformas en línea y las redes sociales deban respetar. Para garantizar la transparencia, el estudio incide en que las plataformas digitales “deberían explicar cómo seleccionan sus algoritmos las noticias” que muestran, a la vez que convendría “mejorar la visibilidad de las noticias fiables y fidedignas y facilitar el acceso a ellas por parte de los usuarios”, en cooperación con los medios de comunicación.

El estudio presentado a la Comisión hace hincapié en la necesidad de implicar a todas las partes interesadas en cualquier acción eventual, incluidas las plataformas en internet y las redes sociales, y recomienda “en primer lugar y ante todo” un enfoque de autorregulación.

La Prof. Cock Buning ha incidido en ese estudio en la necesidad de “promover la alfabetización mediática a fin de contrarrestar la desinformación” y en la de “desarrollar instrumentos que empoderen a usuarios y periodistas para hacer frente” a este fenómeno.

Asimismo, el informe recomienda “proteger la diversidad y la sostenibilidad de los medios informativos europeos y proseguir la investigación sobre los efectos de la desinformación en Europa”. Medidas especialmente importantes en el período previo a un proceso electoral, debido al impacto de la desinformación en el funcionamiento de los sistemas democráticos⁵⁷.

⁵⁶ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

⁵⁷ <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-grupo-expertos-fake-news-designado-bruselas-reclama-mayor-transparencia-plataformas-linea-20180312180149.html>.

c) *Los resultados del Eurobarómetro sobre noticias falsas y desinformación en línea*⁵⁸

La encuesta del Eurobarómetro sobre noticias falsas y desinformación en línea se llevó a cabo por “TNS⁵⁹” en 28 Estados miembros de la Unión Europea entre el 7 y el 9 de febrero de 2018. Se encuestó telefónicamente –a través de teléfonos fijos y móviles– a un total de 26.576 personas de diferentes grupos sociales y demográficos, en su lengua nativa, por encomienda de la Dirección General de Comunicaciones, Contenido y Tecnología de la Comisión Europea.

El resultado de esa encuesta del Eurobarómetro sobre “Fake news y desinformación online” se publicó en febrero de 2018.

Las principales conclusiones alcanzadas en el mismo son las que siguen:

- Los participantes en la encuesta confían menos en la información *online* que en la que reciben de fuentes y medios tradicionales.
- Mas de un tercio de los participantes dicen encontrarse con noticias falsas al menos una vez a la semana.
- Una amplia mayoría de los encuestados opina que la existencia de las noticias falsas es un problema en su país y para la democracia en general.
- Se confía menos en los medios digitales. El medio de comunicación en el que más se confía es la radio.
- La mayoría de los encuestados creen poder reconocer una noticia falsa.
- Periodistas, medios de comunicación, autoridades nacionales y los propios ciudadanos son, en una u otra medida, responsables del fenómeno, según los encuestados.

d) *La Comunicación de la Comisión Europea: “Abordando la desinformación en línea: el enfoque europeo”*

Teniendo en cuenta los resultados de la Consulta pública, el Informe del Grupo de expertos y la encuesta del Eurobarómetro, la Comisión Europea publicó, el 26 de abril de 2018, una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las regiones titulada: “Abordando la desinformación en línea: un enfoque europeo”⁶⁰.

Como acertadamente resume ROUCO, F, en su artículo “Las noticias falsas son solo la superficie del problema”⁶¹, la Comisión Europea anunció en esa Comunicación que, desde el momento de su publicación y con el objetivo de acabar con la

desinformación antes de las elecciones europeas de mayo de 2019, daría prioridad a tres medidas:

1. La primera es crear un Código de Buenas Prácticas sobre Desinformación. Una guía de buenas prácticas y mecanismos para combatir la desinformación a partir del diálogo entre medios, plataformas digitales, investigadores y verificadores, que iba a publicarse inicialmente en julio y finalmente se publicó el 26 de septiembre de 2018⁶².
2. La segunda medida es formar una red europea independiente de verificadores o fact-checkers, integrada por miembros europeos de la ya existente International Fact-Checking Network, que está auspiciada por Poynter desde 2015⁶³. El objetivo de esta red independiente es vigilar y perseguir las noticias fraudulentas.
3. La tercera medida urgente de la CE es establecer un organismo de estudio y análisis sobre la desinformación, una plataforma con tintes académicos para apoyar a verificadores e investigadores.

