

El Derecho Constitucional ante el COVID-19

Las diferentes respuestas
en el ámbito comparado



Directores

Enrique Arnaldo Alcubilla

Raúl Canosa Usera

El Derecho Constitucional ante el COVID-19

Las diferentes respuestas
en el ámbito comparado

Directores

Enrique Arnaldo Alcubilla
Raúl Canosa Usera

© De los autores, 2020

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Octubre 2020

Depósito Legal: M-25587-2020

ISBN versión impresa: 978-84-87670-53-4

ISBN versión electrónica: 978-84-87670-56-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

completar el panorama, también habrá que considerar el Pacto de 1966 de derechos sociales económicos y culturales.

2. DERECHO DE LA NORMALIDAD Y DERECHO DE EXCEPCIÓN

2.1. El punto de partida: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948

La Declaración Universal no posee, como es sabido, valor normativo, pero se proyecta como auténtico *Soft Law* y tiene en algunos casos auténtico valor normativo, por ejemplo, en el argentino cuyo artículo 75.22 le atribuye «jerarquía constitucional» dotándola del mismo tratamiento que reciben los auténticos Convenios internacionales en materia de derechos ratificados por la Argentina; es decir, la Constitución argentina convierte la Declaración Universal en verdadera norma constitucional interna.

También es de destacar el tratamiento que a la Declaración de 1948 otorga el artículo 10.2 de la Constitución española, porque le atribuye a ella y a los tratados internacionales sobre derechos ratificados por España un valor interpretativo de las normas internas en la materia; es decir, este precepto constitucional español equipara la Declaración Universal con las verdaderas normas jurídicas internacionales.

La Declaración Universal no es, pues, un mero documento declarativo, sino que irradia un efecto indudable, además de ser fuente de inspiración y punto de arranque de todos los tratados internacionales sobre derechos que fueron desde entonces promovidos.

Sin embargo, la Declaración Universal no presenta un artículo específico relativo a la suspensión de derechos en situaciones de emergencia. Fue el CEDH, que luego analizaremos, el primero en contemplar tal eventualidad. Lo que la Declaración contiene, en su artículo 29.2, es una cláusula general, no referida a ningún derecho en particular, que reza así:

«En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

Cómo puede apreciarse, la cláusula parece estar autorizando limitaciones permanentes de los derechos (y *a fortiori* también se legitimarían las limitaciones temporales), exigiendo para que puedan ser consideradas legítimas

que estén previstas en una ley y que tengan como finalidad asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás (lo que recuerda la justificación de los límites de los derechos recogidos en el artículo 4 de la Declaración francesa de 1789) o «proteger la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática».

En este marco de genéricas justificaciones encajaría perfectamente las limitaciones introducidas a través del confinamiento para preservar el derecho a la vida y a la salud, así como la protección de una genérica salud pública.

El texto de la cláusula explicada fue después empleado como en el Convenio Europeo de 1950 para introducirlo, no como potencial limitación general, sino en algunos preceptos reconocedores de ciertos derechos, como veremos más adelante.

2.2. Los límites autorizados para afrontar la crisis sanitaria con el Derecho de la normalidad

Veamos ahora como enmarca el Derecho internacional de los derechos humanos las posibles limitaciones de los derechos en caso de crisis sanitaria, cuando tales limitaciones no se imponen mediante el Derecho de excepción con suspensión de derechos, sino mediante el Derecho de la normalidad o mediante un Derecho de excepción que no comporte suspensión, como en el caso del estado de alarma declarado en España que constitucionalmente no puede implicar suspensión de derechos (artículos 55.1 y 116 de la Constitución española).

Me voy a ocupar aquí de dos instrumentos normativos internacionales: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950 (CEDH) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; y lo voy a hacer por el orden cronológico de su aparición en lugar de tener en cuenta la amplitud de su ámbito espacial de validez. Al tratarlos en paralelo resaltaré sus obvias similitudes, pero asimismo sus diferencias. Pesan más las primeras que permiten su compatible aplicación.

En ambos tratados las posibles limitaciones potenciales de los derechos son aludidas en concretos preceptos que proclama ciertos derechos, esto es, se abandona la técnica empleada por la Declaración Universal de cláusula general que hemos explicado. Referirse exclusivamente a ciertos derechos implicaría, *a sensu contrario*, que los derechos reconocidos en preceptos en los que no se hiciera alusión a las potenciales limitaciones serían absolutos

y no cabría limitación ninguna. Esta conclusión es prematura y aún insostenible, pues sólo un núcleo de los derechos —acaso los no susceptibles de suspensión en los estados de excepción— podrían considerarse absolutos. No puedo aquí tratar este grave asunto de la teoría de los derechos fundamentales, pero conviene apuntarlo.

En ambos tratados se tiende a utilizar una cláusula semejante, aunque en ocasiones modulada para cada derecho y, por lo que respecta a la libertad personal, hay un tratamiento distinto del de los demás derechos que, además, hay notables diferencias en este punto entre el Convenio Europeo y el Pacto.

La técnica de la cláusula común se emplea en el **Convenio Europeo** en relación con los siguientes derechos: artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones), artículo 9 (libertad de pensamiento, convicciones y religión), artículo 10 (libertad de expresión) y artículo 11 (derechos de reunión y asociación).

En los cuatro preceptos del Convenio Europeo citados se utiliza una cláusula común relativa a la finalidad de tales limitaciones: «que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos ajenos».

En el artículo 10.3 se añade a estos fines apuntados el de la «protección de la reputación», Así como «para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Respecto a la libertad de expresión, se amplía por tanto el elenco de bienes protegidos mediante las potenciales restricciones.

Por último, el artículo 11.2, tras la cláusula común, se refiere a las posibles restricciones legítimas del ejercicio de las libertades de reunión y manifestación que pueden sufrir los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado, ampliando igualmente el conjunto de bienes protegibles.

Las finalidades apuntadas acaban conformando un supuesto habilitante general de las potenciales limitaciones cuyo apelativo en el texto convencional es el de «restricciones», salvo en el artículo 8 en el que se habla de «injerencias». Por su parte, en el artículo 10, además del término restricciones, se añaden las expresiones «formalidades, condiciones y sanciones».

En todos los preceptos se menciona la exigencia de previsión legal que implica, por un lado, requerimiento de una general introducción de las limitaciones mediante una norma de rango legal, en potencia parlamentaria, y, por otro, el requisito de publicidad que tales normas han de cumplir.

Por lo que respecta al **Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, también se utiliza una cláusula común que se introduce en relación con cinco derechos, los contemplados en el artículo 12.3 (libertad deambulatoria y de residencia), artículo 18.3 (libertad de manifestar religión o creencias), artículo 19.3 (libertad de opinión), artículo 21 (derecho de reunión) y artículo 22.2 (derecho de asociación).

También en el Pacto se utiliza la palabra «restricciones» (artículos 12.3, 19.3, 21 y 22.2), mientras que, en el artículo 18.3, se prefiere la expresión «limitaciones». Tanto las restricciones como las limitaciones habrán de ser «necesarias». Una necesidad que se vincula, como la mentada especialidad, a «proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros». Así que, en todos los preceptos que incluyen la cláusula de potencial limitación, se recoge el mismo elenco de fines y se conforma de manera muy parecida a como lo hace el Convenio Europeo, el supuesto habilitante, Incluyendo también «la salud pública» como uno de los bienes cuya protección justificaría la introducción de restricciones en el ejercicio de los derechos afectados.

A diferencia del Convenio Europeo, en el precepto del Pacto, referido a la libertad de opinión (artículo 19.2), no se hace mención ni a la protección de la reputación ajena ni a la preservación de la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Otra diferencia es que la constante inclusión de la expresión «en una sociedad democrática» que hallamos en el Convenio Europeo, solo aparece en el Pacto en los artículos 21, relativo al derecho de reunión, y 22.2 referente al derecho de asociación.

Por último, en el artículo 17 del Pacto, no hallamos una cláusula habilitadora para limitar los derechos a la vida privada, la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones, sino una prohibición de «interferencias arbitrarias o ilegales», lo que, *a sensu contrario*, implica la autorización de las interferencias que sean legales y no arbitrarias.

Tratamiento aparte recibe en ambos tratados el derecho de libertad. Se autoriza en los dos la privación de libertad (artículo 5 del Convenio Europeo

y 9 del Pacto) por causas previstas en la ley y con arreglo a los procedimientos previstos en ella. En ambos preceptos, además, se proclaman los derechos de los privados de libertad.

La notable diferencia es que el Pacto no especifica los supuestos concretos de privación de libertad, lo que sí hace el artículo 5.1 del Convenio Europeo, en los subapartados a) a f), y precisamente entre estos últimos, el subapartado e) menciona el «internamiento, conforme a derecho (esta última expresión es redundante), de una persona que sea susceptible de propagar una enfermedad contagiosa». Vemos, pues, que el artículo 5 del Convenio Europeo es más exhaustivo, porque enumera las situaciones posibles de privación de libertad, entre las que menciona la que acontece en supuestos de epidemia. Encontramos aquí una justificación explícita del internamiento y *a fortiori* del confinamiento domiciliario. Ahora bien, el precepto se refiere en singular a una persona susceptible de transmitir a otros una enfermedad, lo que plantea la duda de si el Derecho de la normalidad tendría la cobertura de esta cláusula para ordenar confinamientos masivos o si lo que se autoriza es un internamiento o eventual confinamiento que sólo podría imponerse de manera individualizada. La respuesta tendría que ser la de que consiente el confinamiento masivo pues de lo contrario todas las medidas que países como Alemania, Francia, Italia y otros muchos han adoptado sin apelar al Derecho de excepción quedarían fuera del Convenio. Si el TEDH hubiera de pronunciarse al respecto del citado apartado e), sería la primera vez que lo haría.