En resumen, la Comisión promoverá un ecosistema digital basado en la transparencia y que dé prioridad a la información de calidad, empoderando a los ciudadanos en contra de la desinformación, y protegiendo nuestras democracias y el proceso de elaboración de las leyes. La Comisión, solicita la participación en estos objetivos de sus principales actores, solicitándoles participen en resolver estos problemas de forma adecuada. La Comisión considera que las medidas propuestas en esa Comunicación, implementadas de forma efectiva, contribuirán materialmente a luchar contra la desinformación en línea. No obstante, la Comisión anuncia asimismo en esa Comunicación que continuará trabajando en esta área, y particularmente, que en diciembre de 2018 informará sobre los progresos alcanzados en la materia. También se abordará la necesidad, o no, de llevar a cabo medidas adicionales a las propuestas en ese documento.

e) *El Código de buenas prácticas sobre desinformación en línea*

En el mes de octubre de 2018, representantes de las plataformas de Internet, redes sociales, anunciantes e industria publi-

⁶² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

El Código pretende establecer distintos compromisos que permitan alcanzar los objetivos establecidos en la Comunicación de la Comisión. Incluye un anexo de “buenas prácticas” que abarcarían desde la transparencia en la publicidad política hasta el cierre de cuentas falsas y la desmonetización de proveedores de desinformación.

El 16 de octubre de 2018, las compañías Google, Facebook, Mozilla y Twitter presentaron planes de acción individuales con acciones concretas explicando qué herramientas pretenden implantar para luchar contra la desinformación antes de las Elecciones Europeas de 2019.

Esas hojas de ruta individuales pueden consultarse en la siguiente dirección de Internet:

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/roadmaps-implement-code-practice-disinformation>.

⁶³ Esas *hojas de ruta* establecen un *iter* que comienza con la revisión del cumplimiento de los compromisos alcanzados en el código (octubre 2018) y terminaría en el otoño de 2019 con una revisión de su efectividad y conclusiones que puedan extraerse de la lección práctica que supondrá la aplicación del Código durante las Elecciones Europeas de 2019.

<https://www.poynter.org/tags/international-fact-checking-network>.

⁵⁸ <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/flash/surveyky/2183>.

⁵⁹ <http://www.tnsglobal.com/work-for-us/global-practices/political-social>.

⁶⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-tackling-online-disinformation-european-approach>.

⁶¹ ROUCO, F “Las Noticias falsas son sólo la superficie del problema”: <https://telos.fundaciontelefonica.com/noticias-falsas-problema-fake-news/>.



VII. LAS RECOMENDACIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO FRENTE A LA PROPAGANDA Y LA DESINFORMACIÓN

La negativa de la Comisión Europea de legislar contra las noticias falsas y las injerencias procedentes, sobre todo, de Rusia, llevó a un grupo de eurodiputados de diversos países, entre ellos España, a plantear a sus Gobiernos la necesidad de buscar una vía alternativa que impidiera que en las elecciones de 2019 el grupo populista, xenófobo e independentista creciera en el Europarlamento hasta dejarlo en un peligroso estado de bloqueo.

Esa iniciativa se ampararía en los artículos 74 y 76 del TUE, según el cual un cuarto de los Estados miembros puede legislar aduciendo la necesidad de una mejor coordinación administrativa. Al parecer, y según publica el diario El País, algunos europarlamentarios intentaron que la acción de un 25% de los Estados miembros obligase a la Comisión a tomar medidas urgentes respecto a las “Fake News”⁶⁴.

Como continuación a aquella iniciativa, en el mes de marzo de 2019, el Parlamento Europeo publicó una Recomendación “a la vicepresidenta de la Comisión / alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y al Consejo de hacer un balance del seguimiento realizado por el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) dos años después del informe del PE sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda en su contra por parte de terceros”⁶⁵, en la que se daban una serie de consejos tendentes a garantizar la libertad de información y expresión y el pluralismo de los medios de comunicación, así como sugerir la elaboración de un marco jurídico, tanto a escala de la Unión como internacional, para hacer frente a lo que denominan “amenazas híbridas”, incluida la “guerra cibernética y de la información”, que permita “una respuesta firme por parte de la Unión e incluya también sanciones selectivas contra los responsables de organizar y realizar esas campañas”.

En ese texto se insta asimismo a los Estados miembros a invertir proactivamente en medidas educativas destinadas “a explicar las diferentes formas de producir y difundir la desinformación con el fin de mejorar la capacidad de los ciudadanos para detectar este fenómeno y responder a él”, y a “que sensibilicen a la opinión pública acerca de las campañas de desinformación de Rusia, ya que constituye la principal fuente de desinformación en Europa”.

O a que “regulen las acciones de las empresas de medios sociales, los servicios de mensajería y los proveedores de motores de búsqueda, y garanticen su plena transparencia y, en particular, **su responsabilidad**, adoptando un enfoque a escala de la Unión y haciendo posible revelar la identidad y la localización no solo de los autores, sino también de los promotores de los contenidos políticos publicados, y que obliguen a las empresas a responsabilizarse del impacto social de los sistemas automáticos de recomendación que fomentan la des-

citaria, firmaron un Código de buenas prácticas sobre desinformación en línea que constituye el primer instrumento de autorregulación implementado para abordar la cuestión de la desinformación en línea y las noticias falsas.

Por primera vez, la industria ha acordado normas de autorregulación para luchar contra la desinformación. El Código persigue precisamente lograr los objetivos de la Comunicación de la Comisión aludida en el apartado anterior mediante el establecimiento de una amplia gama de compromisos, desde la transparencia en la publicidad política hasta el cierre de cuentas falsas y la desmonetización de los proveedores de desinformación.

El Código incluye un anexo que identifica las que se denominan “mejores prácticas” y que los firmantes (Facebook, Google, Twitter, Mozilla, Microsoft, anunciantes e industria publicitaria), aplicarán para poner en práctica esos compromisos.

A pesar de que la Comisaria para la Sociedad de la información, Mariya Gabriel, aplaudió la aprobación del Código, el mismo ha sido puesto en cuestión por una buena parte de los integrantes del Grupo de expertos de alto nivel, que consideran la autorregulación una medida insuficiente.

En enero de 2019 se presentó por parte de los firmantes del código un informe sobre el estado de las medidas puestas en marcha para cumplir con los compromisos adoptados en ese Código de Buenas Prácticas sobre Desinformación.

Adicionalmente, entre enero y mayo de 2019, la Comisión Europea llevó a cabo un seguimiento específico de la implementación de esos compromisos, y particularmente en cuanto venía referido a la integridad de las elecciones al Parlamento Europeo.

En particular, la Comisión solicitó a Google, Twitter y Facebook que informaran mensualmente sobre las acciones puestas en funcionamiento para garantizar la transparencia de la publicidad política y las medidas tomadas para desactivar cuentas falsas y el uso malicioso de bots. La Comisión publicó los informes recibidos durante esos cinco meses junto con su propia evaluación (enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2019).

Se espera una evaluación de la Comisión sobre la efectividad del Código tras sus doce primeros meses de aplicación, y que analizará todos los compromisos del Código, incluidos los compromisos de los firmantes para empoderar a los consumidores y a los investigadores.

⁶⁴ https://elpais.com/internacional/2018/04/15/actualidad/1523786863_641545.html.

⁶⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0187_ES.html.

información, subrayando que las empresas tienen la responsabilidad de retirar rápidamente las noticias falsas sistémicas”.

Todo ello entre otras medidas de vigilancia y control de campañas de desinformación, sobre todo en el contexto de los procesos electorales y publicidad política.