Aplicando lo dicho a la **crisis sanitaria** motivada por la pandemia del COVID-19, nos encontramos con que la mayor parte de los Estados del Consejo de Europa no han optado por invocar el artículo 15 del Convenio Europeo, que analizaremos más adelante, sino que han aplicado un Derecho de la normalidad adaptado a las circunstancias y que ha supuesto limitaciones, en muchos casos muy severas, de los derechos fundamentales y no solo de los que, según el Pacto o el Convenio Europeo, contienen cláusula limitadora propia; así, por ejemplo, el derecho al trabajo de la libertad de empresa o el mismo derecho de participación política, entre otros, se han visto a veces drásticamente afectados.

En resumidas cuentas, podemos resaltar los elementos definidores del Derecho de la normalidad empleado durante la pandemia. Para empezar su **carácter permanente, pero de aplicación temporal**. En efecto, el Derecho de la normalidad que contenga normas limitadoras de derechos para casos de pandemia no se aplicará normalmente, sino que, como otras normas (por

ejemplo, de protección civil frente a catástrofes naturales o accidentes graves), se aplicaría sólo cuando se dieran las circunstancias que lo hiciera necesario. Si se aplicarán en otras ocasiones, estaríamos ante una potencial infracción del requisito de necesidad.

Previsión legal. En todos los casos, los tratados analizados reclaman la previsión legal, es decir, alto rango de la norma del orden jurídico nacional donde se contengan las medidas limitadoras. Ello implica publicidad de la medida y, en relación con ella, la necesidad de que se publique también la activación de las medidas necesarias para combatir la crisis de salud pública.

Necesidad y proporcionalidad. Cuando los tratados se refieren a la necesidad, conectándola con la protección de ciertos bienes públicos, entre los que se cita la salud pública, se está abriendo la puerta un control de proporcionalidad de la medida, pues la necesidad de ésta depende de su adecuación a la consecución del fin perseguido y a su estricta proporcionalidad.

Supuesto habilitante. Con la determinación de los bienes protegidos con las eventuales limitaciones (entre tales bienes se cita siempre la salud) se conforma un supuesto habilitante: el peligro para la salud pública, por ejemplo, constituiría uno de ellos y podría introducirse legítimamente, mediante ley, una limitación expresa de los derechos concernidos.

Hay que admitir que los bienes protegidos tienen un alcance muy amplio que ensancha el margen de apreciación estatal y no es fácil proyectar un efectivo control de convencionalidad. Con todo, puede desde luego imaginarse la verificación de que hay previsión legal —lo más sencillo— así como de que se da el supuesto habilitante de peligro para alguno de esos bienes y de que las medidas sean necesarias y proporcionales. Y al respecto es interesante que el Convenio Europeo, mencione el contexto de «una sociedad democrática», lo que contribuye a contextualizar y predeterminar la acción estatal.

No hay que descartar, sino todo lo contrario, que acaben llegando casos al TEDH como consecuencia de medidas limitadoras de los derechos, fundadas en la necesidad de proteger la salud pública frente a la pandemia. Y tal vez tendrá el TEDH que pronunciarse acerca de la distinción entre limitación y suspensión de derechos, o lo que es lo mismo sobre la idoneidad de emplear medidas limitadoras que, empero, lo eran de efectiva suspensión.



Aunque las pandemias son tan viejas como el mundo, nuestra generación está sufriendo su poderoso poder mortífero a la espera de la liberadora vacuna. El COVID-19 ha transformado el universo, lo ha empequeñecido y lo ha empobrecido, ralentizado y temeroso ante nuevas sacudidas letales, cada país mira hacia adentro. Nada es como era desde el final del invierno de 2020.

El coronavirus ha supuesto una extraordinaria prueba de estrés para el Derecho Constitucional en cuanto que los Estados democráticos se han visto sobrepasados por su feroz expansión y compelidos al reforzamiento de las competencias del Poder Ejecutivo y a la restricción de no pocos derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza. En diversos Estados se ha producido una severa congelación del regular funcionamiento de las instituciones, en particular, del Parlamento y, además, se ha dictado una procelosa normativa poderosamente intervencionista.

Este libro —que han impulsado y coordinado los profesores Enrique Arnaldo Alcubilla y Raúl Canosa Usera— recoge la pluralidad de respuestas que los Estados han articulado. En algunos, la declaración del estado de alarma o fórmula análoga, en otros, el amparo en la emergencia sanitaria o en la legislación sanitaria, y también los hay que han acudido a una ley *ad hoc*. Son muchos los interrogantes para el futuro, ante el que hemos de estar preparados y preparándonos. Y para ello, nada mejor que conocer las respuestas en los viejos países europeos y en los más jóvenes del continente americano, de la mano de un elenco de juristas excepcionales, los autores de esta obra.

ISBN: 978-84-87670-53-4



9

788487

670534



ER-0280/2005

GA-2005/0100



CARDENAL
CISNEROS
COMPLUTENSE