VIII. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA

En España⁶⁶, los primeros pasos que ha dado el Gobierno para limitar la desinformación han ido dirigidos hacia la regulación. La propuesta más mediática la anunció el grupo Parlamentario Popular en el Congreso, una Propuesta No de Ley para crear “medidas de acción que garanticen la detección de esas informaciones (se refiere a las falsas) en base a un buen método para identificarlas y su ‘sellado’ o descalificación como potencial noticia falsa ante el ciudadano”. La identificación de las noticias falsas, así como el “sellado”, serían competencias de un organismo independiente. Esta iniciativa del PP pretendía sumarse a otra en activo: una comisión de Defensa del Congreso centrada en la ciberseguridad, en funcionamiento desde 2016. Finalmente, la propuesta popular, que contó con el apoyo de Ciudadanos, fue bloqueada por PSOE y Unidos Podemos.

La medida que sí tuvo continuidad fue una nueva iniciativa del PP, motivada otra vez por Defensa, en forma de comisión

⁶⁶ Rouco, F: en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/noticias-falsas-problema-fake-news/> ya citado.

del Congreso para el estudio de las noticias falsas. Esta propuesta contó con el apoyo de todos los grupos salvo de Unidos Podemos. Aunque se desconocen cuáles serán los objetivos concretos de la nueva comisión, sí se hicieron públicas las características del organismo: el Congreso no registrará sus reuniones, sus actas no serán públicas, no tendrá capacidad legislativa alguna y, cuando finalice su actividad, no publicará sus conclusiones.

La postura del Gobierno español en pro de la regulación, táctica que no se dibuja en la estrategia de la Comisión Europea pero sí en otros estados miembros como Alemania o Francia, ha recibido críticas desde asociaciones de periodistas y medios españoles. Es frecuente que este tipo de iniciativas despierten recelos de los periodistas y susciten un vivo debate sobre los peligros para la democracia de medidas de este tipo. En particular en este caso, la FAPE valoró en un comunicado que la propuesta de la comisión del PP –la primera– “sólo serviría para restringir y coartar la libertad de información” y que el “único control que debe tener un periodista es su código deontológico”⁶⁷.

El Gobierno socialista de Pedro Sánchez, que gobierna en España desde junio de 2018, no ha realizado ninguna propuesta legislativa al respecto. ❖

⁶⁷ http://fape.es/la-fape-rechaza-la-comision-de-control-sobre-noticias-falsas-y-pide-transparencia/?_ga=2.118976522.24367327.1538047702-1440417349.1538047702.

Novedad

LOS JUECES PENALES

Una introducción al estudio de la profesión

ESTER BLAY GIL

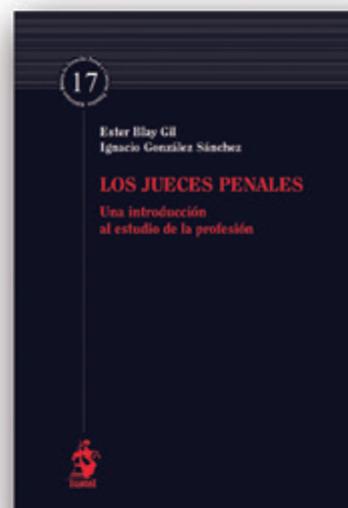
IGNACIO GONZÁLEZ SÁNCHEZ

ISBN 978-84-9890-378-2. 179 páginas. 18,00€

Los jueces penales realizan tareas fundamentales en una sociedad democrática y directamente relevantes en la vida de los ciudadanos: determinan cuándo ha tenido lugar un delito, quién es la persona responsable de su comisión y qué pena debe imponersele como consecuencia, garantizando los derechos de la persona acusada y posteriormente penada. Tienen como misión interpretar y aplicar el derecho a conflictos sociales concretos, lo que conlleva un considerable poder. No obstante, sabemos poco sobre quiénes son y qué hacen exactamente los jueces penales en España.

En este libro se aborda la organización de la judicatura y se sistematizan los datos del Consejo General del Poder Judicial sobre los jueces y su actividad, así como las encuestas realizadas a este colectivo. Además, se recurre a los principales estudios criminológicos y sociológicos sobre jueces y su actividad profesional para analizar la forma de ingreso al cuerpo, problematizar su toma de decisiones y entender los juzgados como espacios sociales con dinámicas propias.

Este libro constituye, así, una introducción al estudio de la profesión del juez penal. Por un lado, y de cara al lector no jurista, se muestra la complejidad de la institución judicial. Por el otro, para quien esté familiarizado con sus funciones formales, es una invitación a desmitificar la práctica de juzgar.



Para más información www.iustel.com

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2018

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

ISSN: 2172-6051. 317 páginas. 45,00€

ESTUDIOS

El destino obligatorio de rentas e ingresos en las fundaciones: ¿una obligación o un arte?

Nohemí BoalVelasco y Enrique Rúa Alonso de Corrales

Sobre el deber de evitar la instrumentalización de las fundaciones en la financiación del terrorismo

Lorena Varela y Remigio Beneyto Berenguer

Retos y futuro de la sociedad civil - Carlos Álvarez Jiménez

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, Tercer Sector y cooperación al desarrollo - Manuel Rodríguez Portugués

Las fundaciones en Asturias - Alejandro Huergo Lora y Javier García Luengo

Las fundaciones de Cantabria en 2018: la reordenación del sector público autonómico fundacional - Marcos Gómez Puente

Normas y jurisprudencia sobre fundaciones en Castilla-La Mancha - José Antonio Moreno Molina

Las fundaciones en Extremadura durante 2018: la Ley del Tercer Sector Social y otras reformas normativas con incidencia en el sector fundacional - Enrique Hernández-Díez

El Tercer Sector de acción social en las Islas Baleares - Joana M. Socías Camacho y Vicente Juan Calafell Ferrá

Crónica jurídica de las fundaciones en la Comunidad de Madrid (2017-2018) - Juan-Cruz Alli Turrillas

Las fundaciones en la Región de Murcia - Pilar Juana García Saura

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra - Martín María Razquin Lizarraga

El derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco - Edorta Cordero Mendazona

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA

Crónica europea 2018 - Isabel Peñalosa Esteban

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones - María Natalia Mato Pacín



Para más información  www.iustel.com

Novedad

EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PROCESAL NACIONAL

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ

ISBN 978-84-9890-376-8. 268 páginas. 24,00€

Obra ganadora del II Premio Internacional de Investigación en Derecho Público Europeo "Luis Ortega Álvarez", organizado por el Centro de Estudios Europeos "Luis Ortega Álvarez", de la Universidad de Castilla-La Mancha

En la presente monografía, ganadora de la segunda edición del Premio Internacional de Investigación Jurídica sobre Derecho Público Europeo "Luis Ortega Álvarez", se analiza la trascendental influencia en el Derecho procesal español del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

Son muchas las reformas legislativas producidas como consecuencia de la aplicación de este y otros principios a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por los tribunales españoles.

En concreto se hace un análisis exhaustivo de la transformación de su implementación en el Derecho de defensa de los consumidores y las condiciones generales de contratación, destacando el establecimiento de criterios para ayudar al operador jurídico a determinar cuándo resulta de aplicación dicho principio."



Para más información  www.iustel.com

SUSCRIPCIONES

- clientes@elcronista.es
- www.elcronista.es
- 915 488 281

EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho

Ahora
EL CRONISTA
también en formato
electrónico.

Le regalamos el acceso al
histórico en soporte electrónico
con la suscripción anual de la
Revista impresa

EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho constituye un observatorio permanente sobre el funcionamiento del Estado de Derecho que pretende preservar los valores en que se asienta y las garantías para los derechos de los ciudadanos en él establecidas, sirviendo de cauce para el intercambio y difusión de opiniones, todas ellas formuladas con rigor y conocimiento técnico. Actualmente es la revista jurídica española de mayor impacto, habiendo trascendido de la comunidad jurídica para convertirse en publicación de referencia en foros de índole política, económica y social.

EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho



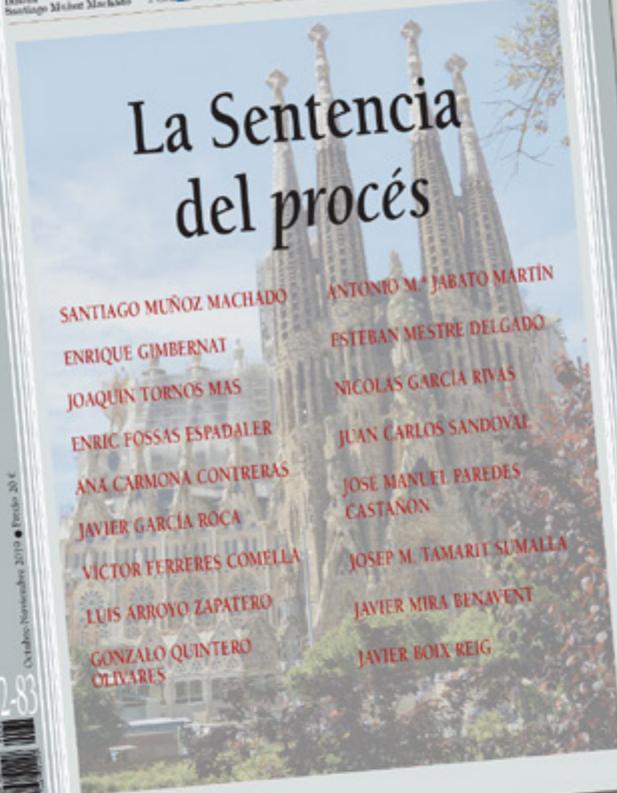
Brexit

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
JAVIER GONZÁLEZ VEGA
XAVIER PONS RAFOLS
ALLAN E TATHAM
RAFAEL BUSTOS GISBERT
MIGUEL SATRUSTEGUI GIL-DELGADO
SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ
JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PÁRAMO
AGUSTÍN GARCÍA SERRADOR
INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA
MIGUEL A. ACOSTA SÁNCHEZ
ARACELI MANGAS MARTÍN

Febrero 2020 • Precio 20 €

EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho



La Sentencia del procés

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ENRIQUE GIMBERNAT
JOAQUÍN TORROS MAS
ENRIC FOSSAS ESPADALER
ANA CARMONA CONTRERAS
JAVIER GARCÍA ROCA
VÍCTOR FERRERES COMELLA
LUIS ARROYO ZAPATERO
GONZALO QUINTERO OLIVARES
ANTONIO M. JABATO MARTÍN
ESTEBAN MESTRE DELGADO
NICOLAS GARCÍA RIVAS
JUAN CARLOS SANDOVAL
JOSE MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
JOSEP M. TAMARIT SUMALLA
JAVIER MIRA BENAVENT
JAVIER BOIX REIG

Octubre/Noviembre 2019 • Precio 20 €

JOSÉ F. ESTEBAN SUAREZ
La municipalización del servicio de abastecimiento de agua en la actualidad

EDUARDO PARICIO RALLO
El oficio del juez de la Administración

FERNANDO LEDESMA BARTRET
La energía eléctrica en la doctrina del Consejo de Estado

JOAN RIDAO MARTÍN
Semiología política, libertad de expresión y neutralidad del espacio público

ALBERTO GIL IBÁÑEZ
De la tecnología a la tecnocracia: ¿fortaleza o amenaza?

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ
El jurista que vino del frío. Entrevista a Rein Mühlerson

Septiembre 2019 • Precio 10 €

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
"Justicia predictiva", interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del "Justizklavier"

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
El espacio jurídico neomoderno. El ejemplo paradigmático del Derecho administrativo

ANDRÉS BOIX PALOP
Reforma constitucional posible frente a reforma constitucional necesaria en España

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ
España, cuestión de integración constitucional

Marzo 2019 • Precio 10 €